
ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro homenaje al profesor

Rafael Mescas Ortiz

Directores

María José Morillas
Pilar Perales Viscasillas
Leopoldo José Porfirio Carpio

Coordinadores

Tatiana Arroyo
Jorge Feliu
Mónica Lastiri
Juan Pablo Rodríguez



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

**ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO
CÓDIGO MERCANTIL**

**Libro Homenaje
al Profesor Rafael Illescas Ortiz**

Universidad Carlos III de Madrid, 2015

Universidad Carlos III de Madrid
Calle Madrid 126-128
28903 Getafe (Madrid)

ISBN: 978-84-89315-79-2

Edición digital: Servicio de Biblioteca

Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz

Directores:

María José Morillas
Pilar Perales Viscasillas
Leopoldo José Porfirio Carpio

Coordinadores:

Tatiana Arroyo
Jorge Feliu
Mónica Lastiri
Juan Pablo Rodríguez

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
2015

AUTORES

Alba, Manuel
Alonso Espinosa, Francisco J.
Alonso Soto, Ricardo
Alvarado Herrera, Lucía
Arpio Santacruz, Juan
Arroyo Vendrell, Tatiana
Asensi Merás, Altea
Baena Baena, Pedro Jesús
Barroso de Mello, Sergio
Bataller Grau, Juan
Beare, Stuart
Benito Osma, Félix
Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto
Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo
Berenguer Fuster, Luis
Berlingieri, Francesco
Bettoni Traube, Alejandro
Campuzano Laguillo, Ana Belén
Candelario Macías, María Isabel
Castro Moreno, Abraham
Ceballos Molano, Raquel
Cortés Domínguez, Javier
Costas Comesaña, Julio
Cremades, Bernardo M.
Cruz Rivero, Diego
Cuñat Edo, Vicente
De la Cuesta Rute, José María
De la Vega García, Fernando
Díaz de Lezcano Sevillano, Nicolás
Díaz Gómez, María Angustias
Díaz Gómez, Elicio
Díaz Moreno, Alberto
Dopazo Fraguío, Pilar
Embid Irujo, José Miguel
Emparanza Sobejano, Alberto
Escribano Gámir, M^a Cristina
Etcheverry, Raúl Aníbal
Feliu Rey, Jorge
Feliu Rey, Manuel
Fernández Pérez, Nuria
Font Galán, Juan Ignacio
Gallego Sánchez, Esperanza
Garbayo Blanch, Juan Pablo
García Mandaloniz, Marta
García Vidal, Ángel
Girgado Perandones, Pablo
Gómez Segade, José Antonio

Górriz López, Carlos
Guasch Martorell, Rafael
Guisado Moreno, Angela
Hill Prados, M^a Concepción
Huerta Viesca, M^a Isabel
Ibañez Jiménez, Javier
Jiménez Sánchez, Guillermo Jesús
La Casa García, Rafael
Lara González, Rafael
Lastiri Santiago, Mónica
Lázaro Sánchez, Emilio Jesús
López Curbelo, Jorge
Madrid Parra, Agustín
Marco Alcalá, Luis Alberto
Maroño Gargallo, María del Mar
Martín Osante, José Manuel
Martínez Cañellas, Anselmo
Martínez Nadal, Apolonia
Martínez-Gijón Machuca, Pablo
Mercadal Vidal, Francisco
Mercader Uguina, Jesús R.
Miranda Serrano, Luis
Morán Bovio, David
Moreiro, Carlos
Morillas Jarillo, María José
Muñoz Pérez, Ana Felicitas
Olivencia Ruiz, Manuel
Pablo-Romero Gil-Delgado, María Concepción
Paniagua Zurera, Manuel
Pastor Sempere, Carmen
Peña Moyano, María Jesús
Perales Viscasillas, Pilar
Pérez Carrillo, Elena F.
Pérez Pereira, María
Pérez-Serrabona González, Francisco Javier
Pérez-Serrabona González, José Luis
Pérez Troya, Adoración
Petit Lavall, M^a Victoria
Pino Abad, Manuel
Porfirio Carpio, Leopoldo José
Portellano Diez, Pedro
Pulgar Ezquerra, Juana
Pulido Begines, Juan Luis
Quijano González Jesús
Quintana Carlo, Ignacio
Quintáns Eiras, M^a Rocío
Ramos Herranz, Isabel
Ramos Muñoz, David
Rico Carrillo, Mariliana
Robles Martín Laborda, Antonio

Rodríguez de las Heras Ballel, Teresa
Rodríguez Delgado, Juan Pablo
Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel
Roy Pérez, Cristina
Rueda Martínez, José-Alejo
Ruiz Muñoz, Miguel
Ruiz Peris, Juan Ignacio
Sánchez-Calero Guilarte, Juan
Sánchez Del Castillo, Vilma
Sánchez Ruiz, Mercedes
Schulze, Reiner
Tapia Hermida, Alberto J
Tato Plaza, Anxo
Teijeira Rodríguez, Mariano
Tirado Suárez, Francisco Javier
Tobío Rivas, Ana María
Valenzuela Garach, Javier
Valpuesta Gastaminza, Eduardo
Vargas Vasserot, Carlos
Vázquez Lépinette, Tomás
Vázquez Ruano, Trinidad
Vega Vega, José Antonio
Vicent Chuiá, Francisco
Yanes Yanes, Pedro
Zubiri de Salinas, Mercedes
Zunzunegui Pastor, Fernando

ÍNDICE

Curriculum vitae del Prof. Dr. Rafael Illescas Ortiz	22
Presentación a cargo de los Directores	24
Clara, Elisa y Rafel Illescas Rojas: tributo a un padre / Tributo a un padre, tributo a un abuelo	26
I. Laudatios	
Beare, Stuart	29
Berlingieri, Francesco	31
Bettoni Traube, Alejandro	32
Cremades, Bernardo M.	35
Cuñat Edo, Vicente	37
Etcheverry, Raúl Aníbal	38
Moreiro, Carlos	40
Schulze, Reiner	42
II. Cuestiones generales del Derecho Mercantil y el futuro Código	
De la Cuesta Rute, José María. <i>El Código Mercantil y el principio de unidad de mercado.</i>	47
Font Galán, Juan Ignacio. <i>Proyecto de Código Mercantil y paradigma constitucional.</i>	65
García Mandaloniz, Marta. <i>La cesión de créditos en el nuevo Código Mercantil: adecuación a las exigencias de la moderna economía crediticia.</i>	86
Gómez Segade, José Antonio. <i>Los bienes inmateriales en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.</i>	115
Górriz López, Carlos. <i>Acuerdo extrajudicial de pago.</i>	136
Guasch Martorell, Rafael. <i>La posición jurídica de los acreedores</i>	

<i>subordinados en la fase de convenio.</i>	162
Guisado Moreno, Angela. <i>Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes del proyectado Código Mercantil.</i>	182
Jiménez Sánchez, Guillermo Jesús y Díaz Moreno, Alberto. <i>Unas primeras reflexiones sugeridas por el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil y el principio de unidad de mercado.</i>	202
La Casa García, Rafael. <i>Algunas consideraciones sobre los sujetos inscribibles y las funciones del registro mercantil en el Anteproyecto del Código Mercantil.</i>	217
Lastiri Santiago, Mónica. <i>“El dominio electrónico” en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.</i>	232
Pulgar Ezquerro, Juana. <i>El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español.</i>	253
Pulido Begines, Juan Luis. <i>El salvamento en la nueva LNM.</i>	269
Rodríguez Delgado, Juan Pablo. <i>Mercantil es todo lo que está, pero ¿está todo lo que es mercantil?: la autonomía del Derecho marítimo y un breve apunte a la exclusión del contrato del transporte en el código mercantil.</i>	286
Vázquez Lépinette, Tomás. <i>Estudio de la remisión legal de la deuda en sede concursal.</i>	312
Vázquez Ruano, Trinidad. <i>La autorregulación en la propuesta del Código Mercantil.</i>	327
Zubiri de Salinas, Mercedes. <i>La solicitud pública de representación en la propuesta de Código Mercantil. La ausencia de solicitud pública de representación en el Anteproyecto de Código Mercantil.</i>	347

III. Derecho de la Empresa y del Empresario

Arpio Santacruz, Juan. <i>El ámbito del poder de representación del apoderado general del empresario.</i>	369
Díaz Gómez, María Angustias, Pérez Carrillo, Elena F. y Díaz Gómez, Elicio. <i>Equilibrio de género en la pequeña empresa familiar el papel del protocolo.</i>	381
Embid Irujo, José Miguel. <i>El lugar de la fundación en el Código Mercantil.</i>	397
Etcheverry, Raúl Aníbal. <i>La empresa, pluralidad de componentes y defensa de las minorías.</i>	413
Gallego Sánchez, Esperanza. <i>La compraventa de empresa en el Anteproyecto de Código Mercantil.</i>	436
Martínez Nadal, Apol·lònia. <i>Reputación online de las empresas de alojamiento turístico y publicación por terceros de informaciones negativas (reviews).</i>	455
Mercadal Vidal, Francisco. <i>El contrato de compraventa de empresa.</i>	471

Mercader Uguina, Jesús R. <i>El desconcertante mundo de los grupos “laborales” de empresas y sus nuevas formulaciones jurisprudenciales.</i>	483
Ruiz Peris, Juan Ignacio. <i>El tratamiento de las denominadas Uniones de Empresa en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.</i>	499

IV. Derecho de Sociedades

Alba, Manuel. <i>Los derechos de la minoría cualificada en las sociedades de capital bajo el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.</i>	521
Alonso Espinosa, Francisco J. <i>Tutela de la Ultraminoría (anotaciones al rat. 2016 pf. 2º LSC).</i>	540
Bataller Grau, Juan. <i>Hacia la legitimación del fraude: la extinción de las sociedades sin patrimonio en el anteproyecto de código mercantil.</i>	571
Campuzano, Ana Belén. <i>La tutela de las clases de acciones en la sociedad anónima.</i>	592
Castro Moreno, Abraham. <i>Corrupción empresarial: relevancia penal de la infracción de los deberes de los administradores de sociedades regulados en nuevo código mercantil.</i>	614
Cortés Domínguez, Javier y Pérez Troya, Adoración. <i>Las modificaciones estructurales en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.</i>	630
Escribano Gámir, M ^a Cristina. <i>El acceso de la mujer a los consejo de administración de las sociedades mercantiles: Igualdad de género y poder de decisión en el Derecho español.</i>	649
Feliu Rey, Manuel. <i>La proyectada y non grata regulación de la transmisión fiduciaria de participaciones y acciones.</i>	666
Huerta Viesca M ^a Isabel y Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel. <i>La responsabilidad de los administradores sociales por no disolución de sociedades mercantiles en pérdidas agravadas en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.</i>	676
Martínez-Gijón Machuca, Pablo. <i>La protección de los socios externos en los grupos de sociedades en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.</i>	693
Olivencia Ruiz, Manuel. <i>Ley de arbitraje. Cláusula estatutaria arbitral y anteproyecto de código mercantil.</i>	716
Paniagua Zurera, Manuel. <i>Las sociedades laborales ante el Anteproyecto de Ley del nuevo Código Mercantil.</i>	726
Pastor Sempere, Carmen. <i>El riesgo de insolvencia de la sociedad dependiente en el Anteproyecto del Código.</i>	745
Perales Viscasillas, Pilar. <i>Arbitraje Estatutario.</i>	764
Porfirio Carpio, Leopoldo José. <i>La nueva disciplina jurídica de las denominadas “acciones privilegiadas sin voto” en el proyecto del Código Mercantil: Primeras reflexiones.</i>	779

Quijano González Jesús. <i>La reforma del régimen de la impugnación de los acuerdos sociales: aproximación a las principales novedades.</i>	791
Ramos Herranz, Isabel. <i>La prohibición que pesa sobre los administradores (y los cargos de la más alta dirección) de utilizar su condición de administrador o el nombre de una sociedad mercantil para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas en el anteproyecto de código mercantil [art. 215-11.1].</i>	809
Ramos Muñoz, David. <i>El Derecho de grupos que viene. Cuidado con lo que deseas.</i>	840
Ruiz Muñoz, Miguel. <i>La retribución de los administradores y altos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control [La modificación de la LSC por la Ley 31/2014 y el ALCM].</i>	860
Sánchez-Calero Guilarte, Juan. <i>La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad.</i>	894
Sánchez Ruiz, Mercedes. <i>Perspectivas de reforma en la regulación de los conflictos societarios.</i>	918
Teijeira Rodríguez, Mariano. <i>Legal Compliance: Conceptualización en el marco de la regulación corporativa.</i>	935
Valpuesta Gastaminza, Eduardo. <i>La sociedad irregular (sociedad mercantil no inscrita) en el anteproyecto de código mercantil: algunos aspectos de su régimen jurídico.</i>	949
Vargas Vasserot, Carlos. <i>Los efectos jurídicos de la contravención de la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias.</i>	967
Vicent Chuliá, Francisco. <i>Reivindicación de la comanditaria por acciones ante el anteproyecto de ley de código mercantil.</i>	989

V. Derecho de la Propiedad Industrial y de la Competencia

Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto. <i>Introducción a la problemática jurídica de las licencias.</i>	1011
Berenguer Fuster, Luis. <i>La promoción de la competencia, otra ausencia en la propuesta de Código Mercantil.</i>	1029
Ceballos Molano, Raquel. <i>La inclusión de los derechos de propiedad industrial en el nuevo Código Mercantil español a la luz de las disposiciones internacionales.</i>	1043
Costas Comesaña, Julio. <i>La especialidad del Derecho de defensa de la competencia ante la codificación mercantil.</i>	1055
Garbayo Blanch, Juan Pablo. <i>Los principios generales de interpretación de la propiedad industrial en el nuevo Código Mercantil.</i>	1075
Marco Alcalá, Luis Alberto. <i>Las prácticas comerciales desleales con los consumidores en la propuesta del Código Mercantil.</i>	1087

Robles Martín Laborda, Antonio. <i>La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho Interno.</i>	1110
Tato Plaza, Anxo. <i>El Derecho español contra la competencia desleal ante la codificación mercantil: estado actual y perspectivas de futuro.</i>	1127
Yanes Yanes, Pedro. <i>Confidencialidad y clemencia en la “Directiva de daños”: una aproximación.</i>	1140

VI. Derecho de la contratación mercantil y su teoría general

Alonso Soto, Ricardo. <i>La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil.</i>	1163
Arroyo Vendrell, Tatiana. <i>El concepto de contrato de transporte multimodal o “Terrestre Plus” de Mercancías en España.</i>	1176
Asensi Merás, Altea. <i>Los contratos para las comunicaciones electrónicas.</i>	1194
Barroso de Mello, Sergio. <i>A responsabilidade Civil e seu Seguro.</i>	1211
Benito Osma, Félix. <i>La excesiva onerosidad de las prestaciones en la contratación mercantil.</i>	1223
Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. <i>Algunas dudas sobre la regulación de los contratos en el Anteproyecto de Código Mercantil.</i>	1239
Candelario Macías, María Isabel. <i>El contrato de distribución comercial: ¿en el “futuro” Código mercantil o en una ley especial?</i>	1247
Cruz Rivero, Diego. <i>La regulación proyectada (y fracasada) de los contratos de distribución. El proyecto de Ley de contratos de distribución y la propuesta de Código Mercantil.</i>	1262
De la Vega García, Fernando. <i>El suministro sin fijación de cantidad y/o periodicidad: había un contrato de aprovisionamiento logístico (a propósito del art. 513-2.2. del ACM).</i>	1289
Dopazo Fraguó, Pilar. <i>La mercantilidad del contrato de obra por empresa como innovación regulatoria del nuevo Código Mercantil. (Los contratos de obras de construcción/edificación).</i>	1307
Emparanza Sobejano, Alberto. <i>La acción directa del transportista efectivo por impago de portes contra los contratantes del servicio transporte.</i>	1326
Feliu Rey, Jorge. <i>De las ventas con precio aplazado en el anteproyecto de ley del código Mercantil.</i>	1350
García Vidal, Ángel y Maroño Gargallo, María del Mar. <i>El contrato de suministro en el anteproyecto de Código Mercantil.</i>	1373
Girgado Perandones, Pablo. <i>La valoración convencional del interés asegurado en el anteproyecto de código mercantil.</i>	1388
Hill Prados, M ^a Concepción. <i>Las cláusulas “claims made”: ¿¿fin de la polémica???</i>	1403

Ibáñez Jiménez, Javier. <i>Cuenta corriente y acuerdos de compensación multilateral extrabancaria.</i>	1421
Lázaro Sánchez, Emilio Jesús. <i>Contratos publicitarios en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.</i>	1441
Martín Osante, José Manuel. <i>Algunas cuestiones sobre responsabilidad en el transporte internacional de mercancías por ferrocarril.</i>	1467
Martínez Cañellas, Anselmo. <i>El contrato de gestión hotelera.</i>	1485
Miranda Serrano, Luis. <i>La regulación de la morosidad en el anteproyecto de código mercantil.</i>	1511
Morán Bovio, David. <i>Préstamo de dinero.</i>	1537
Morillas Jarillo, María José. <i>Las normas sobre el contrato del seguro como ley general imperativa: límites y excepciones, en particular, la referida a los seguros de grandes riesgos. Una aproximación al art. 581-2 del anteproyecto código mercantil.</i>	1556
Muñoz Pérez, Ana Felicitas. <i>Las condiciones generales del contrato de seguro en el futuro de código mercantil.</i>	1591
Pablo-Romero Gil-Delgado, María Concepción. <i>La ejecución de la obligación de entrega en el contrato de suministro en el ACM.</i>	1613
Peñas Moyano, María Jesús. <i>Las obligaciones del asegurado en el nuevo Código mercantil.</i>	1633
Pérez Pereira, María. <i>Contratos de distribución: entre teoría y realidad.</i>	1651
Pérez-Serrabona González, Francisco Javier. <i>Franquicia y contratos de distribución en el anteproyecto de código mercantil.</i>	1667
Pérez-Serrabona González, José Luis. <i>La solidaridad de las obligaciones mercantiles en el Anteproyecto de Código Mercantil.</i>	1687
Petit Lavall, M ^a Victoria. <i>Las novedades del seguro de transporte terrestre de mercancías en el anteproyecto de Ley de Código Mercantil.</i>	1707
Pino Abad, Manuel. <i>La cláusula de reserva de dominio en los contratos de venta de bienes muebles con precio aplazado.</i>	1720
Portellano Díez, Pedro. <i>El seguro de caución indirecta.</i>	1740
Quintana Carlo, Ignacio. <i>La regulación del transporte terrestre de viajeros y desidia del legislador español.</i>	1766
Quintáns Eiras, M ^a Rocío. <i>El contrato de comisión en el anteproyecto del código mercantil.</i>	1783
Rodríguez de las Heras Ballel, Teresa. <i>La etapa precontractual en la contratación mercantil.</i>	1801
Rueda Martínez, José-Alejo. <i>La transmisión de la propiedad y de los riesgos en el contrato de obra por empresa. Derecho vigente y anteproyecto de código mercantil.</i>	1821
Sánchez Del Castillo, Vilma. <i>Algunas referencias sobre los aportes del Doctor Rafael Illescas Ortiz al Derecho del comercio electrónico. A propósito de la regulación estatuida en el capítulo de la contratación electrónica de la propuesta del Código Mercantil.</i>	1836
Tapia Hermida, Alberto J. <i>Los seguros de personas en el anteproyecto de</i>	

<i>ley de código mercantil de 2014.</i>	1850
Tirado Suárez, Francisco Javier. <i>¿Hacia la desaparición de la tácita renovación en el contrato de seguro?</i>	1867
Tobío Rivas, Ana María. <i>El contrato de comisión en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.</i>	1885
Valenzuela Garach, Javier. <i>La mediación en la contratación de seguros.</i>	1909
Vega Vega, José Antonio. <i>La regulación de la permuta comercial (barter) en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.</i>	1928
Zunzunegui Pastor, Fernando. <i>Contrato de depósito de dinero en el anteproyecto de código mercantil.</i>	1945

VII. Derecho de los Títulos valores

Alvarado Herrera, Lucía. <i>Las operaciones de pago no autorizadas realizadas con tarjetas en el proyecto de código mercantil y en la ley de servicios de pago.</i>	1963
Baena Baena, Pedro Jesús. <i>El ejercicio anticipado de la acción cambiaria por el resultado infructuoso del embargo de bienes del librado en la ley cambiaria y en el proyecto del Código mercantil.</i>	1979
Díaz de Lezcano Sevillano, Nicolás. <i>La representación cambiaria. Examen de la jurisprudencia reciente y de la regulación prevista en el anteproyecto de ley de código mercantil.</i>	1993
Fernández Pérez, Nuria. <i>El régimen jurídico de los valores mobiliarios en el anteproyecto de código mercantil.</i>	2014
Lara González, Rafael. <i>La factura en el Derecho mercantil proyectado.</i>	2034
López Curbelo, Jorge. <i>El pagaré cambiario y las excepciones basadas en las relaciones personales en el anteproyecto de ley del Código mercantil (ACM).</i>	2050
Madrid Parra, Agustín. <i>Avance de Naciones Unidas en la regulación de los documentos electrónicos transferibles.</i>	2069
Rico Carrillo, Mariliana. <i>El contrato de emisión de tarjetas en la futura codificación mercantil.</i>	2090
Roy Pérez, Cristina. <i>La acción directa.</i>	2114

ABREVIATURAS

AA.VV.	<i>Autores varios</i>
ABA	<i>American Bar Association</i>
AC	<i>Aranzadi Civil</i>
ACM	<i>Anteproyecto de Código Mercantil</i>
ADC	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
AdC	<i>Autoridad de Competencia</i>
ADI	<i>Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor</i>
ADPIC	<i>Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio</i>
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
AJA	<i>Actualidad Jurídica Aranzadi</i>
AktG	<i>Aktiengesetz</i>
ALCM	<i>Anteproyecto de Ley del Código Mercantil</i>
ALNM	<i>Anteproyecto de Ley de Navegación Marítima</i>
ap.	<i>Apartado</i>
art. (arts.)	<i>Artículo (artículos)</i>
BACM	<i>Boletín Aranzadi Civil-Mercantil</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán)</i>
BOCG	<i>Boletín Oficial de las Cortes Generales</i>
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
BORME	<i>Boletín Oficial del Registro Mercantil</i>
Cc	<i>Código Civil</i>
Cco	<i>Código de Comercio</i>
CC.AA.	<i>Comunidades Autónomas</i>
CCJC	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
CDC	<i>Cuadernos de Derecho y Comercio</i>
CE	<i>Constitución Española / Comisión Europea</i>
CEE	<i>Comunidad Económica Europea</i>
CEPC	<i>Centro de Estudios Políticos y Constitucionales</i>
CGPJ	<i>Consejo General del Poder Judicial</i>
CIM	<i>Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional por ferrocarril de mercancías (Apéndice B del COTIF)</i>
CISG	<i>United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods 1980</i>
CMR	<i>Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, hecho en Ginebra el 19 de mayo de 1956</i>
CNC	<i>Comisión Nacional de la Competencia</i>
CNMV	<i>Comisión Nacional del Mercado de Valores</i>
CNUDMI/UNCITRAL	<i>Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional / United Nations Commission on International Trade Law</i>
<i>Propuestas legislativas y otras comunicaciones de la Comisión Europea</i>	
Consob	<i>Commissione Nazionale per le Società e la Borsa</i>

Coop.	<i>Cooperativa</i>
Coord.	<i>Coordinador / coordinación</i>
COTIF	<i>Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril firmado en Berna el 9 de mayo de 1890 (en vigor según el Protocolo de 1999, de 3 de junio firmado en Vilna)</i>
CSC	<i>Código das sociedades comercias</i>
CUP	<i>Convenio de la Unión de París</i>
CV	<i>Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980</i>
DA	<i>Disposición Adicional</i>
DC	<i>Sentencia del Consejo Constitucional francés</i>
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
DGRN	<i>Dirección General de los Registros y del Notariado</i>
DGS	<i>Dirección General de Seguros</i>
Dir.	<i>Director / dirección</i>
dis.	<i>Disposición</i>
DMar	<i>Derecho marítimo</i>
DMer	<i>Derecho mercantil</i>
DN	<i>Revista Derecho de los Negocios</i>
DO	<i>Diario Oficial</i>
DOUE	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i>
DUCI	<i>Derecho Uniforme del Comercio Internacional</i>
ECC	<i>Entidades de Contrapartida Central</i>
Ed.	<i>Edición</i>
Edit.	<i>Editorial</i>
EdM	<i>Exposición de Motivos</i>
EEMM	<i>Estados Miembros de la Unión Europea</i>
EEUU	<i>Estados Unidos de América</i>
EM	<i>Estado Miembro de la Unión Europea</i>
ep.	<i>Epígrafe</i>
et al.	<i>Y otros</i>
FFJJ	<i>Fundamentos Jurídicos</i>
FJ	<i>Fundamento Jurídico</i>
GmbHG	<i>Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung</i>
Ibidem	<i>En el mismo lugar</i>
LAC	<i>Ley de Auditoría de Cuentas</i>
Larb	<i>Ley de Arbitraje</i>
LC	<i>Ley Concursal</i>
LCA	<i>Ley del Contrato de Agencia</i>
LCC	<i>Ley de Crédito al Consumo</i>
LCCH	<i>Ley Cambiaria y del Cheque</i>
LCD	<i>Ley de Competencia Desleal</i>
LCGC	<i>Ley de Condiciones Generales de Contratación</i>
LCoop	<i>Ley de Cooperativas</i>
LCS	<i>Ley del Contrato de Seguro</i>

LCTTM	<i>Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías</i>
LDC	<i>Ley de Defensa de la Competencia</i>
LEC	<i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i>
LGDCU	<i>Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios</i>
LGP	<i>Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad</i>
LHMPD	<i>Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión.</i>
LMV	<i>Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores</i>
LNA	<i>Ley de Navegación Aérea</i>
LNM	<i>Ley de Navegación Marítima</i>
LOCM	<i>Ley de Ordenación del Comercio Minorista</i>
	<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>
LOPD	<i>Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal</i>
LOPJ	<i>Ley de Poder Judicial</i>
	<i>Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General</i>
LOSP	<i>Ley de Ordenación del Seguro Privado</i>
LOSSP	<i>Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados</i>
LPEMM	<i>Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante</i>
LRCSVM	<i>Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor.</i>
LSA	<i>Ley de Sociedades Anónimas</i>
LSAL	<i>Ley de Sociedades Anónimas Laborales</i>
LSC	<i>Ley de Sociedades de Capital</i>
LSLNE	<i>Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa</i>
LSP	<i>Ley de Sociedades Profesionales</i>
LSRL	<i>Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada</i>
LVPBM	<i>Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles</i>
	<i>Nota informativa/Comunicación de la Comisión Europea</i>
núm.	<i>Número</i>
OEPM	<i>Oficina Española de Patentes y Marcas</i>
ONG	<i>Organización No Gubernamental</i>
op. cit.	<i>obra citada</i>
OPA	<i>Oferta Pública de Adquisición</i>
ORVPBM	<i>Orden del Ministerio de Justicia de 19 de Julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza para Registros a plazos de Bienes Muebles.</i>
p.	<i>página</i>
par.	<i>párrafo/s</i>
PCCOM	<i>Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales</i>

PCM	<i>Propuesta Código Mercantil</i>
PCT	<i>Tratado de Cooperación en Materia de Patentes</i>
PDCE	<i>Principios de Derecho Contractual Europeo</i>
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i>
PETL	<i>Principles of European Tort Law</i>
pp.	<i>páginas</i>
PwC	<i>PricewaterhouseCoopers Auditores S.L.</i>
PYME	<i>Pequeña y mediana empresa</i>
R. Ar.	<i>Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi edición impresa</i>
RCDI	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
RCE	<i>Revista de Contratación Electrónica</i>
RD	<i>Real Decreto</i>
RDBB	<i>Revista de Derecho Bancario y Bursátil</i>
RDC	<i>Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por RD 261/2008, de 22 de febrero</i>
Rdc	<i>Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución</i>
RDGRN	<i>Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado</i>
RDGT	<i>Resolución de la Dirección General de Tributos</i>
RDleg	<i>Real Decreto Legislativo</i>
RDley	<i>Real Decreto-ley</i>
RDM	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
RDN	<i>Revista de Derecho Notarial</i>
RdP	<i>Revista de Derecho Patrimonial</i>
RDP	<i>Revista de Derecho Privado</i>
RdS	<i>Revista de Derecho de Sociedades</i>
RES	<i>Revista Española de Seguros</i>
RGD	<i>Revista General de Derecho</i>
RJ	<i>Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (base de datos electrónica)</i>
RRM	<i>Reglamento del Registro Mercantil</i>
RSC	<i>Responsabilidad Social Corporativa</i>
RVPBM	<i>Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles</i>
SA	<i>Sociedad Anónima</i>
SAC	<i>Sistema Arbitral de Consumo</i>
SAN	<i>Sentencia de la Audiencia Nacional</i>
SAP	<i>Sentencia de la Audiencia Provincial</i>
SC	<i>Sociedad Colectiva</i>
Scom	<i>Sociedad Comanditaria</i>
ScompA	<i>Sociedad Comanditaria por Acciones</i>
Scoop	<i>Sociedad Cooperativa</i>
SCR	<i>Sociedad de Capital Riesgo</i>
SDC	<i>Servicio de Defensa de la Competencia</i>
SEC	<i>Documentos genéricos de trabajo de la Comisión Europea / Securities Exchange Commission</i>
s.e.u.o.	<i>salvo error u omisión</i>
SGC	<i>Sociedad Gestora de Carteras</i>
SGR	<i>Sociedad de Garantía Recíproca</i>

SIMCAV	<i>Sociedad de Inversión Mobiliaria de Capital Variable</i>
SL	<i>Sociedad Limitada</i>
s.l.	<i>sin lugar (de edición)</i>
SLNE	<i>Sociedad Limitada Nueva Empresa</i>
SRL	<i>Sociedad de Responsabilidad Limitada</i>
ss	<i>siguientes</i>
SSTC	<i>Sentencias del Tribunal Constitucional</i>
STC	<i>Sentencia del Tribunal Constitucional</i>
STJCE	<i>Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas</i>
STS	<i>Sentencia del Tribunal Supremo</i>
<i>Documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea</i>	
t.	<i>Tomo</i>
TC	<i>Tribunal Constitucional</i>
TDC	<i>Tribunal de Defensa de la Competencia</i>
TFUE	<i>Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea</i>
Tít.	<i>Título</i>
TJCE	<i>Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas</i>
TJUE	<i>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
TR.	<i>Texto Refundido</i>
TS	<i>Tribunal Supremo</i>
UE	<i>Unión Europea</i>
UK	<i>Reino Unido</i>
ult.op.loc.cit.	<i>Última obra y lugar citados</i>
UNIDROIT	<i>International Institute for the Unification of Private Law</i>
V. gr.	<i>Verbi gratia</i>
Vid.	<i>Véase</i>
Vol.	<i>Volumen / volúmenes</i>

CURRICULUM VITAE **DEL PROFESOR RAFAEL ILLESCAS ORTIZ**

RAFAEL ILLESCAS ORTIZ (Córdoba, España, 10 de noviembre de 1944) es Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid.

Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación, España.

Vocal de la Junta Consultiva de Seguros y Fondos de Pensiones, España.

Licenciado en Derecho (1966) por la Universidad de Sevilla.

Doctor en Derecho (1968) por la Universidad de Bolonia (Italia).

Diplomado por el Istituto Italo-Iberoamericano de Diritto Comparato (1967) de Bolonia (Italia).

Ha sido catedrático en las Universidades de Zaragoza, Cádiz y Sevilla.

Delegado de España en la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL), Viena-Nueva York, desde 1984; en ella ha sido Presidente (2008-2009), Vicepresidente, “Rapporteur” y Presidente de Grupo de Trabajo.

Experto de Naciones Unidas en aspectos jurídicos del comercio internacional.

Miembro del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Roma, desde 1988; Consejero y Fundador del “European Law Institute” (ELI), Viena (Austria), 2011.

Miembro permanente del Comité Maritime International, Amberes (Bélgica).

Miembro de los Consejos de las siguientes revistas científicas: “Anuario Europeo de Derecho Comercial” (Lima, Perú), “Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones” (Madrid), “Cash Flow” (Barcelona), “Cuadernos de Derecho y Comercio” (Madrid), “Derecho Privado y Constitución” (Madrid), “Documentary Credit World” (Washington D.C.), “Foro de Derecho Mercantil” (Bogotá, Colombia), “Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías” (Pamplona), “Revista Española de Seguros” (Madrid) –de cuyo Consejo es Presidente-, “Revista de Derecho” (Montevideo, Uruguay), “Revista de Derecho del Transporte Marítimo, Terrestre y Aéreo” (Bilbao), “Revista de Derecho Mercantil” (Madrid), “Revista de Derecho y Tecnología” (Táchira, Venezuela), “Revista de la Contratación Electrónica” (Madrid) –de cuyo consejo es Presidente-, “Revista de Tribunales y Derecho” (Montevideo, Uruguay), “Revista del diritto della navigazione” (Roma) y “World Competition. Law and Economics Journal” (Bruxelles-London).

Director del Centro de Documentación Europea, Universidad Carlos III de Madrid.

Director del Master Oficial en Derecho Privado, Universidad Carlos III de Madrid.

Profesor invitado en diversas universidades extranjeras; entre ellas Bordeaux I Michel de Montaigne, La Plata, La Habana, Tucumán, París I Panthéon-Sorbonne y París X-Nanterre.

Miembro Honorario del Colegio de Abogados de Lima, Perú, y de la Asociación Española de Derecho Marítimo.

Presidente de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (SEAIDA).

Ex-Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid (1993-1998) y ex-Presidente de la Asociación Española de Derecho Marítimo (1992-1998); miembro del Consejo Internacional de Presidencia de la ‘‘Association Internationale de Droit des Assurances’’ (AIDA). Miembro de la Academia Mexicana de Derecho Bursátil, Ciudad de México, y de la International Academy of Commercial and Consumer Law, Pittsburg, Penn., USA.

Ha dictado conferencias y publicado más de 230 libros, artículos y monografías así como dirigido recopilaciones legislativas y jurisprudenciales en los campos del Derecho Mercantil, del Derecho de la Unión Europea y del Derecho Uniforme del Comercio Internacional.

Sus trabajos se han traducido al inglés, francés, italiano, holandés, sueco, danés y japonés.

Es abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid desde 1995, árbitro nacional e internacional y testigo experto en derecho español, europeo y del comercio internacional ante tribunales españoles y extranjeros.

PRESENTACIÓN A CARGO DE LOS DIRECTORES

Ha llegado el momento en el que sus discípulos no vamos a seguir sus indicaciones, consejos, admoniciones ... por una vez, una sólo vez. Sabemos y somos conscientes que le desagrada que le llamemos, llamen, *maestro*, y también que se le califique como tal. Mas que el *Profesor Dr. Dn. Rafael Illescas Ortiz* (Córdoba, 10 de noviembre de 1944) es un maestro contemporáneo del Derecho Mercantil es algo no discutido ni, menos aún, discutible.

Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera (Universidad de Cádiz). Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid.

Han transcurrido casi cuarenta años desde que ocupara la primera “Cátedra” de Derecho Mercantil, los que transcurren desde los finales años setenta del pasado siglo hasta bien entrada la segunda década de la presente centuria. Cuarenta años -casi cincuenta, desde que empezase a ejercer de profesor universitario- de docencia, investigación, gestión universitaria y formación de doctores y profesores de Universidad. Su intensa labor universitaria se ha visto complementada con el ejercicio de la abogacía y también con una intensa actividad internacional (Delegado de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

Después de toda una vida dedicada a la Universidad, el profesor *Illescas Ortiz* se jubilará a finales del presente curso académico 2014-2015. Por ello, y como muestra de afecto, gratitud y reconocimiento a su dilatada e importante trayectoria académica y profesional, tanto en el ámbito mercantil nacional cuanto internacional, sus discípulos “*más viejos*” tuvimos la idea de organizar la publicación, en formato electrónico, de un “*Libro-Homenaje*” –el primero en y de nuestra disciplina-.

Para nosotros es un privilegio presentar este libro “*en sociedad*”. Si, como enseña el “*Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua española*”, “*homenaje*” es el “*Acto o serie de actos que se celebran en honor de alguien o de algo*”, la presentación de este libro constituye el acto en que se celebra el merecido reconocimiento de un *maestro* del Derecho Mercantil.

Mención especial es la que debe realizarse de los colaboradores y partícipes en el libro que hoy nos tiene reunidos. Nuestra gratitud más sincera y profunda a todos y a cada uno de ellos. Sin vosotros, este libro y este acto carecerían de sentido.

Permítasenos algunas confidencias: alguna vez nos confesó el profesor *Illescas* que quería “disfrutar de sus 70 años”, “de su jubilación”, que “tenía decidido renunciar a cualquier otro compromiso universitario” y que “no aceptaría la propuesta de Profesor Emérito”, porque “prefería dedicarse a tantas otras cosas, tras tantos años de Academia”, “dejando en segundo plano tanto mercantil”. Volvería “al campo”, a su Córdoba natal.

Sus legítimos deseos, D. Rafael, no deben ser incompatibles con la reflexión y el estudio sobre nuestra disciplina jurídica. Ud. mejor que nadie sabe, y es consciente de ello, que se avecinan unos *tiempos convulsos* y que debe “estar ahí” porque sus análisis

e investigaciones sobre el “Derecho Mercantil”, en el “campo” o donde sean, se truecan, casi siempre, en nuestros conocimientos.

En un libro publicado en 1926, editado en Leipzig, y escrito por Stefan Zweig titulado “*La confusión de los sentimientos. Apuntes personales del consejero privado R. Von D.*”, un reconocido profesor es laureado por su larga y fecunda trayectoria de éxitos y logros, con la publicación de un libro homenaje con motivo de su sexagésimo cumpleaños. En una de sus páginas, el profesor deja escrita la siguiente reflexión: “*Es cierto todo lo que contiene, sólo falta lo esencial. Me describe, pero no me expone. Habla simplemente de mí, pero no revela quién soy (...)*”- (Traducción del alemán por J. Fontcuberta, Editorial Acantilado, Barcelona, 2014, p. 6)”-

Nosotros, modestamente, esperamos y deseamos que cuando el profesor *Illescas* lea y examine este libro, este su *libro-homenaje*, no tenga esa misma sensación que el protagonista de la obra del escritor austriaco. Sus alumnos, discípulos, colegas, compañeros y amigos en el “*Foro*” y en la Universidad hemos pretendido, y ojalá que logrado, que los artículos doctrinales redactados todos sobre materias relativas al *nuevo Código Mercantil* -del que el profesor *Illescas* ha sido y es uno de sus principales y activos “autores intelectuales”-, se conviertan en un merecido y sentido homenaje que muestre y demuestre su entera valía, tanto personal cuanto intelectual.

¡*Felicidades y enhorabuena, maestro!*

Getafe, a 12 de junio de 2015.

Festividad de San Onofre de Egipto.

CLARA Y ELISA ILLESCAS ROJAS: TRIBUTO A UN PADRE

Hoy es un día muy importante para ti y para toda tu familia. Recapitulamos todo lo que has conseguido en tu vida laboral y queremos estar contigo.

Te dedicamos estas palabras como padre y maestro y queremos que se conviertan en palabras de gratitud por todo tu esfuerzo y trabajo a lo largo de más de cuarenta años.

Gracias por haber sido y seguir siendo nuestro modelo a seguir, nuestro referente como persona y profesional.

Gracias por tu esfuerzo, por tu tesón, por tu paciencia, por enseñarnos a estudiar, a trabajar y a desarrollarnos como personas y profesionales.

Gracias por tus buenos consejos.

Gracias por guiarnos en la vida.

Gracias por tu templanza.

Gracias por tu sonrisa y tu buen humor.

Gracias por tu amor inagotable, por enseñarnos a querer, por todo lo que nos has dado y por ser nuestro ejemplo de padre a seguir en la educación de tus nietos.

Gracias por estar siempre para todos y en todo momento.

Tus hijas.

RAFAEL ILLESCAS ROJAS, TRIBUTO A UN PADRE, ABUELO Y JURISTA

Cuando nos propusieron a los hijos escribir algunas palabras sobre tu faceta más personal y que aparecieran en el libro-homenaje que tus compañeros de profesión te iban a dedicar con motivo de tu jubilación, lo primero que me vino a la cabeza fueron aquellos días en los que te esperaba con mamá a que regresaras de la universidad antes de irme al colegio. Por ello, me gustaría destacar que, a pesar de tu dedicación plena como docente, has tenido una dedicación absoluta a tu familia estando con nosotros en cada momento de nuestra infancia.

Aunque poco nos parecemos en carácter, has sido un espejo en el que mirarme, de ti he aprendido la honestidad a nivel personal y profesional, el trabajo duro y la constancia. Trabajar contigo como padre y jurista ha sido, como lo fue con el abuelo, todo un privilegio, y espero que nunca dejes de enseñarme y de ofrecerme la posibilidad de seguir trabajando conjuntamente. Otra generación de Illescas viene pisando fuerte y miran al abuelo viajero con la admiración con la que yo te miraba a ti con su edad.

Gracias por tu generosidad en todos los aspectos de tu vida.

Tu hijo y tus nietos.

I
LAUDATIUS

RAFAEL ILLESCAS AND UNCITRAL WORKING GROUP III

STUART BEARE*

In April 2002 Rafael Illescas was elected Chairman of the UNCITRAL Working Group (Working Group III) on Transport Law. This Working Group had been established by the UNCITRAL Commission to consider a project to reform the maritime transport law regime and to work towards the preparation of an international instrument which would modernise the law of carriage. Under Rafael Illescas's chairmanship and guidance the Working Group was able six years later in January 2008 to approve the text of a long and detailed draft convention on contracts for the international carriage of goods wholly or partly by sea. This draft, with some revisions, was approved by the Commission, again under Rafael Illescas's chairmanship, in July 2008 and the Convention, which contained rules to be known as "the Rotterdam Rules", was adopted by the UN General Assembly in December. The successful conclusion of the project in a relatively short timescale was in no small part due to Rafael Illescas's skilled chairmanship of the Working Group.

The project was both substantial and complex. At the outset there was a general consensus in the Working Group that the purpose of the work was to end the multiplicity of the liability regimes applying to the carriage of goods by sea and to adjust maritime transport law better to meet the needs and realities of international maritime transport practices. This was a formidable task. No one could have chaired the Working Group and guided the work who did not have a complete mastery of this extensive subject matter. There can be no doubt that Rafael Illescas had the necessary authority, which was derived from his vast knowledge and experience of all the issues involved.

However one of his many skills was not seeking to impose his own views, although he must undoubtedly have had them, but to guide the government representatives and observers to resolve the issues themselves. Thus at an early stage the Working Group adopted a proposal made by a group of delegations to proceed by grouping matters into core issues. Later an informal consultation group was established for continuing the discussions, largely by emails, between the formal sessions. It was in this way that a number of very difficult issues were resolved. Rafael Illescas fully supported and encouraged these methods of work which greatly contributed to the completion of the project within the desired timescale.

Rafael Illescas's skill in guiding the Working Group to reach its conclusions was very largely derived from his sensitivity to the atmosphere in the room and to the informal influence which various delegations had on particular issues outside it. On the middle weekend during the sessions in New York Chester Hooper from the US delegation and his wife, Stephanie, used to invite delegates to an informal supper party at their home in Hastings-on-Hudson. These very agreeable social occasions away from

* Observer at the sessions of Working Group III for the Comité Maritime International.

the city were greatly appreciated by all who enjoyed their generous hospitality, including Rafael Illescas. On one occasion he was asked what he proposed to place on the agenda for the following Monday. He replied that he had not yet made a plan, but he might have an idea later in the evening. When asked again later, he replied that he had enjoyed some good Californian red wine and had not thought about an agenda. His sensitivity was allied to a sharp political nose.

Traditionally levels of limitation of liability tend to be agreed in the final stages of the negotiation of a draft convention. So it was that this issue, and certain related issues, came to be considered at the final session of the Working Group in January 2008. In this rare instance Rafael Illescas imposed his authority as Chairman to press for a compromise. His intervention was successful, a compromise was reached and the draft Convention was approved.

All government representatives and observers who participated in the various sessions of the Working Group have reason to be grateful to Rafael Illescas for his leadership and guidance, and for his unfailing courtesy and good humour. It is to be hoped that other states will soon follow Spain's lead and ratify the Convention, so that it comes into force internationally, and that Rafael Illescas will have the satisfaction during his retirement of seeing the successful fulfilment of his work.

HOMAGE TO RAFAEL ILLESCAS ORTIZ

FRANCESCO BERLINGIERI*

I met for the first time Prof. Rafael Illescas at the ninth session of the UNCITRAL Working Group on Transport Law, held in New York from 15 to 26 April 2002, that was the first session devoted to the preparation of the Rotterdam Rules, when he was elected chairman of the Working Group. I had then the great pleasure, as president of the Italian delegation, of working under his chairmanship throughout all the thirteen sessions, held in New York and in Vienna, that were required to achieve that goal, the last of them having been held in Vienna in January 2008. For six years I spent each year four weeks with him and I had a great many times the opportunity to admire the ability, competence and kindness with which he directed our debates. It had not been an easy task, given the very many hot issues that were debated and if at the end a consensus was reached on most of them, that was also due to him.

He has been an outstanding chairman and I think that having done myself that job for quite some time I am a good judge.

Thank you, Rafael, for your contribution to the unification of maritime law.

* President ad Honorem of the Comité Maritime International

LAUDATIO DEL PROFESOR DR. D. RAFAEL ILLESCAS ORTIZ POR UN DISCÍPULO LATINOAMERICANO

ALEJANDRO BETTONI TRAUBE*

Escribo este pequeño homenaje en honor del Dr. Don Rafael Illescas Ortiz con la humildad y azoramiento de quien entiende, en el fondo, que otros podrán exponer sus infinitos méritos con mucha mayor fortuna. Mas, si para el elogio del maestro solo basta una admiración sincera y profunda por el homenajeado y su obra, de ambas estoy sobrado. No me será difícil entonces sembrar unas cuantas alabanzas por aquí y por allá, a pesar del espacio exiguo, pues me saldrán con naturalidad y sin esfuerzo, aunque con la anticipada certitud de que quedarán muy lejos de hacerle justicia.

Lo conocí apenas en 1999, en el Programa General de Doctorado de la Universidad Carlos III de Madrid. Eran los tiempos en que el Profesor Illescas afinaba las últimas páginas de un manuscrito que condensaría su saber y pensamiento sobre la electrificación de la contratación mercantil, y compartía sus hallazgos en esta materia con estudiantes de España y América Latina. Yo recién llegaba de Costa Rica con el firme propósito de preparar una tesis doctoral en Derecho mercantil. Sus lecciones magistrales me revelaron lo que me pareció en ese momento el secreto mayor guardado de esta rama jurídica. En el ocaso del vigésimo siglo, la legislación de mi país contenía unos cuantos preceptos sobre transacciones electrónicas y escaseaban los estudios científicos sobre el tema. Aun se debatía por entonces sobre las condiciones de validez de los negocios que se formalizan haciendo recurso de las últimas tecnologías. Algunas normas dispersas evidenciaban el estado embrionario de la cuestión y la doctrina mostraba diversidad de criterios por doquier. En España, de hecho, la tinta del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de setiembre de 1999, sobre firma electrónica, continuaba fresca.

El rigor científico del Profesor Illescas era incontestable; aun así, el singular contenido de sus lecciones se nos figuraba como inspirado en un relato de ciencia jurídica ficción. La fascinación del maestro por la incipiente disciplina no tardó en contagiar los espíritus de los doctorandos. No es de extrañar que muchos optáramos por seguirlo: nos adentramos así en el estudio, casi esotérico a nuestros ojos, de los preceptos que gobernaban la última revolución tecnológica.

Dos aspectos me impresionaron desde el principio: el vasto conocimiento y la modestia del maestro. En algunos docentes que he conocido a lo largo de mi vida esta doble condición parece un oxímoron; no así con él. Impartía la lección, pero también escuchaba y valoraba el diálogo con el alumno. Su condición de Catedrático, lejos de separarlo de sus alumnos, parecía acercarlo a ellos con calidez. Rememoro sus lecciones claras, sencillas, aleccionadoras. Recuerdo también su puntualidad rigurosa, la claridad conceptual, el orden metódico de la exposición. Precio que haya ido siempre más allá

* Doctor en Derecho Mercantil por la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado en ejercicio en Costa Rica.

de la simple formulación teórica. Siempre ha mostrado una genuina preocupación por la aplicación práctica de la norma en el ámbito comercial. No en vano su dilatada práctica como abogado y árbitro mercantil le permitía enriquecer las lecciones con valiosas experiencias jurídicas.

Como director de tesis doctorales, la influencia que ha ejercido sobre sus alumnos excede la mera labor orientativa. Importa destacar su comprensión por los intereses particulares del estudiante, al fomentar que los nuevos conocimientos le resulten de provecho al alumno en sus países de origen. Por ello, ha dedicado con atención largas horas a la dirección de tesis sustentadas en normativas latinoamericanas que, como la mía, tomaron ese feliz rumbo por su propia sugerencia, en beneficio del doctorando.

Su mayor mérito, sin embargo, es la medida en que ha incidido en nuestra forma de entender ese conjunto de experiencias vividas que es el Derecho mercantil. Esta constatación me lleva a tocar, siquiera con premura, la dimensión investigadora de Rafael Illescas. Es imposible referir con detalle el amplio espectro abarcado por esa labor, y sus colegas y discípulos españoles podrán dar fe de ello. Me concentraré en su faceta de visionario, de pionero de las modernas doctrinas jurídicas sobre la electrificación de los actos de comercio.

Quien elabora una tesis doctoral en Derecho del comercio electrónico se convierte en un estudioso, no solo de esa rama, sino del pensamiento preclaro del Profesor Illescas. Sus ideas están plasmadas en una extensa cantidad de publicaciones de la más alta calidad, como lo atestiguan sus libros, artículos y demás contribuciones invaluable a las ciencias jurídicas. Rafael Illescas ha indagado como pocos en el fenómeno de cambio social más relevante de nuestro tiempo. El mundo transita por la irreversible senda de la electrificación, prodigio imparable que sustituye el uso del papel por medios telemáticos en las transacciones mercantiles. Las mutaciones repentinas en la realidad social conllevan obstáculos imprevisibles para el jurista. A él le debemos planteamientos concretos e innovadores que brindan certeza jurídica en una realidad insólita y desconcertante. Ha sabido guiarnos por este camino enmarañado de preceptos antiguos y otros más nuevos, manteniendo incólumes, al mismo tiempo, los principios generales de la contratación privada.

Su contribución es notable por partida doble. Primero, ha sido uno de los grandes arquitectos de los textos jurídicos primordiales en la materia. Estos han fijado, ya para siempre, los principios y postulados metodológicos de esta nueva rama. Su labor en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL), que llegó a presidir en 2008 y 2009, fue esencial en la formulación de esas pautas. Las Leyes Modelo de Comercio Electrónico y de Firma Electrónica, a pesar de no ser textos vinculantes, constituyen una referencia permanente en los distintos ordenamientos, tanto anglosajones como de Derecho continental. Hoy, sus frutos y nuevas semillas se propagan por el mundo, como lo atestigua la proliferación de textos prelegales, legislativos y reglamentarios que se han visto influenciados por los trabajos de la CNUDMI. Los ecos de su labor resuenan en cuerpos normativos que los latinoamericanos aplicamos a diario, pero que hallan su raigambre profunda en aquellas sesiones primigenias de la Comisión.

En segundo lugar, los escritos científicos del Profesor Illescas son obras inequívocas, de obligada referencia. La exposición es metódica y sistemática; la pluma, elegante, pero directa y eficaz. Evade los circunloquios y evidencia el dominio absoluto de los temas; de paso, se salva y nos salva del “desvarío empobrecedor” que Jorge Luis Borges atribuía a los vastos libros. Mercantilista por excelencia, va al grano. Su teoría está anclada en la realidad, pues la primera sigue a la segunda como la sombra al cuerpo. Ante todo, propugna la superación de paradigmas arraigados con fuerza en el pensamiento jurídico tradicional. No nos extrañe por ello que, al inicio, no todo autor haya acogido con hospitalidad los novedosos postulados. Él ha respondido con madurez y buen humor. Algunos de sus alumnos recordamos a veces, con inevitable sonrisa, sus comentarios sobre el fenómeno de la “refracción electrónica” en cierto sector doctrinal. El río de estos nuevos tiempos, sin embargo, continúa fluyendo; las enseñanzas del Profesor Illescas nos ayudan, hoy más que nunca, a navegar por este cauce. Sus principios permean el núcleo de la contratación comercial, pero también sus ámbitos periféricos: banca, bolsa, seguros, transporte de mercaderías, propiedad intelectual, y tantos otros saberes. Hoy no es posible entender el tráfico jurídico mercantil en su entera dimensión sin una noción básica, por ejemplo, de todo lo que entraña el principio de la equivalencia funcional entre las formas tangible y electrónica. Sus construcciones teóricas se levantan sólidas sobre la base de un objeto inmaterial que, todavía hace poco, era inconcebible para la imaginación humana.

Confieso que mi país se demoró en descubrir al maestro. Mucho me temo que ahora, en cambio, no le deje ir con facilidad. Me resulta especialmente memorable un seminario que impartió en el año 2013 en el Colegio de Abogados de Costa Rica. Durante tres días consecutivos cautivó a una audiencia ávida por empaparse de las nuevas tendencias del Derecho de la contratación electrónica. Prodigó sus conocimientos inagotables en sesiones maratónicas que se estiraron desde la mañana hasta la noche, actuando como conferencista único. Fue una prueba más de su compromiso incondicional por la docencia y de la apasionada relación que mantiene con la materia impartida; por lo demás, algún récord de resistencia física habrá roto en esa ocasión.

Más allá de sus incuestionables méritos docentes y académicos, termino refiriéndome a algo que nos une a quienes le conocemos. Rafael Illescas es un ser humano excepcional. Esta apreciación la compartimos, sin duda alguna, todos aquellos que tenemos el privilegio de participar en este merecido homenaje. Afable, de buen humor, correcto en todo sentido, el Profesor Illescas es erudito pero modesto; sencillo a pesar de sus logros admirables. Es un sabio del Derecho mercantil y, al mismo tiempo, una gran persona. Me precio de su amistad, esa vinculación que surgió de una tesis doctoral y que ha crecido a través de los años a pesar de la distancia geográfica.

Ha llegado el momento de honrarlo como lo merece, mostrándole nuestro profundo agradecimiento por su legado inestimable, que esperamos no concluya aquí. También, mucho me temo, de dejarlo descansar –un poco– de su ardua y fecunda faena, y desearle de corazón todo lo mejor en esta nueva etapa de su vida.

RAFAEL ILLESCAS ORTIZ

BERNARDO M. CREMADES

Conocí al Profesor Illescas en los pasillos de la Facultad de Derecho de Sevilla, cuando ambos compartíamos el magisterio de ilustres profesores y muy especialmente el del Prof. Olivencia. Pronto descubrió el joven jurista su inclinación a la investigación y la docencia del Derecho Mercantil.

La década de los sesenta fue muy intensa, especialmente en las aulas sevillanas. Tuvimos la suerte de tener unos maestros que, al tiempo de ser muy concedores del Derecho en sus diferentes facetas, provocaron un ambiente cultural muy vivo. Eran muy frecuentes los encuentros sobre los temas más candentes de la vida intelectual del momento.

En el plano político, la Facultad fue un caldo de cultivo como así se ha podido comprobar en la trayectoria de tantos y tantos en la vida pública posterior. Sin duda, tuvimos una escuela donde los maestros dejaron una profunda huella en nuestra formación global y no sólo en lo jurídico.

Rafael Illescas orientó su vida profesional, tras una brillante licenciatura, hacia la investigación y docencia del Derecho Mercantil. Forma parte de los en aquella época muy admirados doctores por la Universidad de Bolonia. Obtuvo su Cátedra de Derecho mercantil que desempeñó en diferentes universidades hasta aterrizar definitivamente en la Universidad Carlos III, donde ha ejercido sus labores docentes y académicas con el éxito acreditado por tan distinguidos maestros del Derecho que hoy se consideran con orgullo discípulos del Prof. Illescas.

Siguiendo la ruta marcada por los Profesores Garrigues y Olivencia, recogió con mucho éxito el testigo de la representación doctrinal española en UNCITRAL, donde trabajó con entusiasmo en diferentes proyectos, hoy realidad del derecho mercantil internacional. En materia de arbitraje internacional dejó huella en la elaboración de las Reglas de Arbitraje ad hoc y en la Ley Tipo de Arbitraje. Aquellas son de utilización diaria tanto en el arbitraje mercantil internacional, como posteriormente en el de protección de inversiones. La Ley Tipo ha sido recogida en la legislación doméstica de muy numerosos países. Se puede decir que ambos textos han sido la columna vertebral del actual arbitraje internacional.

Hace ya muchos años la Editorial La Ley tuvo el acierto de encomendarle el lanzamiento de una revista, "Derecho de los Negocios", que desde entonces ha venido dirigiendo con mucho acierto. Se ha convertido en un lugar de encuentro de prácticos y académicos del Derecho mercantil, con especial proyección al mundo internacional de los negocios.

En la vida profesional he coincidido con el Prof. Illescas en numerosas ocasiones, especialmente en temas de arbitraje. Sus laudos han sido siempre ponderados y valorados en su fundamentación, la de un gran jurista. Ganaras o perdieras, siempre te quedaba la satisfacción de recibir un trabajo bien hecho.

La formación de generaciones de juristas se ha reflejado muy especialmente en la puesta en marcha de las competiciones entre alumnos en procedimientos arbitrales. Creo hacer justicia al decir que la cultura arbitral se ha consolidado gracias a ellas entre las generaciones jóvenes. Pero quizá algo más importante, se ha introducido en la enseñanza del Derecho la oratoria, tan olvidada entre nosotros y tan importante en países de nuestro entorno. Pues bien, el Prof. Illescas consiguió el triunfo de los equipos de la Carlos III frente a otros de Universidades extranjeras muy acreditadas. Además, ha consolidado este tipo de competiciones en español, dando así el espaldarazo universitario al protagonismo actual de nuestros juristas en el arbitraje internacional.

La hora de la jubilación, que no es más que un cambio del status administrativo, es el momento de los recuerdos. García Márquez decía que una biografía es lo que uno ha vivido, pero sobre todo lo que uno recuerda para contarlo. De ese equipo de estudiantes que convivimos en las aulas de la Universidad hispalense, destaca en mi memoria Rafael Illescas en nuestra común ilusión de aquellos momentos que compartimos y en los numerosos encuentros que posteriormente hemos disfrutado.

A RAFAEL EN SU HOMENAJE

VICENTE CUÑAT EDO*

Al conocer el proyecto de este libro y desde la voluntad de participar en él, por el afecto y la amistad que me une a Rafael, me propuse trabajar sobre la cuenta corriente bancaria.

Elegí el tema desde la realidad de un contrato cuya regulación actual y su uso en el mercado no parece satisfactorio. Muy extendido en su uso, base y marco para prestaciones de distinta naturaleza, muy vinculadas con el mandato y susceptible de incluir prestaciones de difusos perfiles, no es objeto de una regulación global sino parcial. Todo ello desde su condición de contrato de adhesión, de ineludible concertación en estos momentos por la gran mayoría de los sujetos activos en el mercado. Resulta casi indispensable para el pago de impuestos, recepción de pensiones y nómina, pago de servicios y en su ámbito se generan prestaciones de muy distinta naturaleza.

Desde tales hechos hay que plantear la necesidad de un contenido legal mínimo, que atienda a lo que de necesario tiene este contrato para la mayoría de nosotros. ¡Se me quedó en proyecto!

El tema lo creí oportuno porque conecta con una preocupación constante de Rafael, la tensión entre libertad y regulación respecto de la que tantas veces ha tenido ocasión de instruimos y aquí la tensión es evidente.

De la proyección de Rafael da cuenta su obra, sus discípulos, su presencia en las tareas prelegislativas, dentro y fuera de nuestro país y el libro al que pretendo incorporarme con esta expresión de afecto, es una prueba de ello.

Con esta carta quiero expresar, algunos recuerdos y sobre todo mis sentimientos. Con Rafael, desde hace muchos años, he disfrutado de su agudeza, de sus conocimientos, su cordialidad y de muchas inquietudes compartidas. No se interrumpió nunca una relación que comenzó cuando éramos “aspirantes” a profesor universitario, de la escuela de D. Joaquín y discípulos de dos amigos entrañables, los profesores Olivencia y Broseta, que nos “empujaban” con su ejemplo y afecto. Aquella amistad, de la que he recibido muchas satisfacciones, continúa hoy como jubilados “activos”, conectada a nuestra común y larga afición por el derecho del seguro, que nos permite compartir otras inquietudes y satisfacciones.

Sirvan pues estas letras, como manifestación del afecto y el deseo de contribuir con mis emociones, al homenaje de quien tantos merece y sobre todo, sean expresión de amistad y admiración a Rafael.

Dos sentimientos que perduran y que están por encima de las circunstancias que no me han permitido materializarlo de un modo más académico.

* Catedrático Emérito de Derecho Mercantil de la Universitat de València.

RAFAEL ILLESCAS ORTIZ

RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY *

En Sevilla, hace muchos años, conocí a un hombre amable, humilde y servicial, pese a su inocultable grandeza. ¿Cómo lo conocí? Por azar, porque siempre al llegar a una nueva ciudad por conocer, busco y visito su Universidad.

En la Universidad de Sevilla encontré a su catedrático de derecho mercantil, que me enseñó, lo primero, su enorme biblioteca.

El azar, como dice el escritor checo Milan Kundera en la Insoportable levedad del ser, solo se presenta como un mensaje. Y ese encuentro me permitió disfrutar de una conexión inmediata con el mundo jurídico español, tan rico en juristas.

Esos hombres que están destinados a influir directa o indirectamente en el destino de millones de personas.

Brillando en el mundo académico español, y en los grandes foros internacionales aparece nuestro amigo Rafael, imposible de que no se lo conozca, imposible que no se lo haya leído y estudiado en España y más allá de las fronteras de España. Su vasta obra jurídica, escrita, explicitada en presentaciones y manifestada en grandes libros concretos, siempre en beneficio de la comunidad, en tanto ella está regida por un orden legal que pretende regular y encaminar las conductas humanas hacia una vida mejor.

La Universidad de Sevilla marcó su comienzo brillante. De la Universidad Carlos III, ha sido uno de sus iluminadores y creadores; esa magnífica Casa de Estudios que transformó viejas cuadras en modernas aulas, junto a la selección de profesores y estudiantes para los Cursos de Grado y de Posgrado. Allí construyó Rafael, junto a otros profesores y administradores, una Universidad de excelencia, comunicada directamente con las empresas reales, operativas, formándose la trilogía Universidad, autoridad estatal y empresarios. Yo personalmente vi la conexión de la Universidad con las empresas y me maravillé de la organización de su “Vivero de empresas”, que el grupo de la Cátedra de Rafael me acompañó a visitar. Esta Universidad de solo 24/5 años, ya tiene una enorme tradición en España y está muy conectada con nuestra América y por supuesto, con la Unión Europea y Estados Unidos.

* Profesor Emérito con dedicación semiexclusiva de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, República Argentina. Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Argentina. Diploma de Estudios Avanzados y Doctorado calificado como sobresaliente cum laude en la Universidad Castilla La Mancha, España. Miembro fundador de la International Academy of Consumer and Commercial Law y miembro de la Academia Interamericana de Derecho (FIA). Director de la Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Arbitro internacional del CIADI y CCI y de los Centros Internacionales de Arbitraje y Mediación CIAM y CEMA. Es autor de más de veinte libros y de más de cuatrocientos trabajos publicados en revistas jurídicas del país o del extranjero. Investigador categoría 1 de la Universidad de Buenos Aires.

Dos rasgos quiero rescatar en Rafael, que siempre fueron juntos: su ejemplaridad, junto a una modestia real, no fingida, que, como es sabido, son rasgos no muy comunes en los grandes del derecho.

El decía y dice cosas, abre juicios, expone pensamientos, de modo sencillo, como si fueran comentarios simples, de un hombre común dirigido a un auditorio común. Pero aún en pequeños comentarios de amigos, sus ideas nunca carecieron de vuelo; y de alto nivel su pensamiento.

Es buen amigo, hombre de consejo y dispuesto a orientar a jóvenes, a la valiosa juventud que lo rodea y que él ha sabido formar; es un formador de profesores y un gran jurista en las Naciones Unidas.

Illescas Ortiz tiene legalidad y también legitimidad, según las recientes expresiones de Agamben (El misterio del mal), pero él no se esfuerza por demostrarlo, hacerlo visible, exponerlo. El que quiera ver, que vea y reflexione. Que tome su ejemplo.

Nunca, en las reflexiones que le he escuchado, demostró desconocer algún tema; pero no tocándolo “de oído” sino sabiendo muy bien su alcance, extensión e inserción en el sistema jurídico o en otros campos del pensamiento.

En mi caso, gozo inmerecidamente de su amistad y su afecto. Y no sólo porque ambos seamos escorpianos (de diferente edad, por supuesto, yo un poco mayor, siempre él me señala con la particular gracia del sur de España) sino porque estamos nadando y buceando en la misma disciplina, desde hace muchos años, el Derecho Mercantil para él, el Derecho Comercial para mí.

Recuerdo una pequeña anécdota de este hombre cuando en unas presentaciones que hacíamos hace unos años en Bogotá, el operador no pudo colocar con éxito mi pendrive para proyectar.

Yo comencé mi conferencia igual y al terminar, Rafael me dijo: “Raúl, sin pendrive la presentación sale mejor”.

Sencillo. Grande. Simple. De gran capacidad intelectual. Humano. Maestro siempre. Afectuoso. Amigo: tú sabes que mereces estas palabras y más.

SEMBLANZA DEL PROF. DR. D. RAFAEL ILLESCAS ORTIZ

CARLOS J. MOREIRO GONZÁLEZ*

Como en todos los grandes maestros, la dimensión humana y académica del Prof. Illescas Ortiz trasciende con creces las lindes del saber en el que se especializaron, en su caso el Derecho Mercantil, ámbito al que consagró la mayor parte de su obra científica, de su actividad docente, de la formación de brillantes discípulas y discípulos, y, en el que contrastó una solvencia excepcional dentro de los Foros internacionales que elaboran la panoplia normativa relevante en la materia.

He tenido el honor de disfrutar durante veinticinco años del magisterio del Profesor Illescas en el ámbito del Derecho europeo, a partir de una feliz coincidencia administrativa, (quizás no tan imprevista), como colaborador en el Máster Universitario en Derecho de la Unión Europea de la Universidad Carlos III de Madrid.

De todas las cualidades que admiro en él destaca sin duda la de persona cabal en el sentido más intrínseco del término, siendo este presupuesto el fundamento sobre el que se yerguen sin solución de continuidad todas las demás. Un compendio de cualidades del saber hacer y del saber decir con elegancia, con sencillez y sin dogmatismos las cosas que quizás convienen en un momento dado.

Antes y mejor que muchos, impulsó el ideal de la integración europea movido por el puro instinto de “europeidad”, tan finamente desarrollado, que es un elemento inescindible de su alma, tanto como su talante andaluz y su perspectiva anglosajona de los negocios y del libre mercado.

La impronta práctica, muy favorable a la mediación y a la resolución consensuada de las siempre aviesas e hilarantes disputas entre colegas, hicieron del Profesor Illescas un Decano ejemplar, incluso añorado hasta el extremo de que recuerdo haber escuchado en su día afirmar en un corrillo académico, “tiene gracia que Gregorio (Peces Barba) haya traído un liberal a poner orden en la Carlos III”.

Claro que esas dignidades, aceptadas a regañadientes por el (nada) interesado, eran ejercidas con autoridad no sólo como consecuencia de su talento natural, sino del creciente prestigio que su labor académica, científica y de cooperación internacional fue acumulando durante los años de servicio en la Universidad Carlos III de Madrid.

Firme defensor del conocimiento interdisciplinar como referente de la investigación jurídica de vanguardia, alentó mis primeros trabajos en el Instituto Universitario Europeo de Florencia (Italia), y fue un generoso valedor de diversas iniciativas editoriales, algunas dirigidas conjuntamente, sobre aspectos relevantes del Derecho económico en el proceso de integración europea.

El Profesor Illescas dejará físicamente la Universidad Carlos III de Madrid al finalizar el presente curso Académico (2014-2015). He de confesar que, aunque en los últimos tiempos nuestros contactos eran ya muy esporádicos dadas sus múltiples ocupaciones extra-Campus, mi admiración, mi respeto y mi gratitud por la fortuna de los años vividos cerca de él no pasarán.

* Catedrático de Derecho Internacional Público y RRII. Cátedra J. Monnet «ad personam» de Derecho de la UE. Universidad Carlos III de Madrid.

Quedan entre estos “muros” del Campus de Getafe sus andares sosegados, sus discípulas/os, sus consejos oportunos nunca oportunistas, su ingente obra científica, y un hálito de eternidad de la que participan los hombres y las mujeres que, aunque pasen, permanecen en las Instituciones que ayudaron a construir.

Gracias Rafael, por tu magisterio, por tu ejemplo, y por honrarme con tu amistad.

RAFAEL ILLESCAS ORTIZ – JURISTA ESPAÑOL DE RECONOCIDO PRESTIGIO INTERNACIONAL

REINER SCHULZE*

Rafael Illescas Ortiz se despide de la Universidad Carlos III de Madrid como jurista cuya patria se encuentra tanto en España como en cualquier lugar del mundo. Su itinerario académico lo ha conducido, como Catedrático, a numerosas y relevantes Universidades españolas: tal es el caso de las Universidades de Sevilla o Cádiz en su Andalucía natal, Zaragoza y, finalmente, la Universidad Carlos III de Madrid. En esta última, ha dirigido durante largo tiempo el área de Derecho mercantil, en la que ha dejado su impronta. De igual modo, sus actividades en la práctica jurídica están firmemente ancladas en la comunidad jurídica española: a modo de ejemplo, como abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, como consejero de un importante bufete de abogados, como árbitro en multitud de procedimientos de arbitraje y como Presidente de la Sección española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (SEAIDA). Sus numerosas publicaciones abarcan toda la amplitud del Derecho mercantil – sus monografías más antiguas tratan de los arrendamientos de local de negocio y las más recientes, por ejemplo, sobre el Código de Seguros. En sus artículos ha tratado desde el derecho de Sociedades anónimas, el empresario mercantil individual, el derecho concursal, el derecho de la competencia o el derecho de marcas y patentes, hasta el derecho de seguros. La evolución de la legislación y de la jurisprudencia ha conformado desde un primer momento un punto prioritario de sus publicaciones.

La prolífera y relevante contribución de Rafael Illescas Ortiz se ha extendido más allá del ámbito nacional al plano internacional. Esta peculiar habilidad, que implica unos conocimientos poco comunes, que han sido el resultado de una rica experiencia y una gran destreza tanto en el plano nacional como en el internacional, lo distinguen frente a otras destacadas personalidades del mundo del Derecho que se han decantado por orientar sus esfuerzos a uno sólo de estos ámbitos. Con sus contribuciones se anticipó a los retos internacionales, que se plantearán los juristas en el futuro. Ya en los años sesenta del siglo XX no se conformó con la realización de una carrera en Sevilla, sino que añadió a su formación una estancia en Bolonia que concluyó no solamente con un Diploma del Instituto Italo-Iberoamericano de Diritto Comparato allí situado, sino también con el título de Doctor en Derecho. El encuentro personal con juristas de otros países, la «viva» experiencia del Derecho comparado y la común dedicación a tareas y

* Catedrático de Derecho civil alemán y europeo en la Westfälische Wilhelms-Universität Münster (Alemania).

desafíos que se sitúan más allá de las fronteras han caracterizado también su posterior evolución profesional. Esto se ha puesto de manifiesto tanto en su participación en incontables Congresos internacionales y estancias como profesor invitado en París y Bordeaux, La Plata, la Habana, Tucumán y otras Universidades, como en el ejercicio de la práctica de la abogacía en conflictos internacionales y como árbitro en la Cámara de Comercio Internacional (CCI). De igual manera, destaca su contribución en el desarrollo del Derecho y en las discusiones doctrinales más allá de las fronteras españolas a través de la abundancia de sus publicaciones, con las que se han familiarizado tanto a juristas españoles como a juristas extranjeros. Objeto de sus contribuciones han sido no solamente un gran abanico de cuestiones legales entorno al Derecho Uniforme del Comercio Internacional, así como sobre su sistematización, sino que ya desde los años ochenta del siglo XX se decantó por nuevas cuestiones jurídicas surgidas de la Integración europea y de la adhesión de España a la Comunidad Europea. Rafael Illescas pertenece, por ello, a los juristas que han construido los puentes entre las tradiciones jurídicas españolas y el Derecho de la Comunidad Europea (posterior Unión Europea) y que contribuyen hoy en día a la evolución del Derecho europeo en ámbitos como el derecho bancario y el derecho de seguros.

La suma de una constante participación en el desarrollo del derecho español y una intensa atención al derecho internacional y europeo, así como la unión entre la prolífera actividad científica y la experiencia fuera del mundo académico son las razones que explican que Rafael Illescas Ortiz haya formado parte, de manera decisiva, de los progresos para el desarrollo de un derecho internacional unitario en el marco internacional y europeo. Desde 1984 ha sido delegado de España en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI- UNCITRAL) en Viena, donde no se limitó a permanecer como un miembro pasivo de esa Institución de sobresaliente importancia para la evolución del Derecho mercantil en una dimensión global. Buena muestra de ello es que impulsó de manera decisiva, en calidad de Presidente del grupo de Trabajo sobre el derecho de transporte (2002), los trabajos sobre un elemento central del derecho internacional moderno. Después, como Presidente de la Comisión, dirigió en su totalidad la actividad de esa Comisión e indicó el camino a seguir en múltiples cuestiones complejas.

Desde 1988 Rafael Illescas Ortiz es, además, miembro del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) ubicado en Roma. Por este motivo, ha cooperado en numerosos proyectos del Instituto en el campo de la unificación jurídica. Entre ellos, tienen un papel destacado los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*). Y, junto con ellos, se elaboró, más allá de la Convención de Viena (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, CISG), un cuerpo normativo aplicable no sólo a un tipo de negocio

jurídico contractual, sino fundamentalmente a toda clase de contratos de comercio. Los trabajos del UNIDROIT y, en este contexto, el trabajo de Rafael Illescas Ortiz, han dado un gran impulso a los esfuerzos conducentes a elaborar un Derecho común para los contratos comerciales internacionales. Además, esos trabajos referidos al Derecho mercantil, se coordinaban con los de la Comisión que, bajo la Presidencia de Olé Lando, redactó el borrador de un Derecho Europeo de los Contratos. Como es sabido, a partir de este texto surgieron los Principios de Derecho Contractual Europeo (*Principles of European Contract Law*) que, a su vez, son, junto con los «Principios Acquis», las principales fuentes de inspiración del Proyecto de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference, DCFR*) y de la Propuesta de la Comisión Europea para una Normativa Común de Compraventa Europea (*Common European Sales Law, CESL*).

Por consiguiente, Rafael Illescas Ortiz permanece en primera línea en lo que respecta al desarrollo del Derecho mercantil internacional y, también, es uno de los precursores del derecho europeo de los contratos. Consecuentemente, en los últimos años, ha formado parte de la fundación y construcción del Instituto de Derecho Europeo (*European Law Institute, ELI*) y, por tanto, desde hace aproximadamente 30 años, ha participado en el diseño del Derecho común a nivel europeo e internacional. A la vista de los numerosos y nuevos desafíos, sus colegas extranjeros confían en su futura y valiosa colaboración.

II
CUESTIONES GENERALES
DEL DERECHO MERCANTIL
Y EL FUTURO CÓDIGO

EL CÓDIGO MERCANTIL Y EL *PRINCIPIO DE UNIDAD DE MERCADO*

JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE*

Resumen

Un Código mercantil, derogatorio del Cco. vigente y que coexista como éste con un Cc, no puede justificarse en función de un principio constitucional de unidad de mercado que, en rigor, no existe como tal principio. Por lo demás, la investidura bajo forma de código no añade nada a la fuerza que a las normas legales corresponde. El PCM supone la elección por el legislador estatal ordinario de un criterio para calificar su materia que, si bien coincide con la causa de que se afirmara el derecho mercantil como derecho especial frente al común o civil, traiciona sin embargo su sentido al mantenerlo una vez que se ha generalizado el sistema capitalista de mercado que es el que consagra, con todos los matices que se quiera, precisamente la CE. Consiguientemente, sobre todo al acoger normas generales sobre contratos y determinados tipos de éstos, el PCM constitucionaliza la dualidad de regímenes –civil y mercantil- de índole jurídico-privada en contra del carácter necesariamente *totalizador* de las operaciones económicas en el mercado en contra del sistema constitucionalizado y cuando la CE podía y debía haber sido ocasión de terminar con ese estado de cosas.

Contenido

1. Plan de este trabajo. — 2. ¿Un código mercantil? – 2.1. El porqué de un código mercantil. – 2.2. La delimitación de la materia mercantil. – 3. El mercado como referencia del derecho mercantil. – 3.1. Noción de mercado. – 3.2 La unidad de mercado. – 3.3 El *principio de unidad de mercado*. – 3.4. La unidad de mercado y el derecho privado patrimonial. – 4. Conclusión.

1. PLAN DE ESTE TRABAJO

Con fecha 30 de Mayo de 2014, el Consejo de Ministros hace suyo, aunque no sin grandes reformas de contenido, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil cuya propuesta le fue entregada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación que la había elaborado por Orden del Ministerio de Justicia de 7 de Noviembre de 2006¹. Desde varios puntos de vista, puede contemplarse el PCM y

* Catedrático emérito de Derecho Mercantil UCM.

¹ El encargo fue saludado con satisfacción, entre otros, por ILLESCAS, R., “Un nuevo Código de Comercio para España”, *DN*. N°196, Enero 2007.

varios, en efecto, han sido ya tanto los estudios sobre su contenido como las críticas que ha suscitado, entre otras cosas, por presentarse bajo la investidura de código algo que indudablemente no lo es².

El presente trabajo se limita a considerar lo que representaría el nuevo Código mercantil para la protección de la unidad del mercado nacional, según ese supuesto principio supuestamente establecido por la Constitución de 1978. Esa es, en efecto, la finalidad que se propone el nuevo Código a tenor de la Orden ministerial citada. Partimos de considerar que el derecho mercantil es la rama del derecho privado que se ocupa de las operaciones y relaciones del tráfico patrimonial. En la actualidad es un hecho, que por cierto no se cuestiona, que sobre aquellos actos y relaciones se proyectan normas de derecho público. Precisamente la relevancia pública de la actividad económica privada ha determinado que, como se ha dicho con acierto³, la delimitación de la materia mercantil presente una perspectiva jurídico-constitucional desde el momento que en ella incide el régimen de atribución de competencias que impone la organización territorial del Estado Autonómico. A la “legislación mercantil” se refiere de modo expreso el art. 149.1.6º CE para otorgar competencia legislativa exclusiva del Estado pero al destacarse esta atribución de competencia junto a otras que también recaen en el ámbito del derecho privado patrimonial es necesario determinar con el mayor rigor el carácter mercantil del sector de esa misma realidad pero que se atiende por otros ramas del derecho privado.

El presente trabajo ha de comenzar por considerar la trascendencia que pueda tener la investidura bajo la forma de Código de un conjunto normativo sobre materia mercantil. Cuestión esta que necesariamente se ha de continuar con la de cómo o por qué sabemos que es mercantil la materia que se recoge en el PCM.

Despejada esa cuestión, habremos de tener en cuenta la doble perspectiva, jurídico-pública y jurídico-privada, que presentan las relaciones e instituciones del tráfico patrimonial. A esos efectos, deberemos preguntarnos por el real significado de la *unidad de mercado*, lo que exige partir de un certero concepto de mercado para analizar después si se compadece el concepto de su unidad con la diferenciación que se desprenda de las competencias autonómicas para la intervención pública. Finalmente, el trabajo ha de culminarse con la consideración de las consecuencias de la

² YZQUIERDO TOLSADA, M., “El anteproyecto de Código mercantil y los pecados capitales” en ¿HAY DERECHO?:

<http://hayderecho.com/2014/06/30/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-y-los-pecados-capitales>

(consultado por última vez el 30 Junio 2014);

GRUPO ACTUALIZA., “Alegaciones a la propuesta del Código de Mercantil hecha por grupo Actualiza” en UNIVERSIDA DE GERONA:

http://civil.udg.edu/php/biblioteca/arxius/Documento_de_alegaciones.pdf (11 Noviembre 2013);

TENA ARREGUI, R., “Un Código nuevo en odres viejos”, RDM, nº 290, Octubre-Diciembre 2013. Desde el punto de vista de los organismos oficiales es especialmente crítico el “Informe sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil” de 17 de Julio de 2014 de la Comisión Nacional de los Mercado y la Competencia. En sentido contrario y favorable al Anteproyecto la muy valiosa aportación de OLIVENCIA, M., “El Título Preliminar de la Propuesta de Código Mercantil”, RDM, Nº 290, Octubre-Diciembre 2013. Este último se tiene especialmente en cuenta en el presente trabajo.

³ GARCIA DE ENTERRIA, J., *La Competencia Exclusiva del Estado sobre la Legislación Mercantil*, en *VVAA Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, MARTÍN-RETORTILLO Coord., Civitas. Madrid, 1991. pp. 4081 y ss.

consagración de un sistema dual de derecho privado patrimonial por la promulgación de un Código Mercantil.

2. ¿UN CÓDIGO MERCANTIL?

2.1. El porqué de un Código mercantil

Vamos a dejar por el momento al margen las dudas que legítimamente suscita la calificación “mercantil” aplicada al Código proyectado de las que pasaremos a ocuparnos inmediatamente. En este momento interesa centrarse en el porqué de promulgar precisamente un Código.

No importa insistir en que la Orden del Ministerio de Justicia de 7 de Noviembre de 2006 por la que se encarga la elaboración de la propuesta de lo que es ya PCM, declara que su finalidad consiste en asegurar la unidad del mercado nacional. Dejemos de lado ahora que lo que ha resultado del encargo no puede de ninguna manera considerarse un código porque dista de constituir un conjunto sistemáticamente ordenado de normas destinadas a regular una materia que se presenta homogénea desde el punto de vista jurídico por sus puntos problemáticos, y, por lo tanto, relevantes, para el derecho o, mejor, para alguna de sus ramas tradicionales, constituidas, por lo demás, no caprichosamente, sino en virtud de criterios jurídicos obtenidos por la experiencia y deducidos de la naturaleza de los problemas que han de ser jurídicamente resueltos⁴.

Pero si el PCM no es en verdad un código, el hecho de que se le llame así ha de ser porque, “nominalismos” tan usuales hoy día aparte, se considere que un texto que codifica las normas jurídicas garantiza o asegura mejor la unidad de mercado. Pensar de este modo es sin embargo por completo erróneo puesto que un código, incluso un verdadero código, no tiene una consideración distinta a la de una ley formal en el terreno de las fuentes del derecho. De suerte que por denominarse código, a la nueva ley que recoge el PCM no podrá reconocérsele una trascendencia diferente a la de cualquier otra ley.

Aunque sea anticipar ideas sobre las que habremos de volver más adelante, la preocupación por la salvaguarda de la unidad de mercado viene determinada, en primer término, por las diferentes competencias atribuidas por los respectivos bloques de constitucionalidad a las distintas Administraciones Públicas sobre aspectos que inevitablemente se proyectan sobre el mercado. En este sentido, acaso la denominación de código pudiera servir de fundamento para pensar que el nuevo texto deroga y sustituye al Código de comercio vigente y que, por consiguiente, toda la materia constitutiva del llamado derecho mercantil con arreglo al viejo código es mercantil con

⁴ Los tiempos de primacía de racionalismo inspirador de los códigos no cabe duda que han pasado. En este sentido ofrecen especial interés las aportaciones en de MENENDEZ, A., “Autonomía económica liberal y codificación mercantil española” en VVAA., *Centenario del Código de Comercio*. Vol. I, Ministerio de Justicia. Madrid, 1986, pp. 45 y ss; DUQUE, J., “El Código de Comercio de 1885 en el marco de la codificación mercantil de su época”, en VVAA., *ob.cit.*, pp. 85 y ss.

las consecuencias derivadas de la reserva de competencia legislativa exclusiva del Estado conforme al artículo 149.1.6° CE.

Pero ni aun así es justificable la denominación de código para la nueva ley porque, además de la conocida inseguridad acerca de la razón de “mercantilidad” de la materia del Código de comercio y de que, en virtud de su artículo 2°, la materia por él recogida no agota aquella a la que debe aplicarse, el PCM no se ocupa de sectores de realidad a los que si se refiere el Código de comercio vigente, del mismo modo que establece, en cambio, un nuevo régimen para materias desconocidas por este último o que pasaron a ser reguladas por leyes especiales.

Tal sucede con el sector del derecho marítimo, del que se ocupaba el Libro Tercero del Código de comercio y hoy es materia de la Ley de Navegación Marítima, de 25 de Julio de 2014, que lo deroga expresamente; lo mismo cabe decir del sector de la Suspensión de Pagos y de las Quiebras de las que trataba el Libro Cuarto del Código de comercio hoy sustituido por la Ley Concursal, de 9 de Julio de 2003. Por otra parte, materias concretas contempladas antes por Código de comercio y emancipadas después para ser reguladas por leyes especiales, tales como los títulos valores y el contrato de seguro, son ahora de nuevo acogidas por el PCM. No debe dejar de citarse aquí que la materia relativa la propiedad industrial que se menciona en el artículo 149.1.9°CE forma parte de la que se ocupa el PCM (cfr. Título VI del Libro Tercero). Y, por primera vez el PCM alberga el régimen de la competencia. Si a todo esto unimos que el PCM recoge también figuras completamente nuevas, se comprenderá que se niegue la adecuación entre ambos textos por lo que se refiere a su materia y, por lo tanto, subsisten en el plano dogmático las dudas inherentes a la incertidumbre básica sobre la razón de la “mercantilidad” de la materia prejurídica que se aglutina en el PCM.

Consecuencia de todo lo dicho, es que carece de fundamento designar Código Mercantil a la Ley a que se refiere el Anteproyecto de que nos ocupamos aquí.

2.2. La delimitación de la materia mercantil

Es indudable que la ordenación sistemática en que consiste un código permite, y hasta exige, descubrir el revés de la trama sobre el que se traza su normativa, esto es, la *ratio* que fundamenta el tratamiento unitario de la materia sobre la que versa. Esta pretensión es la que ha presidido la decisión de acometer la elaboración del PCM como se puede deducir de las palabras, que en esta ocasión también dicen tanto como ocultan, de la Orden ministerial de 7 de Noviembre de 2006. Se habla allí de que con el nuevo Código mercantil “*se integrará y delimitará la legislación mercantil existente y se modernizará y completará, en la medida que se estime oportuno, la regulación vigente que afecte a las relaciones jurídico-privadas vinculadas a las exigencias a la unidad de mercado*”. Estas palabras, por una parte, contienen el enunciado de un propósito al decir que se delimitará la legislación mercantil y, por otro lado, indican el criterio para esa delimitación.

Empezando por esto último que tiene, como es obvio, la primacía lógica, no cabe duda de que el Ministerio de Justicia expresa su convicción acerca tanto de que la materia mercantil se define con referencia a las exigencias de la unidad de mercado

como de que lo jurídico-mercantil se especifica por la naturaleza privada de las relaciones e instituciones que integran aquella materia.

Una vez que el proteico artículo 149.1.6º CE había utilizado el adjetivo *mercantil* para calificar la legislación de exclusiva competencia estatal, era inevitable atenerse a un criterio de mercantilidad que hiciese indubitable esa competencia exclusiva. Sin embargo no existía en nuestro ordenamiento un criterio de derecho positivo verdaderamente indiscutible. Baste mencionar aquí las dificultosas construcciones doctrinales acerca del “concepto de derecho mercantil”. De suerte que, a efectos de la mención del art. 149.1.6º CE, o se admite alguna de las posiciones doctrinales a que me refiero, o se recaería en la necesidad o, al menos, posibilidad de discutir la naturaleza mercantil sobre la que versare la ley (estatal o autonómica) en cada caso. Quizá el propósito de acometer precisamente la elaboración de un Código mercantil fuese el de que, gracias a la significación de un Código aunque el resultado no fuese tal, podía establecerse por fin un criterio legal o jurídico-positivo de la mercantilidad útil para los ulteriores procesos regulativos. Ha de reconocerse que para blindar el criterio que adoptase el legislador estatal ordinario respecto de las posibles discusiones acerca de su competencia era necesario que dicho criterio se adaptase a alguno de los doctrinalmente establecidos y que la experiencia demostraba que no eran discutibles.

A mi juicio, y a efectos de la más correcta exposición, pueden reducirse a dos los criterios propuestos por nuestra doctrina dirigidos a establecer el concepto del derecho mercantil, vale decir, para definir la “mercantilidad” a partir del texto del Código de comercio de 1885 hasta ahora vigente y de su antecesor de 1829. De un lado, está la gran mayoría de los autores que parten de la proyección del llamado derecho mercantil sobre una realidad material bien definida⁵; de otro, los autores que estiman que la propia existencia del derecho mercantil es debida a razones históricas⁶ más complejas y no es debida a las propias exigencias de una materia en sí, y aunque se afirme, como es lógico, desde su origen sobre una materia, no lo hace por las circunstancias objetivas de ésta, sino por las que se dan a consecuencia de la interacción de las razones materiales con las estructuras jurídica, social y política. Creo conveniente algunas explicaciones sobre el particular porque, en mi opinión, no siempre se han interpretado con acierto estas diferencias.

El primer sector de doctrina que define el derecho mercantil *ratione materiae* no dejan de reconocer la evolución histórica a que se sujeta la materia primigeniamente sometida a la normativa jurídico-mercantil. Lo que se afirma es que la materia, si podemos hablar así, *prejurídica* que determinó el inicio de la secuencia normativa del derecho mercantil presentaba unos puntos nuevos cuya relevancia jurídica se ha prolongado hasta nuestros días bien que sobre realidades materiales distintas entre sí pero siempre diferentes por sus peculiaridades de las definitorias de la materia propia del derecho común⁷.

⁵ Por todos, GIRON TENA, J., *El Concepto del Derecho Mercantil*, Valladolid, 1966.

⁶ RUBIO GARCÍA-MINA, J., *Introducción al Derecho Mercantil*, Nauta. Barcelona, 1969.

⁷ GIRON TENA, J., *Tendencias generales en el Derecho Mercantil actual*, en *Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1985.

Por otra parte, los autores que sostienen la historicidad del derecho mercantil no niegan, como es natural que éste se originase en relación con unas materias concretas. Pero esas materias significaban novedad en el momento histórico originario por razones sociales y aun políticas, con las que necesariamente habían de considerarse en conexión las nuevas normas integrantes del sistema jurídico especial para su verdadera integración en el sistema social. La generalización de las circunstancias sociales deja sin razón para la especialidad a esas normas jurídicas.

Ambos sectores de doctrina, pues, coinciden en la consideración del derecho mercantil dentro del conjunto del derecho privado pero con peculiaridades que reclaman en aquel momento un régimen jurídico-privado *especial* respecto del *común*. Nótese pues, que la materia mercantil se delimita en todo caso en términos agónicos con referencia al llamado hoy día derecho civil. Pero la diferencia entre uno y otro de los sectores doctrinales se traduce en que mientras el primero considera que las novedades de la materia obedecen a un núcleo de especialidad perenne aunque formalizado evolutivamente de manera distinta, el otro sector de la doctrina estima que las novedades inicialmente observables y justificadoras del derecho especial dejaron de ser especiales ante los cambios económicos y sociales, y aún políticos, de la sociedad.

Es incuestionable que la razón histórica del derecho mercantil tiene su necesaria continuidad lógica en la afirmación de la unidad de régimen jurídico-privado para el tráfico patrimonial. El derecho privado del tráfico patrimonial de nuestro momento es necesariamente único sin que sea aceptable hablar de derecho civil y de derecho mercantil. Hacer implícita referencia aquí a la dualidad de códigos en nuestro ordenamiento se encuentra justificado por tener una incidencia determinante de la particular mención de la *legislación mercantil* en el art 149.1.6º CE. Sobre ello pues debemos volver.

Sentado todo lo anterior, es de señalar que, según se deduce del Título Preliminar del PCM destinado a disponer el ámbito de su aplicación, el legislador se ha decidido por hacer del *mercado* el centro de la definición de lo mercantil⁸. Creo que hacer del mercado la clave del arco de la mercantilidad implica superar la idea de un derecho mercantil especial *ratione materiae* y se aproxima a la otra corriente de pensamiento. Pero el PCM no puede sacar todas las consecuencias que se derivan del acertado punto de partida en cuanto que la Constitución aparentemente incide una vez más en el error de dar por hecha la dualidad de regímenes, mercantil y civil (cfr. arts. 149.1.6º y 149.1.8º CE). Esa suposición le impide al legislador ordinario extraer del criterio de mercantilidad por el que opta todas las fecundas consecuencias en orden a la unificación del derecho patrimonial privado, y el PMC resulta entonces francamente inconveniente desde el momento que consagra y da carta de naturaleza no sólo a la especialidad del derecho mercantil frente al derecho civil⁹ sino que amplía el ámbito material de aplicación de aquél a costa de una restricción de éste. Esta restricción es

⁸ El carácter central del mercado como referencia de la materia del PCM se destaca y se toma como punto de partida por OLIVENCIA, M., "El título preliminar" op. cit.

⁹ Este es el origen de las críticas procedentes del sector de los cultivadores del derecho civil que se señalan en la nota 1.

por completo irracional tanto por motivos de orden general jurídico como por los que se siguen, en el orden lógico, de la elección del criterio de mercantilidad, que debería concluir en la unidad del derecho privado patrimonial sin posibilidad de diferenciar entre sector civil y mercantil

No obstante todo lo anterior, la función otorgada al mercado en orden a la delimitación de la materia mercantil no lleva de suyo a garantizar la unidad de mercado que, no se olvide, es la finalidad pretendida con el PCM. Para que eso fuese así tendría que partirse de una noción de mercado, en primer término, certera desde el punto de vista conceptual, y, en segundo lugar, que pudiera considerarse fundada en derecho. Y ni de una y otra cosa encontramos el menor rastro ni en la Constitución ni incluso en el PCM ni en las posiciones doctrinales que han tratado más o menos directamente de nuestro tema.

Porque, puesto que la unidad de mercado se propone como un medio de índole económica para producir razonablemente ventajosas consecuencias de este carácter, la noción de mercado debemos los juristas buscarla en la ciencia económica y, dentro de ella, en la doctrina de aquellos autores que resulte más convincente y fecunda. Como de esto paso a ocuparme en seguida, me detendré ahora en lo siguiente.

Si estuviere presente en la Constitución una certera noción de mercado no sería posible que materias de índole esencialmente económica, es decir que se integran de actividades económicas desenvueltas según pautas de ese mismo carácter, se considerasen por la propia Constitución extrañas a la naturaleza mercantil que postula la competencia exclusiva del Estado para legislar sobre ellas a tenor del art. 149.1.6º CE. Así se comprueba al observar que, de acuerdo con determinados apartados de los artículos 148 y 149 de la Constitución sobre materias como la agricultura, la ganadería, la pesca, la artesanía etc., puedan recaer normas legales emanadas de las Comunidades Autónomas.

Pero incluso el art. 149.1 CE exige establecer una diferencia entre lo mercantil (nº 6º) y otras materias sobre las que la competencia del Estado no es exclusiva no obstante desarrollarse en el mercado las actividades a que esas materias se refieren.

3. EL MERCADO COMO REFERENCIA DEL DERECHO MERCANTIL

De la unidad de mercado debemos ocuparnos para conocer su significado y el puesto que ocupa en el orden constitucional, si se quiere, en la constitución económica. Pero antes resulta imprescindible partir de lo que entendemos por mercado.

3.1. Noción de mercado

No me considero desleal al debido carácter jurídico del discurso si me atengo a una noción económica de mercado. Que los juristas debamos operar con conceptos jurídicos no significa que no debamos partir, como es lógico y según nos enseña el Digesto, de la realidad sobre la que versen nuestros conceptos y nuestra

argumentación, y, siendo la realidad en este caso de índole económica, económica debe ser la noción de mercado de la que partamos para juzgar acerca del acierto del derecho al regular las actividades que tienen al mercado como su escenario propio.

No me duelen prendas al señalar que me adhiero a la noción de mercado elaborada por los mejores miembros de la Escuela Austriaca de economía¹⁰. Ciertamente el mercado no pasa de ser un elemento de un conjunto que se conoce como *sistema de economía de mercado*. Precisamente la idea fundamental de sistema u orden de economía resulta más que apropiada para nosotros porque el mercado, como centro de la mercantilidad a que se refiere el art. 149.1.6° CE, debe ponerse en relación especialmente con lo dispuesto en el artículo 38 del texto constitucional que, no por casualidad, menciona, junto al mercado, el derecho a la libertad de empresa.

En efecto, una correcta noción del mercado no puede dejar de considerar al empresario o sujeto que es quien ejerce el derecho a la libertad de empresa. Mercado y empresario están en relación de circularidad o, si se prefiere, entre el empresario y el mercado se da una interacción cibernética. Obvio es decir que en el orden lógico, e incluso en este caso hasta ontológico, el empresario es previo al mercado. El empresario realiza una función coordinadora entre quienes precisan cubrir necesidades y quienes cuentan, incluso sin saberlo, con medios que serían adecuados para satisfacerlas. Pero en ningún momento que se considere respecto del mercado está en él todo dicho; en otros términos, no hay un punto en que se pueda disponer de toda la información. El empresario es quien descubre nuevos medios o recursos para nuevos fines también descubiertos por él y su función que es, por lo tanto, propiamente servicial o de cooperación como creadora de riqueza que es, excluye que pueda reducirse a un *juego de suma cero*. Naturalmente que la función empresarial se apoya en un cálculo en el que se utiliza la información sobre los procesos de mercado que se condensa en los precios. De aquí que mayor probabilidad de acierto tendrá el cálculo, en beneficio de todos quienes participan en el mercado, cuanto más amplio sea el mercado, esto es, cuanto mayor sea el número de acciones que en él se efectúan.

Todo lo anterior nos acredita que, por ser el mercado un conjunto de procesos que cursan en el tiempo, la información que de ellos se adquiere no solo no existe de modo acabado en ningún momento, sino que se va produciendo a lo largo del tiempo. De aquí la importancia que para el mercado tiene la dimensión temporal; precisamente uno de los fundamentos de su buen funcionamiento está en la consideración de la “*preferencia temporal*” de todos quienes actúan en el mercado. Gracias a la preferencia temporal, el mercado engloba tanto la *acción de producción* como la *acción de consumo* e, incluso a la *función productiva* a que esas acciones se adscriben se añade también, indirecta pero eficazmente, la *función redistributiva* de rentas.

De lo dicho se infiere que la idea de *equilibrio* es ajena al mercado, de modo que el empresario ni parte de una situación de equilibrio ni tampoco contribuye con su acción a lograr ningún equilibrio. En virtud de ello se comprende que un ingrediente

¹⁰ HUERTA DE SOTO, J., *The Austrian School. Market Order and Entrepreneurial Creativity*, Cheltenham (UK) y Northampton (USA), Edward Elgar Publishing. 2004; IDEM “*La teoría de la eficiencia dinámica*”, *Procesos de Mercado*, Vol. I. N°.11-71.

nocional del mercado sea la idea de *competencia*, que nunca puede concebirse de modo estático y *perfecto*, sino como apertura permanente a la posible rivalidad dentro del mercado que debe tener, por consiguiente, francos tanto el acceso como la salida.

Para el buen desempeño de las funciones del mercado es indudable que todas las acciones que cursan según sus procesos han de ser por completo libres. El mercado es fruto, y a la vez cauce, de la espontaneidad de las gentes y si no resultase equivoco podría decirse, con muy significados autores, que el mercado es un *orden espontáneo*. La equivocidad reside en que la alusión a un orden tiene como imagen referencial implícita una fotografía instantánea del mercado y, como hemos repetido, nunca una fotografía puede reflejar los procesos dinámicos que constituyen su esencia.

Establecido el concepto de mercado, procede que nos detengamos en la cuestión de su unidad.

3.2. La unidad de mercado

De la unidad de mercado se puede hablar en un doble sentido. En primer lugar, en cuanto que *todas* las acciones de oferta y demanda de bienes (finales o de consumo o aptos para sucesivas etapas de la producción incluso como *recursos* para ésta) concurren en un mismo proceso. Esta noción de unidad subyace a la de mercado que se ha expresado antes.

Pero de la unidad de mercado se habla en otro sentido diferente cuando se alude a una dimensión de su espacio que se define por el territorio a que se extiende la jurisdicción del poder político propio de una comunidad; en la actualidad hay que hablar del Estado que es la forma de organización política de una comunidad nacional. Esta dimensión de la unidad tiene sentido puesto que el mercado no puede funcionar con la eficiencia y la eficacia que de él cabe esperar si no cuenta con la seguridad que le proporcionan determinadas instituciones jurídicas como son la propiedad, el contrato y la responsabilidad, así como con la existencia de un poder judicial efectivo. Lo que se llama “marco institucional del mercado” supone un contexto jurídico que, hoy por hoy se determina, de uno u otro modo, por el Estado. Pero además tiene sentido referir la unidad al alcance territorial del Estado porque no puede dudarse de la proyección en el mercado de lo que se conocía tradicionalmente como función de policía y que hoy se despliega en numerosos y, en general, arbitrarios títulos para la intervención.

Las dos dimensiones de la unidad de mercado a que nos hemos referido no son incompatibles ni herméticas. Porque, así como un mercado total por lo que se refiere al número de operaciones puede no estar espacialmente determinado por el territorio de un Estado, también un mercado referido a un espacio estatal puede no ser unitario desde el punto de vista de la totalización de las operaciones que se efectúen en él. El fenómeno de la *globalización*, que implica una “universalización”, supone unidad del mercado en el primero de los sentidos que trasciende a las fronteras de los Estados, y, por lo que se refiere al contexto jurídico, se sujeta al derecho internacional. Por su parte, un mercado puede no estar “universalizado” en todo el territorio estatal si en ese espacio se distinguieran parcelas determinadas por barreras de

entrada y salida distintas. Tal es el caso de los Estados federales.

Pero entre el mercado global cuyo “marco institucional”, caracterizado por la libertad, y que se configura por el derecho internacional y el mercado territorialmente limitado a las fronteras del estado contamos en la actualidad con la valiosa experiencia de la ampliación de los espacios más allá de los estados sin por ello desconocer la autoridad que les es propia. Para nosotros es de singular interés el caso de la Unión Europea en cuya construcción el establecimiento de un mercado único o común constituyó un primer paso en el proceso de integración económica¹¹. Interesa subrayar que en este caso si bien la ampliación territorial del mercado no se corresponde con una autoridad única garantizadora de las instituciones jurídicas que lo sostengan, no es menos cierto que, por vías, entre otras, de armonización de los ordenamientos de los estados llega a establecerse el “marco institucional” del mercado único.

Las referencias anteriores nos sirven para comprender que la cuestión de la unidad de mercado no se ve perturbada por las diferencias relativas a las jurisdicciones estatales que puedan verse concernidas. Este dato que nos ofrece la atenta observación de la realidad nos informa de que, supuesta la irremediable, al parecer, intervención del estado en el mundo del mercado, los diferentes modos y alcances de esa intervención no suponen la ruptura o fragmentación del propio mercado. Pero si esto es así, la misma idea unitaria puede aplicarse a un mercado de ámbito estatal que, sin embargo, se someta a distintos modos de intervención administrativa y con distintos alcances; en suma, es el caso de los estados federales por lo que se refiere al mercado de la federación y es también nuestro caso en virtud de la organización territorial de nuestro Estado a tenor de la Constitución de 1978.

Todo lo dicho últimamente manifiesta que las dos acepciones de unidad de mercado antes señaladas inevitablemente se enlazan. Porque ni la territorialidad es suficiente por sí misma para entender el concepto ni tampoco lo es la intervención de una única autoridad política.

En mi opinión, lo medular que quiere expresarse con la idea de unidad de mercado está en la libertad de concurrir al mercado como agente, *en cualquier carácter*, del mismo; libertad que ha de manifestarse respecto de los bienes, de los servicios, de las personas y de los capitales, es decir en las cuatro libertades que se refieren a los actos que agotan los procesos de mercado.

La unidad en el sentido de la “universalidad” del mercado expresa antes que nada la idea de libertad¹², aunque naturalmente ésta presupone la eliminación de barreras en forma de aduanas y peajes interiores al espacio a que se extiende el mercado totalizador.

3.3. El principio de unidad de mercado

¹¹ OLESTI, RAYO, A., “La Integración Económica: El Mercado Común y la Unión Europea y Monetaria”, VVAA, *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, OLESTI RAYO (Coord.), Ariel, Barcelona, 2000, pp. 235 y ss.

¹² HUERTA DE SOTO, J., “*Teoría de nacionalismo liberal*”, en <http://www.jesushuertadesoto.com/articulos/articulos-en-espanol/teoria-nacionalista>

Si proyectamos todo lo anterior sobre la situación que resulta de nuestra Constitución, lo primero que hay que decir, con toda la doctrina por lo demás, es que no se encuentra en ella expresamente formulado un “*principio de unidad de mercado*”. Pero también se señala, y con apoyo en el Tribunal Constitucional, que el principio está implícito o es subyacente al texto de la Constitución. En dicho principio se quiere encontrar un límite al poder que las Comunidades Autónomas pueden ejercer sobre las materias de carácter económico. Adelanto mi opinión de que es comprensible que la Constitución no aluda a la unidad de mercado por la obviedad de que el espacio en que se desenvuelven sus procesos interiores es único y se extiende hasta donde alcanza la jurisdicción del Estado nacional. Esto es lo coherente con lo que exige que se piense en la materia la realidad consolidada ya sin discusión desde el Real Decreto de 29 de Octubre de 1841 por el que se constituye definitivamente un “único espacio económico en todo el territorio nacional”¹³; por si fuera poco, es lo que se deduce sin la menor duda posible de lo dispuesto en el artículo 149.1.10º CE que aglutina el “régimen aduanero y arancelario” con el “comercio exterior” a efectos de reconocer sobre estas materias la competencia exclusiva del Estado. En lo que no se equivoca el TC es en vincular la unidad del mercado con la unidad de la nación española a que se refiere el artículo 2º CE, pero no porque de esa última derive ningún principio, sino porque una y otra cosa integran el presupuesto de realidad sobre que opera el constituyente de 1978.

Por eso no me parece necesario, ni quizá prudente, en contra de lo que, a veces, ha venido haciendo el TC, acudir al criterio de la “ordenación general de la economía” del artículo 149.1.13º CE como asiento del supuesto “principio” de unidad de mercado¹⁴.

Por otra parte, abunda en la razón para que ese principio no se encuentre ni expresa ni tácitamente formulado en la Constitución de 1978, la impropiedad en que, de existir, se incurriría de hecho al resolver sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Autonomías porque, si de un *principio constitucional* se tratare, y de acuerdo con la doctrina más autorizada, de un lado, su interpretación habría de producirse según pautas muy distintas de las que acreditan tanto el TC como los autores que tratan del tema y, de otro lado y en concreto, sería más que discutible que pudiera entenderse que el supuesto principio serviría para establecer un *equilibrio* entre la unidad del mercado nacional imperada por ese supuesto principio y las competencias autonómicas para intervenir en el mercado. Porque lo que la evidencia empírica nos acredita es que, más allá de cualquier equilibrio, se reconoce por el TC y, en general, por las instituciones públicas y por los autores la preeminencia de las

¹³ CALONGE VELAZQUEZ, A., “El Principio de Unidad de Mercado en la Constitución de 1978”, en <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/785511.pdf>.

¹⁴ TENA PIAZUELO, V., “Defensa del principio de unidad de mercado. Riesgo de fragmentación de los mercados a través de la regulación”, en CIRCULO DE EMPRESARIOS (http://circulodeempresarios.org/sites/default/files/publicaciones/2006/05/Defensa-del-principio-de-unidad-de-mercado.-Riesgo-de-fragmentacion-de-los-mercados-a-traves-de-la-regulacion_1.pdf) y jurisprudencia allí citada, especialmente pp. 347 y ss.

normas relativas a competencias atribuidas en cada caso por el bloque de constitucionalidad respectivo sobre el hipotético principio de unidad de mercado¹⁵.

Porque ese principio no existe pueden prevalecer las distintas competencias autonómicas sin necesidad de procurar ningún equilibrio, ya que, si no fuese así, ningún equilibrio podría, en rigor, ni siquiera buscarse. De donde se deduce que de la unidad del mercado nacional se puede hablar en el sentido de la primera acepción que antes hemos concedido a la unidad y que hasta cierto punto se confunde con la libertad, de modo que debe entenderse que la Constitución establece un mercado libre en el que se ejerce libremente la empresa (cfr. art. 38 CE).

Si la unidad del mercado significa que en todo el territorio nacional el mercado es libre, esto es, que en él se dan las cuatro libertades famosas no es fácil aceptar que, sin más, la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas a efectos de la intervención administrativa, reitero que al parecer irremediable, lesione la unidad de mercado así entendida.

Las competencias autonómicas sobre materias de índole económica pueden en teoría concebirse como integrando el *marco institucional del mercado*. Debemos entender que sus consecuencias, mientras se mantenga la libertad de mercado y de empresa, no representarán una fragmentación del mercado nacional como lo fragmentaría, por ejemplo, el establecimiento de fronteras interiores o las aduanas y aranceles. La cuestión central de las regulaciones se desplaza entonces a las condiciones de ejercicio de los derechos cuyo contenido dice relación a las operaciones en el mercado. Como es natural, esta perspectiva no ha pasado desapercibida al TC ni a la doctrina. Pero adviértase, que para el TC y para la doctrina, tanto el artículo 38 CE, relativo al derecho a la libertad de mercado, como el artículo 139 CE, referido a otros derechos, cuyos preceptos configuran el mercado libre, quedan matizados en cuanto que no tratan propiamente del ejercicio de los derechos en sí sino de las *condiciones básicas* de ese ejercicio. Por esta razón no todas las regulaciones autonómicas, que sean legítimas por su específica atribución por el respectivo “bloque de constitucionalidad”, puede considerarse que implican la ruptura del mercado nacional. Notemos sin embargo que esto no se puede entender tampoco respecto de cualquier regulación. A mi juicio, no debe considerarse que fragmentan el mercado único nacional las regulaciones que simplemente suponen incremento de los costes sin afectar a otros aspectos del proceso productivo¹⁶. Pensar lo contrario supondría admitir que no existe un mercado único en la Unión Europea o que el fenómeno de la “globalización” es inexistente y ya se han dado razones para ver que no es así. Otra cosa bien distinta es que las diferentes regulaciones aunque sean incapaces de parcelar el mercado no tengan consecuencias perniciosas desde el punto de vista económico.

Es sin embargo claro que, a causa de la creciente, y al parecer irremediable,

¹⁵ En el sentido del texto, por todos, PEREZ ROYO, J. et al., “El principio de unidad de mercado en la configuración de Estado Autonómico”, en *Centro de Estudios Andaluces. Consejería de la presidencia*. <http://www.centrodeestudiosandaluces.es/datos/paginas/proyectos06/DCHO15.pdf>

¹⁶ CABRILLO, F., “Unidad de Mercado y Competencia Regulatoria”, *ICE*. Nº 871, Marzo-Abril 2013. http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_871_25-34_6FDA1B1592FCFD54B44FE17C7003FFDE.pdf.

insisto una vez más pues no soy capaz de entender la razón, intervención pública de la economía, los poderes públicos establecen coercitivamente condiciones de actuación como si ellas pudieran tan solo tener consecuencias en el marco institucional del mercado y no modularan las mismas operaciones que en él se efectúan. Como, en efecto, se produce en muchos casos esa influencia sobre las acciones que cursan según los procesos del mercado, es preferible, desde el punto de vista de la libertad del propio mercado, que las regulaciones emanen de los poderes de ámbito más limitado antes que de un supuesto poder central único porque sólo así se garantiza un grado de libertad mayor de ese mercado que si se confiriere la potestad regulatoria a un poder único que se extendiera a todo el espacio territorial. Ahora bien, esta preferencia tiene su límite en el punto a partir del cual no podría hablarse de *un* mercado operativo como tal y de ahí que se atribuya al poder ejercido sobre todo el espacio la potestad de establecer límites máximos que no puedan traspasar las distintas regulaciones. De este modo, se mantiene la libertad de mercado en todo el espacio sin por ello excluir las beneficiosas consecuencias que también se derivan de la posible competencia entre las regulaciones autonómicas que pueden influir en decisiones de tanta importancia económica como la “localización” o “deslocalización”, por ejemplo¹⁷.

Estas ideas son perfectamente aplicables al caso del mercado nacional sobre el que gravitan las competencias autonómicas y las del Estado, y no cabe duda de que la solución que acaba de proponerse se establece en el art. 150.3 CE cuando alude a las leyes de armonización¹⁸.

3.4. La unidad de mercado y el derecho privado patrimonial

El mercado tiene como presupuestos de su existencia y de su función eficiente y eficaz en el orden económico, que es al que por naturaleza pertenece, que en el espacio a que se extiende se reconozca y respete el derecho de propiedad así como que rija un derecho de obligaciones y contratos y un derecho de la responsabilidad, incluso penal. Y todavía es preciso matizar que, por definición, las ramas que tienen a esos sectores como su materia pertenecen, según la clásica y “magna división”, al ordenamiento jurídico-privado. Por el contrario, las regulaciones son fruto de las competencias reconocidas en el ámbito del derecho público y se manifiestan en normas de ese carácter.

Situados ya en el campo del derecho privado, es hora de volver a nuestra cuestión central sobre la necesidad o conveniencia de promulgar un Código mercantil para la satisfacción del sistema de economía de mercado imperado por la CE. Contamos para ello con la anterior definición del mercado único, antes que nada como

¹⁷ HUERTA DE SOTO, J., *Teoría del nacionalismo*. Op.cit.

¹⁸ La doctrina destaca el no uso de este remedio por parte del Estado. Por todos YZQUIERDO TOLSADA, M., “Los excesos autonómicos en el Derecho Civil y la ortopédica solución de la huida al Derecho mercantil”. *La Ley*. Nº8439. Diciembre 2014. No deja de ser curioso que el legislador estatal se haya visto obligado a recurrir a confeccionar la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, cuya oportunidad y contenido resultan más que discutibles. Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, en Prólogo a la obra VVAA (Alonso, MJ, Dir.), *Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*.

mercado libre, que se configura sobre la base de la “totalización” o “universalización” de las operaciones a que alcanzan sus procesos; asimismo contamos con perfiles definidos de la acción de intervención pública que puede darse en el mercado espacialmente determinado por las fronteras del estado. Ceñimos ahora, pues, nuestra pregunta al significado que cabe reconocer a un régimen jurídico-privado *especial* para las operaciones que cursan en el mercado.

Si anteriormente concluimos que la investidura de las normas jurídicas bajo la forma de código no añadía nada a la cuestión primordial del régimen jurídico-privado de las operaciones de intercambio efectuadas en un sistema de mercado, ahora deberemos concluir que el PCM no solo no tiene relevancia a efectos de la unidad del mercado nacional sino que constituye una traba real para el principio de libertad de mercado y en último término para el propio sistema de mercado, a la vez que puede afectar a la igualdad de todos los españoles en cuanto al ejercicio de sus derechos. Veámoslo.

La publicación de un nuevo Código mercantil, consagra entre nosotros la dualidad de regímenes jurídico-privados y lo hace con el alcance de radicalidad y de duración que se desprende de su anclaje en la Constitución. Podría pensarse que esa dualidad esta ya más que consagrada a partir de la dicotomía que se deduce de los apartados 6º y 8º del artículo 149 CE. Sin embargo, y de acuerdo con lo que hemos concluido anteriormente, la referencia a lo *mercantil* no obliga a entender que abarca al sector de las obligaciones y contratos. El hecho de que en el Código de comercio vigente se recojan aspectos de derecho de contratos e incluso algunos lleguen a tipificarse y a ser objeto de regulación propia no significa que el nuevo Código mercantil tenga que darles esa acogida puesto que eso no es lo que ocurre precisamente en relación con otros sectores que, regulados por el Código de comercio vigente, quedan sin embargo al margen del PCM, según hemos visto antes.

Por otro lado, la única mención que existe en la Constitución al derecho de las “obligaciones contractuales” se contiene en el art. 149.1.8º CE, esto es, en conexión con la legislación *civil*, y no puede dudarse de la pertinencia de la interpretación de que la *específica* mención del sector de contratos en el precepto constitucional ha de desplazar a lo que no sería más que pura construcción dogmática realizada a partir de una *genérica* mención a la legislación mercantil en otro apartado (el 6º) del precepto constitucional. Esta regla interpretativa de que en el ámbito de las competencias cuando dos reglas entran en conflicto por poderse incluir la misma materia en dos ámbitos competenciales ha de prevalecer aquella que sea más específica sobre las más genérica ha sido, sabiamente a mi juicio, utilizada por el TC¹⁹. Pero hay otros motivos para suponer además que la Constitución antes apoya la unificación del derecho de contratos que el mantenimiento de la dualidad de regímenes.

En primer lugar, la *constitución económica*, aun con sus contradicciones respecto de la intensidad de la intervención pública en la economía derivadas de las ideologías políticas a las que se suponía que había que contentar en el momento de la redacción y aprobación del texto constitucional, no es dudoso que se asienta en el

¹⁹ SS.TC 71/1982 de 30 de noviembre (RTC 1982, 71) y 88/1986 de 1 Julio (RTC 1986, 88).

sistema de mercado del que éste es, como es natural, pieza central; sistema que se conoce como economía capitalista. Cabe, pues, sostener que la Constitución, aun incluso indeliberadamente, se inclina por la tesis que, si bien concibe al derecho mercantil como referido a una materia como es la actividad económica privada, tiene su razón de ser histórica en el modo *capitalista* de desenvolverse esa actividad; modo que, por la inevitable interacción de los subsistemas vinculados a determinadas estructuras sociales, exigía en la baja edad media un tratamiento jurídico *especial* respecto del *común* que demandaba la actividad económica desenvuelta según pautas ajenas al modo *capitalista*. Por lo que, inexistentes al día de hoy esas estructuras, mantener la centralidad del mercado para toda actividad económica no es razón para mantener separados los regímenes privados del único sector jurídico patrimonial, que ya no ha de ser ni civil ni mercantil²⁰.

Por otro lado, ya sabemos que el mercado ha de acoger, al menos tendencialmente, todas las operaciones de intercambio que se efectúen en el ámbito del espacio nacional porque sólo mediante esa “totalización” el mercado será eficiente ya que, al recoger en sus procesos todas las acciones de los productores y de los consumidores, el empresario podrá realizar su función coordinadora. La totalización es imposible desde el momento en que se admite un régimen dual para regular dichas acciones. Así pues, en el orden jurídico- privado la separación entre unas y otras operaciones de índole o con trascendencia patrimonial implica la ruptura o fragmentación del mercado y, de acuerdo con todo lo expresado anteriormente, se conculcaría el propio sistema de mercado, que es vertebrador de la constitución económica.

En este sentido, y lo digo con el mayor de los respetos y sin la menor reserva en el aprecio que me merecen las personas que han contribuido a la elaboración del PCM, no participo de la tesis de que existen operaciones de intercambio propias del mercado y otras que no lo son. Al ser el mercado el proceso por el que se desenvuelven las operaciones de intercambio según *nuestro sistema económico*, el suyo es un concepto previo a cualquier punto de vista jurídico y, de acuerdo con lo que se ha dicho, en el mercado se efectúan todas las operaciones de intercambio. Teniendo además en cuenta que aquí no juega la idea de la condición “organizada” o no del mercado, se ha de concluir que no sólo deben cursar en él las operaciones que “ontológicamente” reclamen la presencia de una empresa²¹.

Llegados a este punto, es obligado deducir que la referencia a la legislación mercantil en el art. 149.1.6º CE no exige interpretar que acoge al sector de obligaciones y contratos como tampoco al de la propiedad y otros derechos reales ni, finalmente, al sector de la responsabilidad patrimonial. La referencia explícita a las “obligaciones contractuales” en el art. 149.1.8º CE puede ser motivo bastante para atribuir al constituyente la consideración unitaria del tratamiento del derecho de contratos, de todos los contratos, en su aspecto básico.

²⁰ DIEZ-PICAZO, L., “Propiedad y Constitución”, en *VVAA Constitución y Economía*. RDP. Madrid. 1977. pp. 41 y ss.

²¹ GARRIGUES, J., *Temas de derecho vivo*, Tecnos, Madrid, 1978. Si se mira con cuidado sigue al maestro OLIVENCIA, M., “El Título Preliminar” op. cit.

También es cierto sin embargo que aceptando, como sin duda viene aceptando el TC, que la “legislación mercantil” del artículo 149.1.6ºCE presta su cobertura a los contratos mercantiles, la mención en el artículo 149.1.8ºCE de las “obligaciones contractuales” como materia de competencia “exclusiva” estatal se refiere tan sólo a las de carácter civil, y todavía puede entenderse que la específica mención de las *bases* de estas obligaciones se ciñe a los casos en que la Comunidad Autónoma de que se trate disfrute de un derecho civil foral o especial²². Aun siendo discutible esta opinión, todavía me parece que sirve para reforzar la de que no existe ningún motivo, aparte del más que discutible doctrinal o dogmático, para creer que algunos contratos deben ser considerados mercantiles y otros civiles a efectos de la atribución de competencia administrativa. De donde debemos deducir, sin lugar a dudas, que incluir en los Libros Cuarto y Quinto del PCM una regulación de las obligaciones y contratos mercantiles supone una toma de postura por el legislador ordinario de algo que no se deduce de los términos literales del texto constitucional; que, por otra parte, debía, y debe todavía, haber sido ocasión precisamente para proceder a la unificación del derecho de obligaciones y contratos²³.

Porque más allá de la pertinencia de esa unificación desde un riguroso punto de vista jurídico, la unificación serviría, no a ningún principio de unidad de mercado que no existe, sino al sistema de economía de mercado establecido en la Constitución, que exige, como sabemos, un mercado totalizador de cuantas operaciones de intercambio de los títulos de propiedad *lato sensu* se realicen en el ámbito del territorio nacional.

En mi opinión, extraer de la *materia mercantil* aludida en el artículo 149.1.6ºCE el derecho de contratos, incluso contando con la interpretación más desfavorable del artículo 149.1.8ºCE de que sólo es en todo caso de competencia estatal exclusiva la legislación sobre las “bases de las obligaciones contractuales”, tendría unas consecuencias ventajosas para nuestra realidad jurídica, económica y social, supuesta la interpretación del TC de que respetar las bases significa el no poder introducir nada que signifique un *novum* obligacional²⁴.

No es aceptable, pues la “huida” al derecho mercantil a fin de dar satisfacción al supuesto principio de unidad de mercado²⁵. Lo que debe importar a

²² En este sentido BERCOVITZ, R., “La Defensa Contractual del Consumidor y el reparto de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la Doctrina del Tribunal Constitucional”, *Actualidad Civil*. Nº 13, Semana 12-18 Enero 1987. pp. 145 y ss.

²³ La unificación sin duda alguna es meta que está en marcha en el derecho comparado y en el ámbito de la UE. Por todos, GÓMEZ POMAR, F y GANUNZA FERNÁNDEZ, JJ., “Fundamentos económicos de la armonización del Derecho Privado europeo”, *Indret*. Barcelona. Abril 2011; VALPUESTA GASTAMINZA, E., “La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor”, en *UC3M*

<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/1718/793>;

GÓMEZ POMAR, F y GILI SALDAÑA, M., “El futuro opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”. *Indret*. Barcelona, enero 2012. Véase la Resolución Legislativa del Parlamento Europeo de 26 de Febrero de 2014, sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de Compraventa europea.

²⁴ BERCOVITZ, R., “La Defensa Contractual”. Op.cit.

²⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M. “Los excesos autonómicos” op. cit. Sobre el PCM y la materia contractual, Vid. VERGEZ, M., “La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en

efectos del buen funcionamiento de un mercado libre, debe ser un ordenamiento jurídico privado unitario²⁶.

Por otro lado no deja de representar una profunda contradicción con el sentido que se atribuye a los términos civil y mercantil por el legislador ordinario del PCM el considerar que los consumidores no son “operadores del mercado sujetos a este Código” (cfr. I-11 EM). Y, por consiguiente, que sólo algunos contratos en los que participen se podrán considerar mercantiles siempre a tenor del criterio concreto establecido para el caso en el propio PCM (cfr. VI- 5,6 y 7 EM). Dejando al margen la importante cuestión de los *actos mixtos*, cuyo tratamiento mercantil no se dudaba por la mejor doctrina tradicional y aceptando que los contratos en los que intervienen consumidores se sujetan a la competencia estatal por la vía de las “obligaciones contractuales” o sus bases pese a que la competencia autonómica se extienda a “protección de consumidores”²⁷, sin embargo se plantea el contrasentido de que se intente unificar el derecho privado patrimonial relativo al mercado dejando al margen las operaciones con consumidores como si ellos no fuesen agentes, y principalísimos, en el mercado. Bastará recordar aquí cuanto se ha dicho antes respecto del real significado económico del mercado como centro unificador de *todas* las operaciones de tráfico patrimonial desde el momento que, según los procesos del mercado, deben cursar los actos de producción y de consumo.

4. CONCLUSIÓN

Procede, pues, que concluyamos nuestro estudio sentando que si, la promulgación de un nuevo Código mercantil, que además no es tal, no representa nada respecto del problema que la distribución de competencias y su posible concurrencia plantean para el sistema de mercado imperado por la Constitución, la selección de relaciones e instituciones realizada por el legislador ordinario del PCM supone consagrar en el ordenamiento jurídico privado patrimonial español la dicotomía entre derecho civil y mercantil, llevándola además a su exasperación dado el fundamento constitucional que se le procura.

La profundización en la dualidad de regímenes jurídico-privados, lejos de favorecer el régimen jurídico relativo al mercado, que impropriamente se asocia a una “unidad de mercado”, significa un atentado contra el sistema de economía

general en la Propuesta de Código mercantil, *RDM*, N°.292. Abril-Junio 2014. pp. 11 y ss.

²⁶ El derecho jurídico privado patrimonial ni es de derecho mercantil, ni es de derecho civil, como opuesto al mercantil, véase, DE LA CUESTA RUTE, JM., “Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa”, en VVAA. (Valpusta Gastaminza Coord.) *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*. Bosch. Barcelona. 2011. pp. 23 y ss. Puede sin embargo considerarse que es de derecho civil en el sentido profundo y clásico de esta denominación.; ÍDEM en el Prologo a la obra citada; ÍDEM en *Presentación*, de *Contratos Mercantiles*, Tomo I. 2ª ed. Bosch, Barcelona, 2009.

²⁷ BERCOVITZ, R. “La defensa contractual” op. cit.; ESTEBAN DE LA ROSA, F y OLARIU, O., “La aplicación de la Normativa Común de Compraventa (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo”. *Indret*. Barcelona, Enero 2013. Sobre la cuestión, la Resolución del Parlamento Europeo de 8 Junio de 2011, sobre Opciones para Avanzar hacia un Derecho Contractual Europeo para Consumidores y Empresas.

que, en rigor, ha de sustentarse en un mercado que será tanto más eficiente cuanto más amplio sea el número de operaciones que comprenda. La arbitraria “huida al derecho mercantil” no representa, pues, llegar a ningún refugio.

Nuestra conclusión final debe, ser a mi juicio, la de que también las referencias a la legislación mercantil y civil del artículo 149.1.6º y 8ºCE respectivamente, hacen más que censurable la organización que *de facto* ha resultado de la configuración del Estado autonómico en nuestra Constitución. Su arcaísmo de fondo, aunque pretenda disfrazarse de modernidad y progreso, carnaval ahora demasiado frecuente, lo hace disfuncional. Por esa razón debe rectificarse la interpretación que se ha dado por el TC en relación con estas y otras cuestiones centrales del sistema constitucional, y debe también evitarse, mediante la oportuna corrección de las deficientes normas sobre recursos de inconstitucionalidad, que se entiendan consagradas interpretaciones incoherentes. Sería de lamentar que mediante la promulgación del nuevo Código Mercantil, en proyecto, se incidiera en un despropósito más que habría de ser germen de continuos errores inconsistentes además con el sistema de economía imperado por la Constitución de 1978.

PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL Y PARADIGMA CONSTITUCIONAL

JUAN IGNACIO FONT GALÁN*

Resumen

En el proceso de reforma y nueva codificación post-constitucional del Derecho mercantil, y ahora a raíz de la aprobación del Proyecto de Código Mercantil de 2014 resulta inexcusable la tarea de asegurar la congruencia interna del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución económica. De ahí la necesidad de ponderar y acreditar la legitimidad constitucional del Derecho mercantil diseñado y articulado en el Proyecto. Para acometer esta labor se acude a los conocimientos avanzados en la teoría del Derecho que ha construido los modelos teóricos o paradigmas normativos esenciales para la ponderación y enjuiciamiento de legitimidad de las normas. Para acometer tan relevante labor en un *tiempo jurídico-constitucional* hay que valerse del denominado *paradigma normativo constitucional* que precisamente integra los criterios para enjuiciar el grado y calidad de legitimidad constitucional del Derecho mercantil del Proyecto, en tanto que este ordenamiento está llamado a integrar la llamada Constitución económica material. ¿Se adecua plenamente el Proyecto de Código Mercantil al paradigma normativo constitucional? La respuesta deja traslucir y entrever algunos déficits y claroscuros.

Contenido

1. ¿Un Código que “considera al Derecho mercantil bajo una faz completamente nueva”? – 2. ¿Una “faz” mercantil espejo de la Constitución económica? – 3. Paradigma constitucional y Derecho mercantil. – 4. De los Códigos de Comercio al Código Mercantil *ex Constitutione*. – 5. El Código Mercantil como Constitución económica material. Adecuación y legitimidad constitucional; cuestionario y algunas respuestas.

1. ¿UN CÓDIGO QUE “CONSIDERA AL DERECHO MERCANTIL BAJO UNA FAZ COMPLETAMENTE NUEVA”?

Llama la atención que para presentar el nuevo Proyecto de Código mercantil el codificador del siglo XXI tome prestadas del codificador del siglo XIX las célebres palabras con las que este anunciara el carácter innovador del Código de comercio de 1885 (vid. Exposición de Motivos de 1882). Tal declaración, de tan encumbrada retórica decimonónica, envuelve en ambos casos la intencionalidad de un juicio político jurídico —aparte del técnico jurídico— valorativo del sistema normativo de uno y otro

* Catedrático de Derecho mercantil. Universidad de Córdoba.

Código implementado por comparación respecto del Código de comercio en cada caso precedente. No creo, si —como se debe— tomamos en serio a los legisladores, que estas palabras merezcan ser tenidas como simple adorno literario en un momento proclive a la vanidad del legislador. Cuanto menos, hoy, esas palabras —que parecen exhibidas como guante de presentación del Código en proyecto— debieran ser recogidas y ponderadas por el intérprete actual como oportunidad para indagar sobre la efectiva naturaleza y dirección del pretendido cambio de sistema que preanuncia el codificador mercantil de 2014. El eco histórico de esas retóricas palabras hace recordar ahora las unánimes críticas que mereció la referida declaración de la Exposición de Motivos de 1882 por parte de los estudiosos del Código de comercio de 1885 bien conocedores del anterior Código de 1829: ni el sistema jurídico de este era una antigualla contrarrevolucionaria, ni el de 1885 era tan innovadoramente revolucionario como pretendía su presentador. ¿Qué pensar ahora de un texto de Código Mercantil que se presenta otra vez con una “faz completamente nueva”?

¿Mera declaración de “postureo” vanidoso de su artífice o, acaso, una meditada y estratégica declaración constituyente de la concepción del Derecho mercantil en su primer Código del siglo XXI expresiva de un “nuevo” posicionamiento político-jurídico inspirado en otros pretendidos nuevos principios iusfilosóficos e iusconstitucionales, nuevos postulados económicos y sociales y, consecuentemente, en nuevas categorías jurídicas acordes con aquellos y con las exigencias de la nueva realidad?

Confieso mi curiosidad a la vista de la expectación que suscita hoy el anuncio de un Derecho mercantil de “faz completamente nueva”. ¿Cómo será su rostro nuevo? ¿Y cómo su nuevo espíritu normativo, su alma nueva, siendo la “cara espejo del alma”? En el año 1985 me valí también de estas palabras del codificador de 1885 para titular un artículo doctrinal sobre la primera Ley general de protección de los consumidores [*¿Hacia un sistema jurídico mercantil de “faz completamente nueva?”*]. *La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios, RDM, núm. 177, págs. 381 y ss.*]. Abrigaba entonces, en plena juventud, la convicción y la esperanza de que el nuevo Derecho de los consumidores [que el admirado y aún más querido Profesor Rafael Illescas Ortiz, siempre atento a los nuevos movimientos intelectuales y sociales y a las más modernas corrientes jurídicas, me descubrió en la Universidad Hispalense ya en el año 1971, apenas incorporado yo a esta] debía ejercer de “ariete” para recomponer el sustrato ideológico liberal capitalista y, por tanto, también el modelo de justicia del Derecho mercantil del Código de comercio de 1885; y, en fin, imaginaba yo que por extensión comportaría un nuevo paradigma relacional más unificado y socializador en todo el Derecho patrimonial, civil y mercantil. Como iusmercantilista he procurado estar siempre atento a la Constitución económica: ¿cabe en esto lo contrario o la mera tibieza o indiferencia? Me admira ahora la “pasión” constitucional y el anhelo de justicia con la que, entonces, puse subtítulo al citado artículo: (la LGDCU de 1984) *“un instrumento para la realización histórica del Derecho mercantil del Estado social”*. Con esta convicción intelectual y con este sentido jurídico tomé (en 1985) del codificador de 1885 aquella admonición —tan bruñida de esperanza— de la “faz completamente nueva”; y, desde luego, con el íntimo

deseo de cambio cultural y normativo del Derecho patrimonial *postconstitucional* precisamente en el Centenario del Código de comercio.

Ahora, el reiterado anuncio de un Código Mercantil de “faz completamente nueva” hace que me interese no ya, no tanto, por describir lo que se presenta como nuevo, sino más bien por descubrir lo que pese a presentarse como nuevo no lo es tanto; pero, sobre todo, me motiva desvelar aquello que debiera ser nuevo y sin embargo no lo es ni está.

Avanzo ya que mi preocupación estriba en indagar y ponderar la presencia y consistencia del *paradigma constitucional* en el Código Mercantil, el cual si pretende considerar y establecer un *Derecho mercantil legítimo* imperiosamente ha de tener como base de legitimidad “completamente nueva” la Constitución económica de 1978, en tanto que ordenamiento supraordenado al ahora proyectado; tanto más cuanto que el Código en proyecto se promulga “*en el marco constitucional de la economía de mercado*” (artículo 001-1), toma el mercado como su fundamental categoría sistemática ordenadora de su regulación jurídica y, así, concibe al Derecho mercantil como “*Derecho privado propio del mercado*” (E. de M., I-9).

Siguiendo la conocida tesis bobbiana, invito en estas páginas a reflexionar desde el prisma constitucional “*lo que el Derecho (mercantil proyectado en el Código) es*” y “*lo que (este) Derecho debe ser*” y que así mismo forma parte, a un nivel superior o constitucional, del “*Derecho que es*”, aun cuando en los niveles inferiores “*ilegítimamente no es*”¹. Veamos.

Si la “cara es el espejo del alma”, en la nueva “faz” que anuncian ambos Códigos (el todavía vigente y el ahora en proyecto) se habría de reflejar el “nuevo” espíritu legislativo constituyente del Código, es decir, el “nuevo” sistema de principios que inspira la formación del Derecho mercantil que, a la altura de su respectivo tiempo, uno y otro contemplan y regulan. En el modo de decir de los codificadores mercantiles la “faz completamente nueva” del Derecho mercantil se enarbola como bandera con la que cada Código anuncia y valora el nuevo *paradigma legislativo*² que normativizan, según se pretende, merced a una más innovadora política del Derecho que la de su precedente: en ambos casos, pues, una más coherente y eficaz ideología o, si se prefiere, filosofía política, económica y social de cuño liberal que cada codificador pretende interpretar y aplicar, no obstante, de forma “completamente nueva”. Late en la codificación mercantil, tanto la decimonónica como la actual, un persistente anhelo innovador del Derecho mercantil que lo cualifica precisamente como “categoría histórica”. Pero acaso pueda convenirse que este pretendido y propalado empeño innovador del Derecho mercantil codificado no es ajeno a una vana preocupación “política” proyectada sobre todo en la imagen de modernidad y vanguardia que suele acompañar a este ordenamiento en momentos históricos de *cambio epocales* (no solo de época de cambios) como los vividos a finales del siglo XIX y ahora en los inicios del presente. En realidad, la “faz completamente nueva” del Derecho mercantil del Código en proyecto parece más formal que sustancial; esto es,

¹ Vid. Bobbio, N., *Giustnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), ed. Laterza, Roma/Bari, 2011.

² Vid. Ferrajoli, L., *La democracia a través de los derechos* Ed. Trotta, Madrid, 2014, pág. 88.

más referida a aspectos de técnica y sistemática jurídicas que a mayores empeños de *cambio constitucional* en su modelo social y su bagaje cultural y axiológico: no se vislumbra una preocupación por procurar una más plena adecuación al actual paradigma constitucional que articula (ahora sí) “bajo una faz completamente nueva” un *sistema de economía social de mercado* muy en contraste con el de la simple y pura economía liberal del Código de 1885 que en buena medida parece continuar en el Proyecto de Código Mercantil.

Me atrevo a dudar que el anunciado propósito innovador del Código en proyecto se llegue a reflejar plenamente en el modelo “político” y “social” del Derecho mercantil ahora recodificado, pese a enmarcarse ya en un tiempo de *imperio constitucional*. En realidad, el impulso innovador de la obra codificadora mercantil se materializa sobre todo en la juridificación de nuevas categorías sistemáticas de origen y naturaleza económicas en aras de la progresiva articulación “multinivel” del orden de la economía liberal. Esto ha sido lo propio y característico del proyecto político histórico de la Codificación mercantil decimonónica carente de una verdadera Constitución económica. Lo llamativo es que, en parte, lo sigue siendo en un tiempo en el que impera una Constitución económica notablemente “rígida” y “garantista”—, desde luego, no neutral ni arbitrariamente elástica— que diseña un *sistema de economía social de mercado* (ordoliberalismo) bien diferenciado del *sistema de economía de (libre) mercado* que parece persistir en la proyectada Codificación mercantil.

En efecto, la secuencia histórica del tracto renovador del concepto de Derecho mercantil codificado y su correspondiente sistema jurídico viene marcada sucesivamente por un triple paradigma legislativo formal que se expresa conceptualmente en la articulación “multinivel” de las ideas-fuerza de *comerciante* (*Ius mercatorum*, Cco de 1829), de *acto de comercio* (Derecho de los actos de comercio, Cco de 1885) y de *mercado* (Derecho privado del mercado, PCM de 2014). Este articulado paradigma legislativo liberal sustentado simplemente en la autonomía económica y jurídica de los sujetos económicos profesionales realizable en el espacio económico del mercado —que ahora se mantiene y desarrolla más ampliamente en el Proyecto de 2014—, parece conservar a la Codificación mercantil en una “comunidad de memoria” que asegura, en el ámbito de la jurisdicción y de la legislación, su continuidad ideológica y su unidad de sentido político en todo el mercado nacional, si bien ahora su sistema jurídico se reformula y articula en categorías económicas y políticas propias de la cultura y de la realidad del presente histórico.

Esto no significa, en absoluto, dejar de valorar el importante avance en la comprensión conceptual del Derecho mercantil en proceso de codificación y tanto menos dejar de aplaudir su eficaz sistemática y su más depurada técnica jurídica con la que el actual codificador acomete la ordenación de una materia que en sus sujetos, actos, relaciones, poderes, ámbitos y procedimientos se ha multiplicado extraordinariamente en los últimos ciento treinta años en un esfuerzo de intelección y adaptación a las nuevas realidades económicas.

Más bien solo pretendo aquí reflexionar y hacer reflexionar de nuevo —a propósito del proyectado Código mercantil— sobre una importante cuestión que en los

últimos treinta años me ha preocupado³ y que nos debe preocupar a todos: la *legitimación constitucional del Derecho mercantil español*.

2. ¿UNA “FAZ” MERCANTIL ESPEJO DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA?

Si nuestros Códigos de comercio del siglo XIX estaban huérfanos de Constitución o, cuanto más, solo estaban sostenidos por Constituciones “negativas”⁴ o flexibles de cuño liberal dominadas por la *racionalidad económica* típica del Estado de Derecho Legislativo, el Código mercantil que pretenda hoy promulgarse ha de procurar más exigente y democráticamente la formación de un Derecho mercantil plenamente ajustado a nuestra Constitución económica vigente, la cual articula, en cambio, un paradigma normativo (y, por tanto, también axiológico, político y cultural) centrado en la *racionalidad social* propio de constitucionalismo correspondiente al Estado social⁵.

Los modelos culturales y normativos del constitucionalismo liberal decimonónico difieren acusadamente del que sustenta nuestra Constitución económica vigente que, alineada con las Constituciones europeas de posguerra (siglo XX), se identifica también como “*sustancialista*”, “*rígida*” o “*positivista*”⁶ y *social*”. Si el modelo de producción normativa de nuestros Códigos de comercio decimonónicos, huérfanos de una verdadera Constitución económica, se entiende legitimado merced a la pura racionalidad económica y al mero paradigma legislativo formal (propio del Estado de Derecho liberal y del positivismo jurídico), el modelo de producción normativa del hoy proyectado Código mercantil imperiosamente ha de legitimarse “bajo la faz completamente nueva” del paradigma constitucional del Estado social y democrático de Derecho (*constitucionalismo sustancialista y garantista*)⁷.

Por consiguiente, si nos tomamos la Constitución en serio⁸, el test de legitimación constitucional del Derecho mercantil del Código en proyecto es una tarea inexcusable que debe merecer la atención de los juristas.

Las expectativas de un Código mercantil correspondiente a un nuevo modelo de producción normativa plenamente coherente con la Constitución económica y su *superior paradigma normativo* vienen suscitadas no solo por el mismo imperativo constitucional (formal y sustancial), sino también por las propias declaraciones del codificador mercantil en la Exposición de Motivos de su Proyecto de 2014, si bien de inmediato se aprecia una lectura parcial y débil del artículo 38 CE (solo su primer inciso) que deja al resto del cuerpo económico y social de la Constitución en un estado de amputación o congelación. Véase.

⁴ Vid. Menéndez, A., *Autonomía económica liberal y Codificación mercantil española*, en Centenario de Código de Comercio, págs. 45 y ss. ed. Ministerio de Justicia, Madrid (1986).

⁵ Vid. Font Galán, J.I., *Apogeo de racionalidad económica y disenso constitucional*, cit.

⁶ Vid. Ferrajoli, L., cit., págs. 56 y ss.

⁷ Vid. Ferrajoli, L., cit., págs. 56 y ss.

⁸ Vid. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, ed. Ariel, Barcelona (1984 y 1995).

“Los postulados de la nueva constitución económica en el marco de la economía de mercado, que imponen la unidad de éste y explican la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, aconsejan, por el contrario, la clara delimitación de ésta y la integración de la normativa reguladora” (apdo. I-6)

“La delimitación de la materia se hace sobre la sólida base de los postulados de nuestra constitución económica, partiendo del que la enmarca en la economía de mercado y de la correlación entre la unidad de éste y la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, entendido como la regulación del Derecho privado propia del mercado. No había obstáculo más nocivo para esa unidad que la diversidad de regulación jurídico-privada de la materia mercantil” (apdo. I-9).

Apenas se encuentran en el texto del Proyecto más referencias o apelaciones a la Constitución económica, sino no es la que en el artículo 001-1 se refiere al “*objeto del Código Mercantil*”:

“En el marco constitucional de la economía de mercado, el presente Código contiene las normas mercantiles que regulan el mercado de bienes y servicios en todo el territorio español, el estatuto de las personas incluidas en su ámbito y las actividades desarrolladas en el mercado”.

El codificador mercantil lee, interpreta y aplica de manera notablemente reduccionista el paradigma constitucional sustanciado en la entera y compleja Constitución económica formal, de lo que resulta, merced a la regulación jurídica mercantil de la economía de mercado en las materias acotadas en el proyectado Código, una Constitución económica material no plenamente integrada —¿legitimada?— con el paradigma constitucional vigente. Basta apreciar que los únicos postulados constitucionales que sirven de base y guía al Derecho mercantil del Código son, de un lado, el de la *economía de mercado* y, de otro, el de *unidad de mercado*. Con el primero se quiere asegurar la continuidad ideológica y político-económica del sistema de economía liberal y su correspondiente sistema jurídico plasmado en un Código Mercantil que toma al mercado no solo como criterio técnico delimitador de su materia y de su ámbito de aplicación, sino también como el único “marco constitucional” y, en realidad, único paradigma normativo axiológico y cultural que inspira y ordena su regulación jurídica. Por su parte, el postulado constitucional de la *unidad de mercado* —tan típico del fenómeno codificador— supone una firme base para afrontar la preocupante cuestión político-territorial de España garantizando así su unidad económica.

Ahora bien, ¿bastan estos dos postulados constitucionales para garantizar la plena legitimidad constitucional del Derecho mercantil diseñado en el Proyecto de Código de 2014? ¿En qué grado se ha empleado el “cincel” constitucional para configurar la anunciada “faz completamente nueva” del Derecho mercantil del Código en proyecto? ¿Una “faz” espejo de la Constitución económica?

3. PARADIGMA CONSTITUCIONAL Y DERECHO MERCANTIL

Desde la Constitución de 1978 el Derecho mercantil español está llamado a un desafío inexcusable tanto en su legislación como en su jurisdicción: lograr su plena legitimación constitucional. Desde entonces el sistema normativo del Derecho mercantil se ha de ajustar cada vez más plenamente al sistema económico y social establecido en nuestra vigente Carta Magna.

La conciencia de necesidad de reforma del Derecho mercantil español tan unánimemente sentida desde la posguerra civil española se aviva extraordinariamente con la Constitución de 1978. Apenas promulgada esta, nuestra mejor doctrina relanza el movimiento reformista para “denunciar abiertamente la necesidad de una reforma no simplemente técnica, sino en profundidad, con la oportuna revisión, e incluso sustitución, de los principios y postulados que hasta ahora se habían considerado consustanciales al capitalismo como sistema económico”⁹. La necesidad de reforma del Derecho mercantil se centraba en el sistema jurídico concebido y regulado en el anticuado Código de comercio cada vez más desconectado del cambio económico, social e ideológico a lo largo de la anterior centuria: crisis de aptitud funcional, inadaptación al fenómeno de la economía industrial y financiera, desfase ideológico, carencias institucionales cada vez más acusadas; en suma, un Código ya muy desconectado de la realidad y del pensamiento moderno y actual y, sobre todo, con un sistema jurídico ajeno a la Constitución económica (la de 1978), cuando no incompatible con esta, tanto por sus lagunas como por sus antinomias constitucionales. Admira que ya en el año 1982 Aurelio Menéndez advirtiera de la necesidad urgente de reforma del Derecho mercantil del Código de comercio merced no solo a las innovaciones del capitalismo industrial y financiero, sino también, “por supuesto, al (nuevo) espíritu, e incluso, a las ideologías, que animan el Derecho constitucional más moderno”¹⁰. Es más, Menéndez dejaba bien marcada no solo la nueva “razón constitucional” de la reforma del Derecho mercantil del Código de comercio, sino su obligada orientación normativa: “Es claro que publicada la Constitución, como primera norma de la totalidad del ordenamiento, cualquier revisión legislativa que busque el perfeccionamiento técnico o material de esta o aquella institución mercantil, habrá de hacerse de acuerdo con el contenido y el espíritu de la Constitución. No se trata ya, o sólo, de un esfuerzo positivo para adecuar la vieja norma mercantil a los cambios que se han venido produciendo en la realidad social o en el mismo sistema económico. Se trata de que la reforma se justificaría por sí misma ante la necesidad de adecuar el ordenamiento mercantil a otra norma, justamente a la norma constitucional”. En el mismo sentido y con toda exactitud Justino Duque afirmaba que lo que se predica con la necesaria reforma del Derecho mercantil del Código “no es solo un proceso de *adecuación a la realidad*, sino la puesta en práctica de un principio de *congruencia*

⁹ Vid. Menéndez, A., *Constitución, Sistema económico y Derecho mercantil*, ed. Universidad Autónoma de Madrid, 1986.

¹⁰ Vid. Menéndez, A., cit., pág. 18.

interna del ordenamiento, que exige la adaptación a la norma constitucional, la primera de las normas, la norma fundamental”¹¹.

Como se puede apreciar, nuestra mejor doctrina hacía valer, apenas promulgada la Constitución de 1978, el *paradigma constitucional* como virtual modelo teórico de Derecho (también del ordenamiento mercantil) correspondiente al Estado constitucional de Derecho dotado de una bien articulada y consistente —nada neutral ni amorfa, por tanto— Constitución económica, la primera en la historia constitucional española. De aquí que aun cuando la doctrina iusmercantilista (de la “primera generación constitucional”) reconoce que la Constitución de 1978 no llega a implicar “una ruptura en el sistema económico (preconstitucional), fija los cauces de la evolución posterior y supone indudablemente un compromiso con la reforma e interpretación del ordenamiento mercantil”¹². De esta manera tan clara y audaz nuestra más atenta doctrina facilitaba ya la fórmula para el test de legitimidad constitucional del nuevo Derecho mercantil que habría de surgir merced a la Constitución económica de 1978.

Al referirme al test de legitimidad del Derecho mercantil me remito a lo que en la teoría jurídica del moderno constitucionalismo se conoce como *paradigma constitucional o del Estado constitucional*, que no es sino uno de los modelos teóricos del Derecho (junto al *paradigma jurisprudencial premoderno* y el *paradigma legislativo o paleo-positivista del Estado legislativo de Derecho*); los cuales en realidad no describen ningún ordenamiento histórico real, sino que consisten en modelos conceptuales que solo identifican las *normas de reconocimiento*¹³ y los rasgos distintivos predominantes y caracterizadores de las correspondientes experiencias históricas¹⁴. Así, el modelo teórico de Derecho propio del *paradigma constitucional o neo-positivista* se caracteriza por la subordinación de la legislación al Derecho y por el pleno desarrollo del Estado de Derecho en su forma más evolucionada y democrática del Estado constitucional de Derecho gracias a la difusión de Constituciones rígidas (no neutrales o no abstractamente elásticas) donde quedan establecidos los parámetros de validez del Derecho vigente, tal como ha sucedido en Europa después de la Segunda Guerra Mundial. Según este modelo, mientras la existencia y vigencia de las normas siguen acogidas al *principio de legalidad formal* típico del Estado legislativo de Derecho (o paleo-positivista), la validez de las normas, en cambio, está sometida a un juicio de legitimidad sustancial o de contenido, lo que explica que ahora la *norma de reconocimiento* sea el *principio de legalidad sustancial* (no la meramente formal o procedimental) que la vincula a la adecuación con los principios y los derechos constitucionalmente establecidos¹⁵ en el entero sistema normativo de la Constitución económica.

¹¹ Vid. Duque, J., *Constitución económica y Derecho mercantil*, en La Reforma de la legislación mercantil, pág. 64, Madrid, 1979.

¹² Vid. Menéndez, A., cit., pág. 24.

¹³ En la construcción teórica de Ferrajoli se entiende por “norma de reconocimiento” la norma que instituye los criterios de identificación sustancial de un ordenamiento nomoestático, o bien la norma deóntica formal sobre la producción de normas de un ordenamiento nomodinámico. Vid. cit., pág. 19, nota 4, y págs. 30, 71, 76.

¹⁴ Vid. Ferrajoli, L., cit., págs. 17 y ss.

¹⁵ Vid. Ferrajoli, L., cit. 19.

En lo que toca al sistema jurídico del Derecho mercantil, y tanto más si este se concibe como *Derecho (privado) del mercado* (como así lo declara el codificador de 2014, vid. Exposición de Motivos, I-9), la legalidad sustancial referenciada en el paradigma constitucional se expresa y establece con toda propiedad en el modelo normativo, axiológico y cultural de la Constitución económica (formal) de 1978 compuesto de principios, libertades, deberes y derechos de los sujetos privados; de mandatos y responsabilidades impuestos a los poderes públicos en orden a la promoción y defensa de intereses públicos y sociales; de límites a las libertades y derechos de los sujetos privados, *rectius* poderes privados; de directrices económicas y sociales para las políticas públicas en aras de los intereses generales; de vínculos de subordinación de toda la riqueza del país al interés general; y todo esto, en fin, proclamado “bajo la faz completamente nueva” del compromiso del *nuevo* Estado social y democrático de Derecho con la implantación de un “orden económico y social justo”, con el desarrollo de una “sociedad democrática avanzada” y con el aseguramiento de “una digna calidad de vida para todos”.

Si en el modelo de Derecho correspondiente al *paradigma jurisprudencial* (premoderno o anterior al monopolio legislativo del Estado moderno) la validez de las normas se satisfacía con su intrínseca justicia material ligada a su contenido o sentido prescriptivo; y si, posteriormente, el modelo de Derecho al que corresponde el *paradigma legislativo* (viejo positivismo típico del Estado moderno productor exclusivo de las leyes y carente de Constitución económica) solo controla la validez de las normas con el simple test de conformidad con las formas y procedimientos reguladores de la producción de estas; el modelo de Derecho que inspira el moderno *paradigma constitucional neo-positivista*, en cambio, controla la legitimidad de las normas no solo mediante el test de conformidad con las formalidades exigibles en su producción, sino mediante un inexcusable juicio de adecuación y compatibilidad constitucional de la sustancia y contenido de las normas. Con este último modelo la modernidad de la Ciencia jurídica llega a su cénit: esto es, cuando el criterio de legitimidad de las normas jurídicas no se limita a exigir la superación del test de formalidades en el proceso de producción legislativa (Estado legislativo de Derecho, paleo-positivismo), sino también la superación del test que valora o enjuicia el grado de respeto y cumplimiento no solo de los límites y vínculos, sino también de las acciones públicas impuestas por las normas constitucionales como ordenamiento supraordenado a todas las normativas que forman la legislación ordinaria¹⁶, incluida la mercantil.

Entre estos vínculos superiores de rango constitucional destacan, por supuesto, los derechos fundamentales y las libertades que “*se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos*” (art. 10 CE), lo que cobra en la actualidad una enorme trascendencia en un tiempo de globalización de los mercados y de las empresas multinacionales que con ayuda o indiferencia de algunos Estados, como ha denunciado tantas veces Naciones Unidas, implementan estrategias y prácticas en el comercio internacional no siempre respetuosas con los derechos humanos y los legítimos intereses económicos y sociales de los pueblos o países en desarrollo. Pero

¹⁶ Vid. Ferrajoli, L., pág. 20-21.

también los derechos sociales reconocidos y protegidos en la Constitución económica y social integran el paradigma constitucional respecto del cual el Derecho mercantil, ahora en proceso de recodificación, debe sentirse imperiosamente concernido por muy elevadas e inexcusables razones de legitimidad político-jurídica y democrática con fundamento constitucional.

Pero si el propósito de esta reflexión (aquí humildemente ensayada en homenaje al maestro Rafael Illescas Ortiz) radica en identificar los materiales constitucionales que han de conformar el cuestionario para enjuiciar la legitimidad constitucional del Derecho mercantil concebido y articulado en el Proyecto de Código Mercantil, conviene considerar de manera un poco más informada la estructura y significado normativos del denominado paradigma o modelo teórico del Derecho constitucional integrador de ese control de legitimidad constitucional de la legislación ordinaria, también la mercantil¹⁷.

En la Ciencia jurídica moderna los modelos teóricos de Derecho —o *paradigmas normativos*— tienen una centralidad extraordinaria, tanto más en un marco histórico tan complejo y evolucionado como el actual. En la evolución histórica de la Ciencia jurídica se aprecian diversas concepciones y representaciones de paradigmas normativos o modelos teóricos del Derecho. En el marco cultural del viejo positivismo típico del Estado legislativo de Derecho dominado por el *principio de legalidad positiva* y en el que, por tanto, las normas existen y son válidas solo porque imperativamente se han promulgado (*auctoritas, non veritas facit legem*), el paradigma normativo constitucional es interpretado únicamente como conjunto sistemático de principios de un nivel normativo supraordenado a la legislación ordinaria, pero que en cuanto dotados de una normatividad débil no cabe —fuera del positivismo jurídico (constitucionalismo positivista)— deducir de ellos reglas de Derecho, bien para garantizar las libertades y derechos (fundamentales y sociales), o bien para imponer límites y vínculos jurídicos al ejercicio de los poderes (públicos y privados) como condición de legitimidad de las normas; este modelo de paradigma normativo del viejo positivismo solo entiende de legalidad formal, sin llegar a controlar la legitimidad sustancial o de contenido de las normas. Según este modelo normativo, la legislación mercantil no tendría que adecuarse sustancialmente al espíritu o a los principios de la Constitución, que serían considerados como “ajenos” o “extraños” a la normativa mercantil, sin perjuicio del reconocimiento de su superioridad jerárquica. Es decir, la legislación mercantil no tendría necesariamente que “contaminarse” de Constitución, que en todo caso sería de “baja intensidad” dada la escasa o “negativa” normatividad de las Constituciones liberales decimonónicas de corte principialista, preponderantemente declarativas o programáticas y con escaso contenido económico y social. Nuestros Códigos de comercio estaban huérfanos de Constitución económica lo que explica que la concepción del Derecho mercantil que ambos sustentan responde al paradigma legislativo *uni-nivel* de los propios Códigos, sin el referente superior de modelos o paradigmas normativos constitucionales “fuertes”. Como observa agudamente Bartolomé Clavero a propósito de la Codificación francesa¹⁸, “la idea de código se hizo con el Código mismo, su idea

¹⁷ Sigo en esto el pensamiento teórico de L. Ferrajoli, cit. passim.

¹⁸ Vid. *El origen constitucional de la Codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica)*, en Derecho privado y Revolución burguesa, (coord. Carlos Petit), Ed. Marcial Pons, Zaragoza, 1990, págs.53 y ss.

constituyente con el Código constituido”. En suma, no había razones para que la Codificación decimonónica tuviera que plantearse su fundamentación constitucional.

En cambio, en el marco cultural del constitucionalismo jurídico neo-positivista y garantista propio del Estado constitucional de Derecho (y de las democracias constitucionales actuales) el paradigma normativo ya es de naturaleza constitucional (o neopositivista) y está formado por principios directivos, por principios regulativos, por reglas deónticas y normas de reconocimiento que en su conjunto dan forma a un modelo de constitucionalismo garantista en el que se asientan las bases del juicio de legitimidad de las normas y al que han de sujetarse todas las instancias institucionales y todos los poderes públicos y privados: la jurisdicción y la administración a la legalidad ordinaria; la legislación a la legalidad constitucional; y también los operadores económicos y los mercados a esta legalidad constitucional. En el paradigma constitucional o neopositivista el principio de legalidad asume una complejidad estructural y un valor garantista: es Derecho válido no solo el producido con estricto respeto a las formas, sino además aquel que el poder legislativo ha producido con pleno sometimiento a los límites y vínculos impuestos por la Constitución. Se comprende así que la sujeción del Derecho mercantil al juicio de legitimidad nucleado en el paradigma constitucional neopositivista entraña la exigencia de una plena adecuación, por acción y omisión, de la legislación mercantil a los principios directivos y regulativos y a las reglas establecidas en la Constitución económica.

El sistema de constitucionalismo principialista o neo-positivista (y garantista) concibe un modelo de ordenamiento jurídico sujeto rígidamente a las reglas constitucionales de producción normativa, así como a los principios, derechos, vínculos, mandatos y límites establecidos en las Constituciones modernas tanto respecto de los poderes públicos como de los poderes o sujetos privados. En este sistema jurídico el paradigma constitucional cumple la función normativa de controlar las violaciones que, como antinomias o como lagunas constitucionales, puedan detectarse en legalidad ordinaria. La jurisdicción habrá de encargarse de anular las normas que incurran en antinomias constitucionales (*esfera de lo que no puede decidirse*) y la legislación ha de colmar las lagunas constitucionales (*esfera de lo que necesariamente tiene que decidirse*)¹⁹.

Los estudios sobre modelos de constitucionalismo han venido tomando una importancia creciente en el actual cambio epocal que tiene su baricentro en el fenómeno de la globalización estrechamente asociada a profundas crisis en la democracia y en el Derecho, agredidos ambos por la asimetría entre el carácter global de los poderes económicos y financieros instalados en los mercados y los confines todavía estatales del Derecho y de la democracia. En la actual situación histórica asistimos a la abdicación de los gobiernos a comprometerse y ejercitarse en la política, tan impotente y subordinada a los mercados²⁰. Somos muchos quienes denunciarnos que sean los mercados los que ejercen su poder para postular e imponer un modelo “anómico” de Derecho caracterizado bien por la ausencia de reglas o por reglas

¹⁹ Vid. Ferrajoli, L., cit., pág. 54.

²⁰ Vid. Ferrajoli, L. cit., cap. I, passim.

flexibles carentes de límites rígidos tanto para los poderes públicos (por lo que dejan de hacer) como privados (por lo que hacen). Esta neocultura política y jurídica viene a proponer e imponer un hegemónico paradigma o modelo neoliberal del Derecho acorde ahora con los intereses de los poderes de mercado abiertamente divergentes cuando no contrarios al paradigma constitucional del Estado constitucional de Derecho de fuerte compromiso o *consenso socialdemócrata* imperante en la Europa del Estado social o del bienestar y hoy abiertamente combatido por los mercados.

4. DE LOS CÓDIGOS DE COMERCIO PRECONSTITUCIONALES AL CÓDIGO MERCANTIL *EX CONSTITUTIONE*

Bien es sabido que en Europa las Constituciones modernas fruto de la Revolución francesa son anteriores al fenómeno de la Codificación: así, en el caso de Francia, la primera Constitución (1791) se anticipó a la Codificación civil (1804) y mercantil (1807); y lo mismo en España, la Constitución gaditana (1812) precedió al Código de comercio de 1829. En ambos casos se siguió la misma secuencia revolucionaria (francesa): Constitución política, Legislación revolucionaria liberal y Codificación. En el caso español, la inversión del orden histórico de la obra codificadora que supuso la precedencia mercantil del primer Código de comercio respecto del Código civil (1889) se debió, entre otras causas complejas, a la falta de un concepto constitucional claro de lo que debía suponer la Codificación y la misma idea de Código (civil). En palabras de Bartolomé Clavero, “la larga aventura de la codificación española ha comenzado por un paso en falso, fallándole el terreno de su propia concepción constitucional”²¹. Y viceversa, el Código de 1829 nace en un tiempo no constitucional pero que se mantendrá durante una larga época, más de medio siglo, con Constituciones “ajenas” a él y nacidas con la hipoteca de tener solo un objetivo preponderantemente “político” y, en realidad, carentes de un sistema económico y social propiamente dicho; quizás porque la idea de revolución prefigurada o latente en la Constitución gaditana requería otro Código²²; y además porque, sin duda, la idea de *sistema económico* es una reivindicación política y social requerida de otro modelo de Estado y de Derecho (paradigma normativo), lo que explica su extemporaneidad y falta de encaje en las Constituciones decimonónicas del Estado liberal burgués. Lo mismo sucede con el Código de comercio de 1885.

Es opinión común que las Constituciones liberales se habían blindado como estrictas Constituciones “políticas” en las que no tenían cabida el establecimiento de un “sistema de relación entre Política, Economía y Derecho”. Se limitaban a salvaguardar la esfera económica y el libre mercado con el fin de impedir todo intento de comprensión e interferencia por parte del Derecho²³.

²¹ Vid. ob.cit., págs. 75 y ss.

²² Vid. Clavero, B., cit., págs. 54 y ss.

²³ Vid. Cantaro, A., *El declive de la Constitución económica del Estado social*, en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social del Estado social* (dir. Miguel Ángel García Herrera, ed. Universidad del País vasco, págs. 153 y ss. (1997).

Ahora bien, las Constituciones liberales no renuncian del todo a prefigurar un sistema económico propio: establecen principios para garantizar la “razón económica” con la finalidad de lograr, frente al sistema del Antiguo Régimen, la despolitización y la privatización de la Economía; de modo que ya es la sociedad y no el Estado la que controla el funcionamiento del mercado, limitándose este a proteger la propiedad privada (y la herencia), las libertades económicas y la autonomía negocial de los particulares: con esta misión fundamental se crea el Estado de Derecho al que, por supuesto, se subordinan los poderes públicos. Para Von Humboldt “la médula del Estado de derecho radica en la búsqueda de la seguridad y no en la promoción de la felicidad”²⁴ (que hoy entendemos como “bienestar social”).

El orden jurídico liberal se limita a confiar al Estado la función meramente “negativa” de asegurar la autorregulación espontánea del mercado. Sus Constituciones se califican como “negativas”, en modo alguno “positivas” o “proactivas”, esto es, comprometidas con un programa de acciones o políticas tendentes a la justicia social, ni siquiera garantes de la libertad y la igualdad reales sino meramente formales. Como ha observado Aurelio Menéndez, al Estado liberal le basta con asumir como sistema jurídico el orden económico liberal: su “constitución económica” material está configurada en los Códigos civil y de comercio. La misión de la “Constitución económica” liberal —que solo establece principios directrices para el Derecho patrimonial privado— es la de garantizar las dinámicas naturales del mercado en contraste con el orden reglamentista y mercantilista del soberano en el Antiguo Régimen. Es así como se “constitucionalizan” en el ordenamiento jurídico liberal la propiedad privada, las libertades económicas, el contrato, el mercado y, de modo implícito o reflejo, la libre competencia.

Importa mucho apreciar que el constitucionalismo liberal asume en su esencia la “ratio económica” como centro de referencia normativo inspirador de estructuras institucionales que han permitido a la *racionalidad económica* emanciparse de otros tipos de racionalidad del pasado (la ética, la religión, la tradición, etc.). Y esta racionalidad económica es la que se juridifica en la Codificación del siglo XIX. Habrá que ver, ahora, si tiene continuidad histórica en la Codificación del siglo XXI. Algún elemento de sospecha lo tenemos hoy en la hegemonía de la cultura económica neoliberal que pretende consagrarse como racionalidad dominante; pero ahora ya —según se propugna— como la única que merece constitucionalizarse.

Si la Codificación decimonónica no está preordenada por Constituciones rígidas o no neutrales, neopositivistas y garantistas se explica que sus Códigos hayan pervivido en épocas históricas muy diferentes. Es más, esta prolongada vigencia de nuestros Códigos de comercio, en particular del aún vigente, hace ver las funciones constitucionales que de forma supletoria y vicaria asumen dichos Códigos, cuyas bases de legitimación constitucional parecen encontrar en ellos mismos.

Ahora bien, la tan señalada *hiperhistoricidad* del Derecho mercantil también está causada por el factor constitucional. En otras palabras: el Derecho mercantil también es una “categoría histórica *constitucional*”. Pero en la actualidad lo es de modo

²⁴ Citado en Cantaro, A., cit.

más intenso e inexcusable merced al desarrollo extraordinario del constitucionalismo moderno en las democracias occidentales desde la segunda posguerra mundial de la pasada centuria. La aportación histórica más relevante e innovadora de este nuevo modelo de constitucionalismo es la denominada *Constitución económica*, auténtica “faz completamente nueva” de todo el ordenamiento jurídico (el que debe ser). A diferencia de lo sucedido en el marco histórico del siglo XIX, el extraordinario desarrollo de los sistemas democráticos y con ello la progresiva maduración constitucional de la Ciencia jurídica constatables en la segunda mitad del siglo XX hace ya inexcusable el diálogo y relación entre Constitución y Codificación, de modo que esta tiene ya sus bases de legitimación en aquella, debiendo esta dejar ya de ejercer, cuando no de suplantar vicariamente funciones constitucionales poco conformes con la Constitución vigente.

Como concepto, el de *Constitución económica* fue recibido inicialmente (en la tercera década del pasado siglo) con no pocos temores y esperanzas, y gran polémica en la doctrina constitucionalista europea (alemana preponderantemente, perteneciente a la Escuela de Friburgo artífice del *ordoliberalismo*). Hoy ya es un concepto asumido en el Derecho constitucional y en la Ciencia jurídica en general. Pero conviene recordar que el sentido político y la función normativa del concepto de Constitución económica radican, desde sus orígenes weimerianos, en establecer un *sistema de relaciones jurídico-políticas entre Política, Economía y Derecho*. Se trataba así de abrir la Constitución política para dar entrada a las grandes cuestiones económicas y sociales que el constitucionalismo del Estado liberal no quería ni podía afrontar y resolver.

Un propósito constitucional de tan alto calado político y social, requerido además de un nuevo modelo de Estado y de Administración pública, llegó a atemorizar a la doctrina iuspublicística que para sortear la politización del concepto y la función normativas de la Constitución económica trató de neutralizar su eficacia transformadora del orden político, económico y social mediante una concepción elástica o neutralista (acaso, mejor, neutralizadora) de la misma reinterpretándola como mero “conjunto de normas de contenido económico y social establecidas en el texto constitucional”; solo esto: se trataba así de impedir que ningún principio político-jurídico de orden superior (ni siquiera la forma de Estado social o “cláusula social”) llegara a vincular o comprometer la legitimidad constitucional de las normas (el “paradigma normativo”). Más claro: se pretendía que fueran las normas en cada momento vigentes las que establecieran el sistema económico y social que hubiera de imperar. Se postulaba así la continuidad del paradigma normativo paleo-positivista típico del Estado legislativo de Derecho, sin que el Estado social llegara a “contaminarlo”: no hay principios directrices o regulativos constitucionales, ni modelos normativos preordenados a la legislación del Gobierno y a la acción de la Administración pública. La Constitución económica —se alegaba— no consagra un sistema económico cerrado, sino flexible y abierto o, mejor, neutral.

En el fondo de esta argumentación externa latía el temor a que las Constituciones económicas de posguerra cedieran paso al socialismo por la puerta del Estado social. De aquí que se propugnara la desconexión de la Constitución económica respecto de la forma de Estado social. Esta es la conocida posición de Ernst Forsthoff,

el cual insiste en que la “cláusula del Estado social” solo legitima al Estado para emprender políticas sociales y acciones gubernativas en ayuda de los más pobres y para subvenir a las necesidades colectivas; pero en modo alguno dicha “cláusula social” podía alcanzar la naturaleza jurídico-constitucional, sino solo jurídico-administrativa. En otras palabras: la Constitución económica del Estado social no puede transformar el orden de la economía liberal; solo legitima al Estado y a la Administración para intervenir en la cobertura necesidades colectivas y en situaciones concretas de menesterosidad social (*Daseinsvorsorge*) (Pablo Font Oporto²⁵). La tesis forsthoffiana fue tempranamente asumida por la jurisprudencia constitucional de la República Federal Alemana en la sentencia de 20 de julio de 1954 que declara la neutralidad político-económica de la Ley Fundamental de Bonn (1949). Treinta años después nuestro Tribunal Constitucional hace un similar pronunciamiento, aunque con mucha menor rotundidad y alguna matización importante: “*nuestra Constitución económica no sanciona ni garantiza necesariamente un sistema económico único y determinado, sino que más bien permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajusten a los parámetros constitucionales; sólo excluye aquellos programas de gobierno que sean contradictorios con éstos*” (sentencia 1/1982).

Esta concepción neutralista o elástica (¿amorfa, mejor?; cabe llamarla también formal) ha merecido la atención crítica de la doctrina constitucional. Así, Gonzalo Maestro Buelga²⁶ ha reflexionado sobre los efectos perversos de esta concepción neutralista de nuestra Constitución económica que acaba por desnaturalizar el constitucionalismo social y favorecer o facilitar así otro constitucionalismo de corte neoliberal de muy dudosa legitimidad constitucional, tal como viene imponiéndose en los dos últimos decenios. Es cierto el carácter pacticio de las Constituciones económicas de los Estados europeos surgidas del gran *consenso socialdemócrata* (o *keynesiano*) de posguerra. Pero dicho carácter pacticio no puede legitimar una interpretación y aplicación neutral o inmoderadamente elástica de la Constitución económica, pues acabaría diluyéndose el mismo sistema de relación entre Política, Economía y Derecho que es, como se sabe, la función normativa primordial de la Constitución económica (P. Font Oporto²⁷).

En contraste con el concepto formal o neutral de Constitución económica, el concepto sustancialista “remite a un modelo constitucionalmente recibido que actúa con función normativa, esto es, disciplinando y dotando de coherencia a las normas económicas y sociales” (G. Maestro); tanto las establecidas en la Constitución formal como en la Constitución material: de tal modo que así concebida la Constitución

²⁵ Vid. *El artículo 9.2 CE, entre el valor igualdad y el Estado social. Estudio histórico y sistemático*, Revista de Derecho Constitucional, 16, Madrid (2013); y *Ruptura del consenso socialdemócrata y crisis del modelo de Estado*, Revista de Fomento Social, 67, pág. 211 y ss. (2012).

²⁶ Vid. *Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea*, Revista de Derecho Constitucional Europeo, 8, págs.43 y ss.(2007); *Constitución económica e integración europea*, Revista de Derecho Político, 54, págs.35 y ss.(2002); *Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea*, Revista de Derecho Constitucional Europeo, 7, pág. 123 y ss. (2000)

²⁷ Vid. *Materiales para el estudio del concepto del Estado social en el marco de una investigación sobre el artículo 9.2 de la Constitución española de 1978* (inédito).

económica, en todas sus manifestaciones y concreciones normativas, es en sí misma una “vértebra” del entero sistema jurídico público y privado del Estado.

Esta concepción sustancialista de la Constitución económica (que ya apareció en el debate de la Constitución de Weimar (1919) rebrota con fuerza y éxito en la segunda posguerra mundial y tiene como referencia intelectual la llamada corriente ordoliberal de la Escuela de Friburgo. Si en el debate suscitado en Weimar se vinculaba la Constitución económica a la forma de Estado social, en Friburgo el modelo de referencia es la *economía social de mercado* dentro de cuyo sistema o paradigma normativo toda la legislación reguladora de la economía habría de tenerse legítima (Derecho válido). Es más, en el caso de España, este sistema económico es el que encuentra una base de legitimidad constitucional más plena en el marco del Estado social y democrático de Derecho. La mayor aportación que hace el ordoliberalismo al constitucionalismo moderno es la de conceder al Estado un papel fundamental en la ordenación de la economía de mercado que ahora se concibe, en contraste con el liberalismo, como un problema político, es más, como un problema constitucional (G. Maestro²⁸). Bien entendido que en este sistema el centro es el mercado; pero este centro ya no se abandona a sus propias leyes autorreguladoras, sino que superando la antigua concepción iusnaturalista y liberal es objeto de protección y de regulación por el Estado que vela por su buen funcionamiento (así, la legislación en defensa de la libre y leal competencia o la de protección de los consumidores y usuarios).

5. EL CÓDIGO MERCANTIL COMO CONSTITUCIÓN ECONÓMICA MATERIAL. ADECUACIÓN Y LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL; CUESTIONARIO Y ALGUNAS RESPUESTAS

Llego así al punto que más interesa: reflexionar sobre la advertencia de nuestra doctrina mercantilista, tras la promulgación de la Constitución de 1978, relativa a la necesidad de acometer “la tarea de revisión total del ordenamiento mercantil para adaptarlo a la Constitución”²⁹. Se trata de la cuestión de la *legitimidad constitucional del Derecho mercantil*, ahora, en concreto, del que se refleja y articula en el Proyecto de Código Mercantil. Me valgo para ello de dos prismas de observación y análisis: el primero se refiere a la consideración normativa del Código Mercantil como *Constitución económica material*, pues ha de ser en esta perspectiva como ha de enjuiciarse, si quiera sea ponderativamente, el grado y calidad de la legitimidad constitucional del Proyecto; y el segundo prisma, ya de más acercamiento y precisión, es el que nos proporciona el denominado *paradigma normativo constitucional* que ahora trato de tomar como test de legitimidad del Derecho mercantil del Código proyectado. Para ello me he preparado un cuestionario de trabajo y a continuación me limitaré a exponer o comentar algunas respuestas o resultados de mi particular juicio de apreciación acerca de la legitimidad o adecuación constitucional del Proyecto, tanto en sus posibles antinomias como sus

²⁸ Vid. *Estado de mercado y Constitución económica*, cit.

²⁹ Así, Menéndez, A., cit., pág. 19.

potenciales lagunas. Lo haré, sin embargo, en un *continuum* discursivo, pero a la vez interrogante.

La relación entre el Proyecto de Código y la Constitución económica parece escasa y fragmentaria, no obstante las declaraciones relativas a su fundamentación en los “*postulados de la nueva constitución económica*” (vid. Exposición de Motivos, I-6 y I-9) y pese a encuadrarse el Código “*en el marco constitucional*” (artículo 0001-1).

En efecto, sendas declaraciones parecen fruto de una lectura y asunción incompleta o parcial de la Constitución económica; solo son fragmentos de Constitución. La primera solo se refiere a dos postulados constitucionales, el de unidad de mercado y el de atribución al Estado, con carácter exclusivo, de la competencia legislativa mercantil. La segunda declaración, que apertura el texto articulado, es más visiblemente reduccionista o parcial del ámbito concepcional que el codificador tiene de la misma Constitución económica y del sistema económico que integra: el de economía de mercado. Esto segundo es ya más relevante y particularmente grave, pues el codificador hace una lectura parcial, insuficiente y políticamente adulterada del “marco constitucional”, *rectius* sistema económico que, por mi parte, hago valer aquí como *paradigma constitucional*. Es comúnmente aceptado (aunque más silenciado) que este sistema económico, interpretado e integrado en la nueva sistemática normativa de nuestra Constitución, no es otro que el de *economía social de mercado*, en línea con el mejor constitucionalismo europeo de los seis o siete últimos decenios. Así es reconocido mayoritariamente por la doctrina especializada (española y comparada) y por nuestros Tribunales. Es más, esta lectura sistemática e integradora —cabal, sin más— nos armoniza, en tan relevante cuestión constitucional, con la “Constitución” de la Unión Europea: “*La Unión Europea establecerá un mercado interior*” (.....), “*en una economía social de mercado altamente competitiva*” (Tratado de Lisboa de 2007, artículo 3.3).

No debiera privarse al Derecho mercantil diseñado en el futuro Código de la “faz nueva y completa” de la Constitución económica formal, siendo que tal Código ha de integrar también la Constitución económica material, además de alienarse con la Constitución económica de la Unión Europea. Ya advertía Justino Duque³⁰, a propósito de la Constitución económica de 1978, de la necesidad de poner en práctica el *principio de congruencia interna del ordenamiento* (ahora ya también con el europeo), lo que exige la adaptación del ordenamiento mercantil a la norma constitucional. Aquí entra la tarea de “delimitación e integración *constitucional* de la materia mercantil”; y para esto el paradigma constitucional (al completo) cumple una decisiva función normativa.

Es cierto que en España la historia de las Constituciones y la de los Códigos no siempre se han cruzado, dialogado y entendido recíprocamente; no se han llegado a establecer vinculaciones fuertes y precisas entre unas y otros; y también es cierto que los Códigos (particularmente el civil) han llegado a ejercer ciertas funciones constitucionales en ausencia o por vacíos de las propias Constituciones y, en todo caso, por la escasa relación entre Constitución y Código. Pero ahora, en pleno siglo XXI, el nuevo orden democrático y social, que asume el cambio político, social, jurídico y

³⁰ Vid. cit., pág. 64.

cultural con una *cuestión constitucional*, exige un estrecho diálogo confiado y leal, y una relación vinculante entre Constitución y Codificación, y por ese orden jerárquico. Es condición de legitimidad de las normas (de las que son y de las que deben ser). Y también es una exigencia de democraticidad del Derecho.

No es baladí que el codificador mercantil asuma solo el sistema de economía de mercado liberándolo, y desentendiéndose como legislador, de la dimensión social que imperiosamente integra nuestra Constitución económica. ¿Es descabellado pensar que con estas declaraciones el Código en proyecto está delimitando por su cuenta no solo su materia regulada y su objeto regulador, sino también el objetivo “político” de su regulación, esto es, su orientación político-jurídica y el haz de intereses institucionales y privados que nuclea el sentido de su bien delimitada misión normativa? ¿Sería acaso impropio o impertinente señalar que con tales declaraciones el Proyecto codifica su sistema de ideas o, en otras palabras, su “ideología”? ¿Y es este o esta plenamente conforme con la Carta Magna (la española y la europea)?

Es cierto que no corresponde al Código Mercantil desarrollar y regular la dimensión social del Estado. ¿Pero puede por ello desentenderse de la dimensión social de la Economía y del Mercado del país, los cuales han de ajustarse en sus estructuras institucionales y en su modo de funcionamiento, como condición de legitimidad, al sistema de economía *social* de mercado? Si el mercado es —se quiera o no— una *institución* fundamental del sistema económico (lugar social y económico creador de riqueza del país, vid. art. 128 CE); y si la Constitución —quíerese o no— ha establecido un ordenamiento supraordenado de principios directrices y regulativos, algunas reglas jurídicas explícitas e implícitas, junto a un conjunto de derechos fundamentales y sociales, y todo esto coronado por la primacía del interés general y, de nuevo todo, reasuntivamente enmarcado en el modelo de Estado social y democrático de Derecho, ¿no parece obligado que el ordenamiento del mercado, incluso en el ámbito acotado de las relaciones jurídicas privadas, se sienta más preocupado y vinculado con el sistema normativo que integra la (entera) Constitución económica? ¿Acaso no debiera el codificador mercantil declarar su “amistad” o “fidelidad” constitucional en forma de “*Principios generales*” en el marco del Título Preliminar del Proyecto, como así lo hace el llamado “Código de consumidores” (TRLGDCU de 16 de noviembre de 1007, v. art.1), al que, por cierto, el codificador reconoce como ordenamiento prioritario al propio Código Mercantil? (v. E. de M. I-13). Este compromiso con la dimensión social del sistema de mercado aflora, sin embargo, en los “*principios generales en materia de competencia*” (vid. Libro Tercero, Título I, artículo 310-1): “*Las normas de competencia tienen por objeto garantizar, preservar y fomentar el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios*”.

Pero, en general, falta un anclaje constitucional más pleno y expresivo del Proyecto en lo concerniente a la dimensión social de la Constitución económica. Y esto tiene y puede tener consecuencias importantes en este y en otros contextos históricos y sociales distintos, más evolucionados, más conflictivos o imprevisibles. Así, en un tema o materia de tanta relevancia constitucional como es la empresa no aflora la dimensión social que a esta imprime el paradigma normativo y axiológico de la

Constitución económica en su conjunto, tanto en lo relativo al modelo constitucional de empresa en sí, como en lo concerniente a su función económica y social, a la responsabilidad social que debe asumir en la sociedad y también en lo que se refiere a los deberes de conducta ética en el mercado. La empresa solo es contemplada como valor patrimonial cambio objeto de tráfico en el mercado; pero no tanto como valor económico y social de explotación, fuente y depósito de la riqueza del país (y de puestos de trabajo!), lo que ya supone alargar la vista (más allá de su concepto legal, art. 131-1) a horizontes más elevados y amplios donde anida el interés general y el bien común de la sociedad (art.128 CE). ¿No debiera también el codificador mercantil hacer una lectura constitucional más profunda y audaz de cuanto significa socialmente el mercado y la empresa para el bien común y para el cambio social dentro de un “orden económico y social más justo” y una “sociedad democrática más avanzada”?

El propio codificador explica que el Código proyectado no obedece a la necesidad de adecuación y congruencia constitucional del ordenamiento mercantil, sino más bien, sobre todo, a la de integrar la materia mercantil y los sujetos económicos en la nueva categoría sistemática del mercado. Bien entendido que este es entendido y valorado como único elemento o categoría de su particular paradigma normativo, el cual significa que este es concebido y presentado, sin ambages, tomando la parte como el todo, siendo que, en realidad, el mercado es solo un fragmento del paradigma constitucional, lo que parece dar a entender el desentendimiento del Proyecto respecto de la dimensión social de la economía de mercado; con ello deja traslucir su concepción liberal-capitalista del mercado.

En efecto, la concepción de mercado que parece albergar el Proyecto solo es funcional al acotamiento de la materia mercantil que regula; se emplea como mero concepto técnico-jurídico; pero no como concepto normativo socialmente abierto o como categoría compleja integrada en el paradigma constitucional. Para el Código en proyecto la Constitución económica parece agotarse en el mercado entendido simplemente como estructura técnica de la Economía, y en la libertad de mercado y de negociación como derecho de los operadores económicos. Pero cuesta ver en su texto —si quiera sea en forma de *cláusulas generales*— los límites y vínculos que la Constitución económica de forma explícita e implícita permite establecer al funcionamiento del mercado y a la libertad económica y negocial de los operadores económicos: diseños constitucionales de “cláusulas generales” que establecieran límites a la generalizada *dispositividad* de las normas y a los poderes privados beneficiarios de esta; vínculos institucionales y sociales, principios directrices y principios regulativos que duermen en el lecho constitucional a la espera de que el legislador (mercantil) los levante y disponga de ellos para así coadyuvar a un más justo funcionamiento del mercado y un modo de emprender y negociar de los operadores económicos también socialmente más responsable y acorde con los intereses de la sociedad e incluso con los derechos sociales. Es preciso que la dimensión y contenido sociales de nuestra Constitución económica deje de ser considerada como un “*elemento de desorden en un mundo que sin ellos sería gobernado con más armonía*” (Stefano Rodotà³¹). Habría que

³¹ Vid. *El derecho a tener derechos*, Ed. Trotta, Madrid, 2014.

recordar, entonces, que la misión del constitucionalismo social, al que corresponde nuestra Constitución, es la de “*acoger el conflicto social*”³². De ahí su reconocido carácter pacticio fruto del otrora celebrado consenso constitucional.

Es revelador a este respecto que el Proyecto haya evacuado toda la normativa de protección de los consumidores y usuarios —que toma su “sangre” de la Constitución económica—, pese a reconocerse que la contratación con consumidores y usuarios es también “materia mercantil” (vid. Exposición de Motivos, I-13).

¿Qué resultado o conclusión habría que sacar en términos de legitimidad constitucional sustancial del modelo de Derecho mercantil considerado en el Proyecto de Código Mercantil? Para responder a esta pregunta habría que ponderar, con la Constitución en la mano, el significado institucional y la función normativa que esta concede al mercado. En efecto, el mercado es, primariamente, una *categoría normativa institucional* del orden jurídico constitucional. No es simple o asépticamente la “voz” que reúne en el “cerca” mercantil a todos los operadores económicos y a cuantos actos realicen en ese ámbito o lugar económico al que esta voz convoca. El mercado no puede ser contemplado solo por su “efecto llamada” de sujetos y actos mercantiles (criterio delimitador e integrador de la materia mercantil y criterio atributivo de competencia legislativa estatal). El mercado es, cualquiera que sea el sector del ordenamiento jurídico, un lugar económico y social —institucional, por demás—, un espacio abierto de confluencia y combinación de intereses privados y sociales, sin descartar el interés público; es, sobre todo, el lugar institucional destinado a realizar (o no) el interés general y comunitario, el cual ha de ser interpretado por el Estado y por la sociedad conforme a la Constitución. ¿Cabe dudar que el mercado es y debe ser también uno de los espacios para la Política y no solo para la Economía? Quizás por eso la *regla general de dispositividad normativa* en materia contractual de la que hace gala el Proyecto (vid. Exposición de Motivos, I-37) merecería alguna matización interpretativa conforme a la Constitución. ¿Es exagerado pensar que las libertades económicas y negociales se identifican y ejercitan en el mercado como poderes económicos privados no pocas veces ejercitados de forma ilícita, por abusiva o antisocial? ¿No sería oportuno embridar la regulación jurídica de las libertades económicas con una más estricta interpretación de la eficacia dispositiva de las normas contractuales que, enlazando con el art. 7.2 CC, garantizara más ajustadamente la sujeción de las relaciones jurídicas en el mercado al paradigma normativo constitucional?

Finalmente, conviene vigilar el grado y calidad de la *congruencia interna del ordenamiento mercantil* en tanto que integrado en la Constitución económica material. La cuestión que en este sentido se podría plantear se refiere a las incongruencias que pudieran albergarse en el contenido mercantil de la Constitución económica material como consecuencia de la confluencia de normas mercantiles o normas públicas reguladoras de la materia mercantil correspondientes a “códigos” normativos y culturales de diverso signo político-jurídico. Me refiero, de un lado, a la abundante e importante legislación pública y privada pre- y postconstitucional conformadora de

³² Vid. Cantaro, A., cit., nota 22.

una Constitución económica material que, en palabras de Aurelio Menéndez, “muestra los rasgos propios de una economía que ha superado ya el marco estrictamente liberal”³³; y de otro lado, a la normativa del Código en proyecto de cuño más estrictamente liberal. En tanto se mantengan aquellas en vigor o incluso se promulguen otras nuevas en una dirección más reguladora del mercado y lleguen a convivir con la normativa del “Código de la economía liberal” se podría quebrar la unidad del sistema jurídico mercantil en su conjunto, lo que supondría, en cierto modo, un importante desajuste en la primera Codificación mercantil del siglo XXI. De ahí la importancia que en la tarea codificadora mercantil tiene la función normativa del paradigma constitucional.

³³ Vid. cit., pág.23.

LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL NUEVO CÓDIGO MERCANTIL: ADECUACIÓN A LAS EXIGENCIAS DE LA MODERNA ECONOMÍA CREDITICIA

MARTA GARCÍA MANDALONIZ*

Resumen

La cesión de créditos es el sustento jurídico habitual para operar en el mercado a través de figuras contractuales aptas para la financiación empresarial, como son el factoring, el descuento, el forfaiting o la titulización de activos. La moderna economía crediticia está basada en la cesión de los créditos. Regímenes jurídicos para la cesión incluyeron los textos codificados decimonónicos, pensando en una movilización singular de un crédito existente, con causa en un contrato de compraventa. La falta de acomodación de esta arcaica regulación a las necesidades del presente es susceptible de dificultar en la praxis los procesos de cesión en un contexto nacional y transnacional, provocando incertidumbre e inseguridad jurídica. La regulación general y especial que plantea para esta temática el proyectado Código Mercantil tiene la virtud de adecuarse a los requerimientos de nuestra economía crediticia siguiendo el camino marcado por las iniciativas académicas proclives a un Derecho contractual europeo. No obstante, la posible aprobación de esta nueva codificación acrecentará las divergencias o contradicciones entre el naciente régimen jurídico de la cesión de los créditos mercantiles y el vetusto de la cesión de los créditos civiles. Por una unificación sectorial mediante la aprobación de un único Código de obligaciones y contratos abogamos con el propósito de lograr una normativa uniforme adaptada a las circunstancias y necesidades del tráfico económico actual.

Contenido

1. La cesión de créditos en la moderna economía crediticia. – 2. La inadecuación de los regímenes codificados decimonónicos de cesión de créditos a las exigencias de la moderna economía crediticia. – 2.1. La necesidad de superar divergencias interpretativas respecto de la eficacia de la cesión de créditos. – 2.2. La necesidad de superar la cesión singular de créditos existentes. – 2.3. La necesidad de superar el enlace

* Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. La autora quisiera dejar anotado que el presente trabajo de investigación supone un extracto reformulado, actualizado, restringido al Derecho interno y cerrado a 30 de diciembre de 2014 de la siguiente publicación: GARCÍA MANDALONIZ, M., “La cesión de créditos en el comercio internacional: la necesidad del Derecho uniforme y la insuficiencia de las convenciones internacionales”, CEFlegal. Revista Práctica de Derecho, nº 170, 2015 (en prensa). A su vez, el texto de la publicación en prensa es una actualización y ampliación de la ponencia que la autora pronunció, el 5 de noviembre de 2009, en el Congreso internacional “Contratación y arbitraje mercantil internacional”, celebrado en la Universidad de la Rioja bajo la co-dirección de las profesoras PERALES VISCASILLAS y PÉREZ ESCALONA, a quienes desde aquí agradezco su amable invitación.

de la cesión de créditos con la compraventa. – 3. La adecuación de las propuestas de nuevos regímenes codificados de cesión de créditos a las exigencias de la moderna economía crediticia. – 3.1. La propuesta de código civil en línea con las iniciativas académicas de derecho contractual europeo. – 3.2. Las propuestas de código mercantil: regímenes general y especial de cesión de créditos. – 4. La necesidad de unificar las propuestas de los regímenes codificados civil y mercantil mediante un código de obligaciones y contratos.

No dejes que tus alas de libertad pierdan una sola pluma.
Anónimo.

En homenaje a mi maestro,
el profesor Rafael ILLESCAS ORTIZ*.

1. LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN LA MODERNA ECONOMÍA CREDITICIA

La economía mercantil es una economía crediticia¹. “El comercio sin el crédito arrastraría una vida miserable”². Haciéndonos eco de las sabias palabras del maestro GARRIGUES, “[l]a exigibilidad “desde luego” de la obligación pura, es decir, inmediatamente después de contraída, según el Derecho civil (art. 1.113 del Cc), es inconciliable con las conveniencias del tráfico mercantil, donde generalmente se opera a base de crédito, es decir, sobre la base de que la contraprestación no sea inmediata a la prestación”³. El matiz en la definición de “crédito” llegó cuando el ilustre profesor precisó que “toda operación de crédito implica el diferimiento de la prestación del deudor y, por tanto, un plazo. Pero no toda concesión de plazo supone el otorgamiento de crédito. Para que exista éste se requiere el transferimiento de la propiedad de un valor

* Por enseñarme con maestría la materia de contratos mercantiles en mi último curso de la Licenciatura de Derecho; por apoyarme en una beca de colaboración para cursar el Máster de Derecho de la Unión Europea; por confiar en que podría encontrar, solicitar y obtener en apenas cuatro meses una beca de investigación FPI nacional o autonómica con la que realizar el Doctorado; por abrirme la “puerta” del área de Derecho mercantil que poco tiempo atrás había sido formado en la Universidad Carlos III de Madrid; por sugerirme que estudiara las PYMES, que tantos años después siguen acompañando mis pasos; por tutelar mi Tesis Doctoral con interesantes observaciones y escasas correcciones; por darme aliento en cada tramo de la promoción de mi carrera universitaria; por no escuchar de ti ni una negativa ni un silencio ante mis solicitudes; por tener charlas de despacho y de pasillo siempre sin una mala palabra, sin un mal gesto; por darme “alas” durante cerca de dos décadas para “volar” con libertad por el mundo académico, muchas gracias Rafael.

¹ “La economía moderna es esencialmente crediticia, y [...] en ella el crédito se ha convertido en la palanca fundamental de su dinamicidad interna”, comentarían, antes que nosotros, BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, 19ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, p. 451.

² Vid. BENITO, L., *Las bases del Derecho mercantil*, Manuales Soler nº XXXIV, Sucesores de Manuel Soler, Barcelona, 1903, p. 145.

³ Palabras redactadas en: GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J., *Curso de Derecho mercantil*, 7ª ed., T. II, Silverio Aguirre Torres, Madrid, 1976-1980, p. 6.

económico y el aplazamiento de la prestación equivalente a la propiedad que se adquiere”⁴.

Por gozar de valor patrimonial, los créditos son susceptibles de ser cedidos⁵, salvo que por causa legal, personal o convencional se disponga lo contrario⁶, de acuerdo al principio formulado en el artículo 1112 de nuestro Código Civil (Cc)⁷. Por “cesión” se entiende la transmisión inter vivos por la que se opera un cambio de acreedor⁸. Sabido es que la cesión se efectúa mediante un acuerdo entre el acreedor primitivo (convertido en cedente) y un tercero (el nuevo acreedor o cesionario) que ocupa en un esquema triangular la posición que tenía el primero frente al deudor cedido⁹.

Tanto en el comercio interno como en el internacional el recurso a la cesión de créditos, como técnica para operar en el mercado a través de mecanismos aptos para la financiación del tejido empresarial, viene siendo habitual. Las frecuentes operaciones de factoring¹⁰, forfaiting¹¹, descuento bancario¹² o titulización¹³ generalmente emplean

⁴ Vid. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J., *Instituciones de Derecho mercantil*, 5ª ed., Silverio Aguirre Torres, Madrid, 1953, p. 420.

⁵ Según señalaran BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, op. cit., p. 451, “el crédito, como cualquier otro derecho que no posee un carácter estrictamente personal, posee un valor que debe someterse a circulación, porque la economía moderna exige la transmisión de todo lo que implique un valor patrimonial”.

⁶ La intransmisibilidad puede proceder, en efecto, de causa personal, legal o convencional, según precisara CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral, T. III, Derecho de obligaciones, la obligación y el contrato en general*, 17ª ed., Reus, Madrid, 2008, p. 394.

⁷ Cuyo tenor literal es el que sigue: “todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiera pactado lo contrario”. Bien que en alguna ocasión se ha calificado a la regla contenida en este precepto de superflua e innecesaria, aseveró con razón LASARTE, C., *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II*, 17ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 175, que “el valor propio de dicho artículo radica tanto en lo que afirma expresamente, cuanto en el hecho de que, hasta el preciso momento de la codificación, incluso los autores más atentos a la realidad práctica ponían en duda la posibilidad de que los créditos fueran transmisibles sin producirse una novación propia o extintiva de la relación obligatoria preexistente. Por consiguiente, el significado propio del artículo es también importante por cuanto no dice: por romper con los esquemas romanistas de que la posición de las partes en la relación obligatoria era intransmisible”. Por lo que hace a esta tradición romanista, léase, de modo conciso: DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, vol. II, Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Madrid: Thomson-Civitas, 2008, pp. 138, 978; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Cesión de créditos*, en VV.AA., *Código europeo de contratos: Libro I: De los contratos en general, Libro II, Título I: De la Compraventa*, ACADEMIA DE PAVÍA, DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L. y ROGEL VIDE, C., Reus, Madrid, junio 2009, p. 483; ROCA SASTRE, R. Mª., *Derecho hipotecario, T. IV, Hipotecas*, 5ª ed., Bosch, Barcelona, 1954, p. 568 y, en especial, la nota a pie de página nº 2.

⁸ Vid. ESPÍN, D., *Manual de Derecho civil español, Vol. III, Obligaciones y contratos*, 6ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, p. 232. Además, vid., ad ex., DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos* (vol. II)..., op. cit., p. 970.

⁹ Vid. ESPÍN, D., *Manual...*, op. cit., pp. 233-234. En análogo sentido, interesa el concepto que ofreció PANTALEÓN PRIETO, F., “Cesión de créditos”, ADC, T. XLI, Fascículo IV, 1988, p. 1034.

¹⁰ En la definición que proporcionara GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring y cesión de créditos*, Civitas, Madrid, 1995 (también en 2º ed. de 1996), p. 39, el factoring es “un contrato por el cual un empresario transmite [...] los créditos comerciales que ostenta frente a su clientela a otro empresario especializado [...], que se compromete a cambio a prestar una serie de servicios respecto de los mismos”. Con concreción, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., *El contrato de factoring*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 48, propuso conceptualizar esta figura como “aquella operación por la cual un empresario transmite en exclusiva los créditos que frente a terceros tiene como consecuencia de su actividad mercantil a un factor, el cual se encarga de la gestión y contabilización de tales créditos, pudiendo asumir el riesgo de insolvencia de los deudores de los créditos cedidos, así como la movilización de tales créditos mediante el anticipo de los mismos a favor de su cliente; servicios

como cauce jurídico una cesión de créditos. Ciertamente es que no todos los países del sistema jurídico romano utilizan la cesión como vehículo a través del cual canalizar las citadas operaciones financieras. El Derecho belga se inclina por el “*endossement de la facture*” y el gallo acude a la “*subrogation conventionnelle*”, pese a las rigideces que este último régimen entraña¹⁴. Precisamente, esa falta de flexibilidad se ha erigido en la

prestados a cambio de la remuneración económica [...] a cargo del cliente y a favor de su factor”. El concepto transcrito del profesor GARCÍA-CRUCES es acogido en su literalidad por: LISOPRAWSKI, S. V. y GERSCOVICH, C. G., *Factoring. Análisis integral del negocio. Aspectos legales, comerciales y operativos. Financiamiento de las PYMES. Modelos de contrato*, Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 15-16, con la única puntualización de que la transmisión puede ser “con o sin exclusividad”. Además de los trabajos citados, cabe resaltar estas obras monográficas en la temática: GARCÍA VILLAVERDE, R. (coord.), *El contrato de factoring*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, 606 pp.; ROCA GUILLAMÓN, J., *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho privado español* (Con un apéndice de Derecho fiscal), EDESA, Madrid, 1977, 155 pp.

¹¹Grosso modo, el *forfaiting* (del vocablo francés “*forfait*”) es una cesión sin recurso (cesión en pago) utilizada en operaciones internacionales de exportación. En la definición de SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contratos para la financiación y garantía del comercio internacional*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 98, el cesionario o *forfaiter* adquiere un crédito comercial, usualmente de elevado importe, con vencimiento a medio o largo plazo, emitido en pago de exportaciones y sin recurso o sin regreso contra el cedente. Por ser sin recurso, el cedente queda liberado de cualquier responsabilidad sobre su pago, salvo fraude. A diferencia del *factoring*, en el *forfaiting* la cesión no se ve acompañada de otras prestaciones accesorias. Unos apuntes sobre el nacimiento, evolución, elementos centrales del contrato de *forfaiting* y sus diferencias con instituciones afines pueden leerse, *verbigratia*, en: *Ibidem*, pp. 74-76, 98-107. Para obtener mayores detalles en torno al origen y las características de esta figura, *vid.*, ad ex., DELLANTONIO, D., *Forfaiting: análisis y perspectivas*, ICEX, Madrid, 2002, 235 pp.

¹²DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos (vol. II)...*, *op. cit.*, pp. 972-973, aludió al descuento cuando observó la cesión de créditos con función de financiación. El adecuado y aligerado concepto de “descuento” que ofreció GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J., *Curso...*, *op. cit.*, pp. 94-95, fue éste: “transmisión al Banco de letras de cambio, cuyo importe se anticipa al tenedor, previo el descuento de una cantidad equivalente al interés de la cantidad que se anticipa durante el tiempo que falta para el vencimiento de la letra”. En suma, es la anticipación del importe de un crédito que aún no ha vencido. En virtud de este contrato –encajable en la categoría de los negocios de intercambio de bienes o cosas por dinero efectivo–, el banco (descontante) anticipa a su cliente (cedente o descontatario) el importe de un crédito no vencido que éste ostenta frente a un tercero, deduciendo los intereses correspondientes al tiempo que falta para su vencimiento y recibiendo aquél, a cambio, la titularidad del crédito cedido (STS 21 de marzo de 1988 y 1 de febrero de 1989). Sobre esta amplia materia, léanse, *verbigratia*: DE CASTRO, J. L., “Contrato de descuento”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 1573 y ss.; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *El contrato bancario de descuento*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1990, 1001 pp. Las diferencias entre el contrato de *factoring* y el descuento comercial se ilustran en: GARCÍA SOLÉ, F., “Capítulo 4. Derecho español. El *factoring* en la práctica. Aspectos generales”, en VV.AA., *El contrato de factoring*, GARCÍA VILLAVERDE, R. (coord.), McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 245-246.

¹³Una definición propia referida al término “*titulización*” quedó recogida en: GARCÍA MANDALONIZ, M., *La financiación de las PYMES*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 222, en los siguientes términos: “La *titulización* es “*prima facie*” una versión compleja y “*sui generis*” de cesión de créditos que se conecta con la conversión de los mismos en valores negociables. De manera específica, es el proceso de ingeniería y desintermediación financiera mediante el cual una entidad acreedora cede sus derechos de crédito actuales y, bajo determinadas condiciones, futuros a un ente independiente y sin personalidad jurídica que, previa mejora y calificación crediticia, los transforma en valores que, por regla general, son negociables en un mercado secundario oficial”. En torno al proceso financiero de *titulización*, se encuentra información minuciosa y precisa en: CASTILLA CUBILLAS, M., *Titulización de créditos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2002, 352 pp.

¹⁴Con ocasión del examen del *factoring* efectuó GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring...*, *op. cit.*, pp. 53-56, se puso de manifiesto cómo en España “el instrumento jurídico al que acuden los contratos de *factoring* para canalizar la transmisión de los créditos del empresario a la entidad de *factoring* no es otro que la figura de la cesión de créditos” (p. 53), añadiendo, a continuación, que “no faltan Ordenamientos cercanos al nuestro en los que el contrato de

razón principal por la que la subrogación no es la técnica generalizada ni para el factoring ni para otras fórmulas financieras en las normativas y prácticas española o comparada de Suiza, Italia o Alemania¹⁵. Valga la redundancia, en el campo financiero el protagonismo ha sido “cedido” a favor de la cesión de créditos. La economía crediticia actual es una economía basada en la cesión de créditos.

2. LA INADECUACIÓN DE LOS RÉGIMENES CODIFICADOS DECIMONÓNICOS DE CESIÓN DE CRÉDITOS A LAS EXIGENCIAS DE LA MODERNA ECONOMÍA CREDITICIA

Regímenes jurídicos para la cesión ordinaria de los créditos incluyeron los textos codificados del siglo XIX, influenciados por la codificación napoleónica. En España el primer Código de Comercio, decretado el 30 de mayo de 1829, insertó unas reglas específicas en los artículos 382 a 385 dentro del Libro II, Título III relativo a las compras y ventas mercantiles. Desde finales del siglo XIX hasta la actualidad nuestra regulación al respecto se ha articulado de forma doble. Son los artículos 347 y 348 del Código de Comercio de 1885 (Cco), de un lado, y los artículos 1526 a 1536 del Cc de 1889, de otro, los encargados de recoger todavía unas normas para la cesión crediticia mercantil o civil, respectivamente. Esta duplicidad jurídica no provoca disparidades debido a su substancial identidad¹⁶, si bien puede inducir a redundancias. Ni agilidad ni simplicidad ni autonomía ni seguridad se consiguen, sin embargo, con una u otra normativa decimonónica¹⁷.

factoring se ha servido para su desarrollo y consolidación de otros instrumentos distintos al de la cesión. Así, en el Derecho francés [...] las entidades de factoring han solido acudir tradicionalmente al mecanismo de la subrogación” (pp. 54-55). No obstante, en opinión de este autor (también en la nuestra), “la subrogación voluntaria o convencional se presenta en este ámbito como un instrumento bastante rígido y defectuoso, incapaz por su propia esencia de amoldarse a la variedad funcional y tipológica del contrato de factoring, y [...] ha de ceder lógicamente ante la cesión de créditos en aquellos Ordenamientos que [...] no someten a ésta a unas formalidades demasiado gravosas y exigentes” (p. 56). Léase, asimismo, PAPEIANS DE MORCHOVEN, J.-C., “UNIDROIT Convention on international factoring and its implementation in french law and belgian law”, *RDAI/IBLJ*, nº 7, 1996, p. 845. Para los Derechos galo y belga, léanse unas muy someras anotaciones en: CAMACHO, M^a. E., “Problemáticas jurídicas del contrato de factoring, asociadas a su construcción dogmática a partir de la figura de la cesión de créditos (con particular atención a la experiencia italiana)”, *Revista E-Mercatoria*, nº 1, vol. 10, enero-junio 2011, pp. 6-7; CAMACHO, M^a. E., “Relieves prácticos de la prevalencia de una determinada causa en el factoring”, *Revista E-Mercatoria*, nº 1, vol. 11, enero-junio 2012, p. 335.

¹⁵ Según recuerdan, por ejemplo: Ibídem, p. 335; ROCA GUILLAMÓN, J., *El contrato de factoring...*, *op. cit.*, pp. 20, 80.

¹⁶ Vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring...*, *op. cit.*, pp. 53-54 y, en especial, su nota a pie de página nº 30.

¹⁷ Para BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, p. 451, la “vieja institución civil de la cesión de créditos no procuraba” ni seguridad ni facilidad, “ni atribuía un suficiente grado de tranquilidad al adquirente”. También expondría URÍA, R., *Derecho mercantil*, 27^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 904, que “el cauce tradicional de la cesión resulta un tanto lento e inseguro”. En términos similares, SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. II, 36^a ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, p. 110, harían alusión a la necesidad “de proteger la circulación [...] con una rapidez y una seguridad que la simple cesión del derecho no puede dar”. Por su parte, VICENT CHULIA, F., *Introducción al Derecho mercantil*, vol. II,

En toda cesión, salvo la que se hace *donationis causa sin carga*¹⁸ o la que se cede el crédito como dudoso¹⁹, se obliga al cedente a responder de la existencia y la legitimidad del crédito (*veritas nominis*), así como de la personalidad con la que se hace la cesión. “Existencia”, en cuanto que el crédito ha de tener realidad objetiva y poseer las características acordadas; “legitimidad”, en relación a la titularidad y a la posibilidad, en su caso, de reclamación del crédito²⁰. En realidad, respecto a la expresión “legitimidad del crédito” no parece haber acuerdo en la doctrina más autorizada. Frente a quienes opinan que alude a un crédito que no adolezca de vicios, están quienes consideran que debe tratarse de un crédito perteneciente al cedente, en posesión de todas las facultades para su transmisión²¹. De lo que, en cambio, no responde el cedente es de la solvencia del deudor (*bonitas nominis*), salvo pacto en contra, en sintonía con la mayoría de los Códigos de los países de nuestro entorno²², así como del precedente mercantil patrio de 1829²³. Aparte de la estipulación en contrario, la responsabilidad del cedente en caso de insolvencia anterior y pública se incluye en Códigos hispanoamericanos, como el puertorriqueño o el argentino²⁴, por inspiración del español. Aquí el cedente ha de responder objetivamente de la *bonitas nominis* siempre que la insolvencia sea pública y anterior a la cesión, aun cuando su actuación pueda calificarse de buena fe. Si, en vez de buena, hubiera mala fe respondería por los daños y perjuicios ocasionados, en los términos del párrafo tercero del artículo 1529 Cc²⁵. Una vez cedido, el crédito queda vinculado por sus antecedentes, sin adquirir el cesionario un derecho autónomo. Su derecho es derivativo, ligado a “su origen y su sucesiva historia”²⁶. Le son oponibles, en consecuencia, las excepciones personales y la compensación anterior al momento en que el deudor conoce una cesión realizada sin su consentimiento (art. 1198 Cc a contrario), aun cuando en caso de oponibilidad pueda

23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 1996, se referiría a “las dificultades que presenta la cesión de derechos”, citando a la STS 26 de abril de 1991 (RJ 1991, 3062).

¹⁸ Artículo 638 Cc.

¹⁹ Artículo 1529, párrafo primero Cc.

²⁰ Por todos, vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil...*, op. cit., p. 396-397.

²¹ Conforme relataron DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 9ª ed., 5ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 2005, p. 238.

²² Artículos 348 Cco y 1529 y 1530 Cc, en concordancia con el artículo 1267 ab initio Codice civile italiano: “Il cedente non risponde della solvenza del debitore”. El hecho de que no se es responsable de la *bonitas nominis*, salvo pacto en contrario, lo recogió además del italiano, el francés (arts. 1694 y 1695 Code Civil), el suizo (art. 171.2 Code des obligations) o el portugués (art. 587 párrafo 2º).

²³ El artículo 384 de nuestro Código de Comercio de 1829 no hizo responsable al cedente de la solvencia del deudor, a menos que hubiera estipulación expresa en contrario. Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1851 incorporó esta previsión en el artículo 1460 in fine.

²⁴ Artículo 1419 del Código de Puerto Rico y artículo 1476 del Código de Argentina.

²⁵ NAVARRO PÉREZ, J. L., *La cesión de créditos en el Derecho civil español*, 2ª ed., Ibarra de Arce, Córdoba, 1998, pp. 255-261; TORRALBA SORIANO, V., “La responsabilidad del cedente por insolvencia anterior y pública del deudor cedido (estudio histórico-crítico)”, en VV.AA., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro*, COBO DEL ROSAL, M. (ed.), Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, Valencia, 1974, pp. 470-473, apoyaron la responsabilidad objetiva de la *bonitas nominis* en el supuesto de la insolvencia pública y anterior. En el caso de un “vendedor de mala fe responderá [...] del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios”.

²⁶ En palabras de JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., “La circulación de la letra”, en VV.AA., *Derecho mercantil*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.), T. II, 14ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 59.

deducirse del artículo 1158.2 Cc que el cesionario tiene derecho a ser reembolsado por el cedente²⁷.

2.1. La necesidad de superar divergencias interpretativas respecto de la eficacia de la cesión de créditos

En un complejo procedimiento²⁸ cada cesión conlleva la redacción de un nuevo documento entre el cedente y el cesionario. Aparte del acuerdo entre el acreedor cedente y el cesionario es necesario el conocimiento –que no el consentimiento– del deudor²⁹. El conocimiento del deudor se obtiene usualmente previa notificación por engendrar mayor seguridad. No obstante, conocimiento y notificación no son sinónimos. Nuestra codificación emplea el término “conocimiento” sin imponer la notificación judicial o notarial³⁰. Ejemplos válidos de medios distintos a la notificación serían los documentos públicos o los títulos de pertenencia del crédito en poder del cesionario (art. 1464 Cc)³¹. La notificación sería incluso renunciable mediante escritura pública para la cesión de los créditos garantizados con hipoteca, según dispone el artículo 242, en correspondencia con el precepto siguiente, del Reglamento hipotecario³². Esta renuncia es una práctica extendida en el momento de la constitución del crédito hipotecario, que resulta válida si es negociada individualmente entre las partes³³. Aun sin renuncia, la revisión de la redacción del artículo 149 de la Ley Hipotecaria³⁴, acaecida mediante la Ley 41/2007³⁵,

²⁷ Vid. LOJENDIO OSBORNE, I., “Proyecto de convención internacional sobre cesión de créditos”, en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil: Homenaje al profesor Justino F. Duque*, Vol. II, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, pp. 1260-1261.

²⁸ De “complejos y poco satisfactorios” calificaría JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., “La circulación...”, *op. cit.*, p. 59, a los procedimientos establecidos para la transmisión de los créditos en el Derecho común y en el Derecho mercantil.

²⁹ Ello según lo que disponen los artículos 347 Cco y 1527 Cc. Previamente, el artículo 382 del Código de Comercio de 1829 contempló, como vía alternativa al conocimiento mediante la notificación, el consentimiento extrajudicial del deudor para que la cesión de los créditos le fuera eficaz.

³⁰ Vid. ROCA SASTRE, R. M^a., *Derecho hipotecario...*, *op. cit.*, p. 578.

³¹ Vid. ANDERSON, M., *La cesión de créditos hipotecarios. (Requisitos para la transmisión-adquisición)*, CEDECS. Derecho Privado, Barcelona, 1999, p. 107.

³² Aprobado el Reglamento Hipotecario mediante Decreto de 14 de febrero de 1947 (BOE nº 106, 16 abril 1947, pp. 2238-2239 [RCL 1947, 3843]). Sobre la renuncia en escritura pública al derecho a ser notificado que recoge el artículo 242, vid. Díez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema...*, *op. cit.*, pp. 237-238; ROCA SASTRE, R. M^a., *Derecho hipotecario...*, *op. cit.*, p. 573. Por su parte, MADRIDEJOS SARASOLA, J., “La cesión de créditos”, *RDN*, nº XXXII, año IX, abril-junio 1961, p. 393 y, en especial, en nota a pie de página nº 28, señaló que del citado artículo 242, en conjunción con el 149 del mismo texto, “parece desprenderse que para inscribir la cesión del crédito hipotecario es necesario acreditar el conocimiento por el deudor [...] mediante notificación judicial o notarial”, aun cuando luego puntualizó que “el art. 243 del Reglamento aclara que la omisión de este requisito no es obstáculo para la inscripción”. En igual sentido, se pronunció ROCA SASTRE, R. M^a., *Derecho hipotecario...*, *op. cit.*, p. 574.

³³ Tal y como apuntó REPRESA POLO, M^a. P., “Eficacia de la cesión frente al deudor cedido: las condiciones del pago liberatorio”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, mayo 2009, p. 17, puntualizando, a continuación, los problemas de abusividad que puede plantear cuando tal renuncia aparece en un contrato celebrado mediante condiciones generales. Asimismo, en: REPRESA POLO, M^a. P., *La cesión de créditos: eficacia entre las partes y respecto a terceros*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 47; citando a: BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2009, p. 645.

³⁴ Ley Hipotecaria, aprobada mediante Decreto de 8 de febrero de 1946 (BOE nº 58, 27 febrero 1946).

posibilita mantener que la inscripción de la cesión en el Registro de la Propiedad hace las veces de la notificación³⁶. Si antes de la reforma se exigía que la cesión se realizara en escritura pública de la que se diera conocimiento al deudor y se inscribiera en el Registro de la Propiedad, con la reforma se suprimió la referencia a dar conocimiento. La inscripción registral sería prueba suficiente para la presunción del conocimiento de la cesión del crédito hipotecario por parte del deudor³⁷.

Profundas divergencias substanciales e interpretativas aparecen a la hora de desentrañar la eficacia de la cesión de los créditos en general frente al deudor y los terceros en un análisis de Derecho comparado e, incluso, de nuestro Derecho interno.

En el país germano o en el austriaco la eficacia erga omnes se produce desde el consentimiento entre el cedente y el cesionario. La comunicación al deudor cedido sólo opera en relación con el poder liberatorio del pago, esto es, si no lo conoce queda liberado pagando al acreedor original o cedente. Desde el conocimiento, para liberarse el deudor debe pagar a quien, como cesionario, pasa a ocupar la nueva posición acreedora. En tanto no exista ese conocimiento, reiteramos que el pago de buena fe al cedente o acreedor original es liberatorio para el deudor. Prueba de que ha existido conocimiento hay cuando ha habido notificación o cuando se ha presentado al deudor el título de la cesión, conforme al párrafo 409 del BGB³⁸. Pero, en ningún caso para la eficacia se alza en conditio sine qua non esta comunicación, así como tampoco ninguna otra formalidad.

En la codificación del país galo, en cambio, la eficacia de la cesión frente al deudor se ha subordinado a la notificación en “acto auténtico” o mediante agente judicial o a la aceptación del deudor mediante escritura pública³⁹. Entre el cedente y el cesionario el crédito se transfiere desde el consentimiento de los contratantes, en cuanto que la perfección es consensual inter partes, pero mientras la cesión no sea notificada o aceptada formalmente no produce efecto alguno frente al deudor, aunque luego la jurisprudencia ha ido admitiendo la notificación con independencia de la forma realizada y la aceptación no recogida en documento auténtico⁴⁰.

En línea con el sistema formalista francés pareciera ab initio manifestarse el Codice civile italiano en el párrafo primero del artículo 1264⁴¹ —“La cessione ha effetto nei confronti del debitore ceduto quando quest il’ha accettata o quando gli è stata

³⁵ Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero (BOE nº 294, 8 diciembre 2007, pp. 50593-50614 [2007, 21086]).

³⁶ Como defendió REPRESA POLO, M^a. P., “Eficacia de la cesión...”, *op. cit.*, pp. 14-17.

³⁷ *Ibidem*, p. 16.

³⁸ Libro II, Sección 5^a.

³⁹ El artículo 1690 del Código francés (Libro III. Título VI. Capítulo VIII) dispuso que: “Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique”. Quisiéramos insistir en que el rigor propio de esta norma derivó en Francia en el abandono de la cesión de créditos para el desarrollo del factoring y en la acogida del también rígido mecanismo de la subrogación. Vid. *supra* nota a pie de página nº 14. En esta dirección, por lo que hace a la legislación de los Países Bajos, véase el artículo 3:94 del Burgerlijk Wetboek (BW).

⁴⁰ Según lo que anotó REPRESA POLO, M^a. P., “Eficacia de la cesión...”, *op. cit.*, p. 19.

⁴¹ Titulado: “Efficacia della cessione riguardo al debito receduto”.

notificata”–, así como también en el primer párrafo del artículo 1265⁴²: “Se il medesimo crédito ha formato oggetto di più cessioni a persone diverse, prevale la cessione notificata per prima al debitore, o quella che è stata prima accettata dal debitore con atto di data certa, ancorché essasia di data posteriore”. La literalidad de los dos preceptos transcritos ha dado lugar a confusión y discusión en su puesta en conexión con el segundo párrafo del artículo 1264 que vendría a cuestionar el primer párrafo mediante estas palabras: “Tuttavia, anche prima della notificazione, il debitore che paga al cedente non è liberato, se il cessionario prova che il debitore medesimo era a conoscenza dell’avvenuta cessione”. Fruto de ello, la doctrina italiana ha venido defendiendo in fine como postura mayoritaria la de conceder a la cesión eficacia traslativa inmediata frente al deudor, en aproximación al sistema germánico⁴³.

También guardando correspondencia con la concepción germánica y a diferencia de lo que estatuyó nuestro primer Código de Comercio de 1829 en su artículo 382 – haciendo ineficaces en cuanto al deudor las “ventas de créditos” hasta que le fueran notificadas en forma o las consintiera extrajudicialmente– se hallarían nuestros artículos 1527 Cc y 347 Cco. Se producirían plenos efectos desde el acuerdo entre el cedente y el cesionario, sin perjuicio de que el conocimiento de la cesión por parte del deudor se establezca como medio para su protección⁴⁴, en línea con el derecho del deudor a la liberación ex artículo 1164 Cc. Aun siendo éste nuestro parecer, la doctrina, con base en la jurisprudencia, se ha hallado dividida. Una corriente doctrinal⁴⁵ realizó una división en el momento de eficacia de la cesión: entre las partes contratantes surgirían los efectos desde su acuerdo de voluntades, subordinándose la eficacia total al cumplimiento de requisitos formales. Bajo este prisma, la cesión sólo resultaría eficaz frente al deudor cedido desde la notificación y frente a los terceros cuando su fecha conste de modo auténtico y deba tenerse por cierta; de conformidad esto último con el artículo 1526 Cc⁴⁶, que remite a los artículos 1218 y 1227 referentes, respectivamente, al documento público y al documento privado de fecha cierta. Con las remisiones que efectúa el artículo 1526 Cc pareciera estar solicitándose la forma documental solemne para que las

⁴² Efficacia della cessione riguardo ai terzi.

⁴³ Como así nos lo recuerdan PANTALEÓN PRIETO, F., “Cesión...”, *op. cit.*, pp. 1061-1062; REPRESA POLO, M^a. P., “Eficacia de la cesión...”, *op. cit.*, pp. 23-24; REPRESA POLO, M^a. P., *La cesión de créditos...*, *op. cit.*, p. 54.

⁴⁴ Respecto de la protección que al deudor ofrece la notificación, GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J., *Instituciones...*, *op. cit.*, pp. 386-387 –en el análisis que efectuó del artículo 347 Cco– puntualizó que “la notificación al deudor del hecho de la transferencia le perjudica, por cuanto sólo se reputa pago legítimo el que hiciera al nuevo acreedor. La falta de notificación le favorece, por cuanto se libera de su deuda si paga al antiguo acreedor”.

⁴⁵ DIÉZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, vol. I, Introducción, Teoría del contrato, Las relaciones obligatorias*, Madrid: Tecnos, 1970, p. 792 –en un primer momento que luego nos parece que es reconsiderado (vid. infra nota a pie de página nº 49)– o GARCÍA CANTERO, G., “Capítulo VII. De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales”, en VV.AA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XIX, Artículos 1445 a 1541 del Código Civil, ALBALADEJO-DÍAZ ALABART, S., EDERSA, Madrid, 1991, p. 701, argumentaron que la cesión sin conocimiento resultaba ineficaz de cara al deudor cedido. Por su parte, NAVARRO PÉREZ, J. L., *La cesión...*, *op. cit.*, pp. 151 y ss., diferenció, sin titubeos, un doble momento en la eficacia de la cesión, sujetando la plena eficacia al cumplimiento de los requisitos consignados en los artículos 1526 y 1527 Cc.

⁴⁶ Procedente del artículo 1157 del Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851, inspirado en el artículo 1193 del Código suizo de Vaud de 1881.

cesiones produzcan efectos ad extra. El Tribunal Supremo se ha encargado, sin embargo, de admitir la viabilidad de medios de prueba diferentes para demostrar la fecha de un documento privado⁴⁷. Aparte de la forma fehaciente, serían válidos los medios enumerados en el artículo 1215 Cc, esto es, los instrumentos, la confesión, la inspección personal del juez, los peritos, los testigos o las presunciones. Consideramos, además, que no se trata de un requisito de forma documental ad solemnitatem sino ad probationem, desligado de la eficacia⁴⁸ y ligado a la oponibilidad. Con este sostén – amén de con las consideraciones específicas que en torno al conocimiento de la cesión de los créditos hipotecarios hubo ocasión de adelantar–, destacados autores⁴⁹ (a los que desde aquí decidimos sumarnos) indican que la eficacia de la cesión es válida, plena y se despliega de manera inmediata desde el mero intercambio de consentimientos entre el cedente y el cesionario. La eficacia –se subraya– es directa, inmediata o automática entre las partes y frente a los terceros, incluido el deudor cedido.

2.2. La necesidad de superar la cesión singular de créditos existentes

Los textos codificados pensaron en una movilización singular de créditos existentes. Dos siglos después ese “pensamiento” ve mermada su operatividad práctica, no

⁴⁷ Compruébese, entre otras, en las STS 2 diciembre 1952 (RJ 1952, 2426), 29 mayo 1970 (RJ 1970, 3417), 5 junio 1981 (RJ 1981, 2496), 6 julio 1982 (RJ 1982, 4217), 18 noviembre 1983 (RJ 1983, 6488), 5 junio 1986 (RJ 1986, 3289), 25 enero 1988 (RJ 1988, 141), 11 abril 1988 (RJ 1988, 3119) o 25 febrero 1991 (RJ 1991, 1598).

⁴⁸ Así lo consideramos previamente en: GARCÍA MANDALONIZ, M., *La financiación...*, op. cit., p. 229. Antes que nosotros: PANTALEÓN PRIETO, F., “Cesión...”, op. cit., pp. 1099-1100.

⁴⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., “Cesión...”, op. cit., pp. 1064-1070 (también en: “Cesión de créditos”, en VV.AA., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el Mercado Financiero*, ALONSO UREBA- BONARDELL LENZANO-GARCÍA VILLAVERDE, (coords.), Civitas; Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1990, pp. 222-228), puso en entredicho la tesis (comentada supra nota a pie de página nº 45) que sostiene la ineficacia hasta la notificación y el correlativo conocimiento de la cesión por parte del deudor. A su parecer (desde aquí compartido), “debe afirmarse de manera rotunda que la cesión de créditos es también inmediatamente eficaz frente al deudor cedido [...] sin necesidad de que le haya sido notificada, ni de que haya tenido conocimiento de ella por cualquier otro medio” (p. 1065). Por su parte, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos* (vol. II)..., op. cit., p. 981, nos parece que reconsidera su inicial postura (recogida supra nota a pie de página nº 45) y se hace eco de las críticas palabras del profesor PANTALEÓN, al encontrar que “esta tesis tiene evidentemente un fuerte apoyo en el hecho de que la liberación mediante pago al cedente se funda en la falta de conocimiento de la cesión, puesto que, según el Código, se produce antes de tener conocimiento de ella, lo que equivale a la buena fe”. Continuando la estela del profesor PANTALEÓN, GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., *La cesión de créditos. Sistema español de cesión de créditos. (Formación, sistema traslativo y protección del deudor)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 207-209, estima que la cesión es válida y eficaz aunque no se produzcan las circunstancias del artículo 1526. Al respecto, cita las STS 27 febrero 1891 o 18 noviembre 1891 donde la notificación al deudor no se entendió como requisito de eficacia de la cesión. Además, LASARTE, C., *Derecho...*, op. cit., p. 176, indicó que “la cesión del crédito [es] válida y eficaz por el mero consentimiento entre cedente y cesionario”, sin que el conocimiento del deudor que propugna el artículo 1527 Cc suponga “que la perfección del negocio de cesión requiera la notificación al deudor en términos técnicos, ni que la notificación al deudor cedido haya de considerarse un elemento necesario del contrato o negocio de cesión. La ratio legis del artículo 1527 no consiste en establecer los requisitos de la válida cesión, sino en regular el carácter liberatorio en establecer el pago realizado por el deudor al acreedor cedente en el caso de que aquél desconozca la cesión ya realizada”. En la misma línea se pronunciaron, verbigracia, ATAZ LÓPEZ, J., “Comentario a la sentencia de 10 de octubre de 2000”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 55, 2001, pp. 322-323; REPRESA POLO, Mª. P., “Eficacia de la cesión...”, op. cit., pp. 5-7, 14; REPRESA POLO, Mª. P., *La cesión de créditos...*, op. cit., pp. 34, 43; ROCA GUILLAMÓN, J., *El contrato de factoring...*, op. cit., p. 92.

adecuándose con corrección a las necesidades del moderno tráfico económico ni interno ni internacional⁵⁰. El “tempo rápido”, propio del comercio mercantil⁵¹, exige hoy más que nunca una aceleración capaz de movilizar con agilidad una pluralidad de créditos presentes o futuros. Por ello, la doctrina patria, así como la jurisprudencia⁵², ha venido estimando viable tanto las cesiones de los créditos futuros con suficiente y adecuada determinación (ex arts. 1271 y 1273 Cc, a semejanza de la venta de cosa futura) como las cesiones globales de los créditos (art. 1532 Cc)⁵³. Aun así, ha advertido⁵⁴ de la cautela a adoptar cuando se trate de una cesión global de créditos futuros, en tanto el artículo 1526 Cc alude al efecto frente a tercero de la “cesión de un crédito”.

Cualquier atisbo de duda que hubiera podido quedar al respecto quedó solventada para el específico terreno de la titulización de activos tras la aprobación del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo⁵⁵, cuyo artículo 2.1.a) permitió expresamente el proceso de titulización tanto de los derechos de crédito futuros como de los derechos de crédito que ya figurasen en el activo del cedente. La previsión de derogación de este Real Decreto se contempla en el Proyecto de Ley de fomento de la financiación empresarial de 17 de octubre de 2014. En el régimen jurídico general de las titulizaciones de activos que plantea, a modo de refundición⁵⁶, se mantendrá la posibilidad de titular derechos de crédito presentes o futuros. En los términos que esbozaba el artículo 15.1.b) de la primigenia versión del Anteproyecto, datada de 5 de marzo de 2014, el riesgo económico o de variación de los importes de los derechos de

⁵⁰ Aunque no centrado en el Ordenamiento patrio, resaltó el desajuste entre las modernas transacciones financieras comerciales y la disparidad y obsolescencia de los regímenes jurídicos codificados de cesión de créditos BAZINAS, S. V. en las siguientes publicaciones: “An international legal regime for receivables financing: UNCITRAL’s contribution”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, n° 2, vol. 8, 1998, pp. 318-320; “Le projet de Convention de la CNUDCI sur la cession de créances à des fins de financement. Ses objectifs et ses effets sur les autres lois”, *Revue de Droit Bancaire et de la Bourse*, n° 75, septembre-octobre 1999, p. 171; “UNCITRAL Draft Convention on assignment of receivables in international trade. Lowering the cost of credit: the promise in the future UNCITRAL Convention on assignment of receivables in international trade”, *Tul. J. Int’l & Comp. L.*, n° 259, vol. 9, spring 2001, pp. 261-262; “The Convention on international receivables financing”, *UNCITRAL Update*, april-june 2004, p. 19.

⁵¹ Con acierto, GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J., *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 21, se encargó de poner en comparación la rapidez del tráfico mercantil con la “vida de relación de tempo lento” del Derecho civil, “creado para la regulación de actos aislados”.

⁵² El Tribunal Supremo en sentencia de 17 de diciembre de 1994 manifestó que debía admitirse la credibilidad de un crédito futuro, bien que la transmisión de su efectividad sólo operaría cuando el crédito naciera a favor del cedente.

⁵³ Vid., ad ex., GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring...*, *op. cit.*, pp. 76 y ss.; GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., *La cesión de créditos...*, *op. cit.*, p. 207; LOZANO RAMÍREZ, A., “El contrato de factoring: especial referencia a la cesión de créditos”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 1997, pp. 160-165; PANTALEÓN PRIETO, F. “Cesión...”, *op. cit.*, p. 1094.

⁵⁴ Así, GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO VELÁZQUEZ, J., *Contrato de factoring...*, *op. cit.*, pp. 180-193 (de su 2° ed.).

⁵⁵ Por el que se regulan los Fondos de Titulización de Activos y las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización (BOE n° 116, 15 mayo 1998, pp. 16279-16285 [RCL 1998, 11425]). Respecto de este Real Decreto, vid. GARCÍA MANDALONIZ, M., *La financiación...*, *op. cit.*, pp. 250 y ss., así como la bibliografía que se cita, al respecto, en las correspondientes notas a pie de página de esa monografía.

⁵⁶ Por lo que hace al régimen de las titulizaciones que plantea el citado Proyecto de Ley, uno de los ejes de la reforma es la refundición en una única categoría legal de los Fondos de Titulización de Activos (FTA) y los Fondos de Titulización Hipotecaria (FTH), con el fin de “garantizar la coherencia y sistemática [...], aportando mayor claridad y seguridad jurídica al marco regulatorio”, en la literalidad del párrafo quinto del apartado II de la Exposición de Motivos.

crédito generados respecto de los importes inicialmente previstos en la cesión podía ser asumido en todo o en parte por el cedente, sin que en ningún caso fuese a responder de la solvencia del futuro deudor cedido. Esto se borra de la versión posterior del Anteproyecto, fechada a 31 de julio de 2014, así como del Proyecto de Ley donde el artículo 16.1.b) simplemente indica, como activo de los fondos de titulización, los “derechos de crédito futuros que constituyan ingresos o cobros de magnitud conocida o estimada, y cuya transmisión se formalice contractualmente de modo que quede probada de forma inequívoca y fehaciente, la cesión de la titularidad”.

Por otro lado, en lo que de modo particular hace a las cesiones empresariales llevadas a cabo en el marco de la actividad contractual de factoring cuyo cesionario sea una entidad de crédito o un Fondo de Titulización, la (prácticamente en su totalidad derogada) Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras⁵⁷, sigue previendo en la Disposición adicional tercera⁵⁸, sin ánimo exhaustivo y de manera criticable⁵⁹, la cesión global de créditos futuros. Un estrechísimo límite temporal añade el apartado tercero: que los créditos futuros “nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde [la fecha de la cesión]” o que conste en la cesión “la identidad de los futuros deudores”. La influencia de la legislación italiana se dejó notar en ésta nuestra⁶⁰, bien que en la de la península itálica el plazo de los créditos futuros se dobló. En cualquier caso, tanto en Italia como en Francia se habían aprobado antes que en España unas reglas jurídicas especiales con el ánimo de facilitar entre empresas una transferencia rápida y segura de los créditos globales, nacidos o no en el momento de la conclusión del contrato, tratando de afrontar las reivindicaciones del moderno tráfico económico⁶¹.

⁵⁷ BOE nº 5, 6 enero 1999, pp. 366-375 (RCL 1999, 214).

⁵⁸ En la redacción recibida por la Disposición final tercera de Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (BOE nº 261, 31 octubre 2007, pp. 44336-44436 [RCL 2007, 18874]). Anótese que esta Ley de 2007 fue derogada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público (BOE nº 276, 16 noviembre 2011, pp. 117729-117914 [RCL 2011, 17887]).

⁵⁹ De “improvisada, defectuosa y polémica Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999” hablaría justificadamente ORTÍ VALLEJO, A., “Cesión de créditos futuros y factoring: A propósito de una lectura de los preceptos que dedican al tema los Principios del Derecho europeo de contratos”, *CEFLegal, Revista Práctica de Derecho*, nº 115-116, agosto-septiembre 2010, p. 9 (y en p. 29); a cuyo trabajo completo remitimos al lector interesado en las cesiones de créditos futuros (pp. 5-38) (también publicado en: *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, octubre 2010). Además, vid. ALCOVER GARAU, G., *Factoring y quiebra : (notas críticas a la Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras)*, Civitas, Madrid, 2000, 92 pp.; GARCÍA SOLÉ, F., “Anexo. Reciente normativa en materia de cesión empresarial de crédito”, en VV.AA., *El contrato de factoring*, GARCÍA VILLAVARDE, R. (coord.), McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 595-606.

⁶⁰ El influjo fue de la Ley italiana nº 52, de 21 de febrero de 1991, sobre la “disciplina della cessione dei crediti d’impresa”, pensada para el factoring. Vid., ad ex., BELVISIO, “L’ambito di applicabilità della nuova disciplina sulla cessione dei crediti d’impresa”, *Riv. Dir. Impresa*, 1992, pp. 1 y ss.; BURCHI, G. y CARRETTA, A. (coord.), *Il factoring a dieci anni dalla legge 52. L’attualità della normativa e le sue prospettive di sviluppo*, Bancaria Editrice, Milano, 2003, 80 pp.; SANTI, F., “Capitolo III. Contratto di factoring”, en *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, T. XII, Finanziamento alle imprese*, UTET, Torino, 2005, pp. 54 y ss.

⁶¹ Con idéntico ánimo de facilitar la transmisión del crédito entre empresas, en el sistema francés se dictó la Ley nº 81-01, de 2 de enero, más conocida como “Loi Dailly”. Con el régimen específico incluido en

2.3. La necesidad de superar el enlace de la cesión de créditos con la compraventa

La movilización de los créditos enlaza con el contrato de compraventa desde que nuestro primitivo Código de Comercio de 1829 decidiera insertar, bajo influencia francesa, los artículos (382 a 384) dedicados a “la venta de créditos no endosables” en el seno del Título III del Libro II “de las compras y ventas mercantiles”. Se identificó y confundió a la cesión con una (la más común) de las causas que puede dar lugar a ella: el contrato de compraventa. No sólo de la compraventa se nutre la cesión, empero. La permuta, la donación, el legado, la prenda, la aportación social o la cesión solutoria como pago de una deuda preexistente contraída por el cedente-acrededor frente al cesionario pueden ser, entre otros, negocios jurídicos de los que traiga causa una cesión de créditos⁶². La praxis de la cesión de créditos viene impregnada de la variabilidad de la causa.

El Título IV, rubricado como “contrato de compra y venta”, del Libro IV del Código Civil acogería después entre sus ocho capítulos uno (el séptimo) para “la transmisión de créditos y demás derechos incorporales”, como antes hubieran hecho los artículos 1689 a 1701 del capítulo VIII (“Du transport du creances et autres droits incorporals”) del Título VI, dedicado a la venta, del Libro III del Code civil de Napoleón. Se volvía a situar (mal) el capítulo dedicado a la transmisión de créditos dentro de la compraventa⁶³. Aunque la jurisprudencia ha venido entendiendo con corrección que la cesión no es sinónimo de venta y su causa puede ser un negocio jurídico distinto⁶⁴, el hecho es que de “venta o cesión”, “vendedor” y “crédito vendido” habla este articulado civil; aplicable supletoriamente, en virtud del sistema de fuentes, a

esta Ley (en la actualidad trasladado a los artículos L. 313-23 a L. 313-29 del Code Monétaire et Financier, de 14 de enero de 2008) las formalidades para una cesión masiva de los títulos de crédito se simplificaron respecto al sistema ordinario de cesión individualizada previsto en el artículo 1690 Code Civil.

⁶² “La cesión de créditos es el efecto jurídico común a toda una serie de contratos distintos entre sí que tienen por objeto derechos de crédito (compraventa, donación, dación...)”, según PANTALEÓN PRIETO, F., “Cesión...”, *op. cit.*, p. 1038.

⁶³ Tras el correspondiente estudio, ESPÍN, D., *Manual...*, *op. cit.*, pp. 233-234, calificaba de “graves” los defectos padecidos: de un lado, la incorrección de la expresión “derechos incorporales” cuando todos los derechos lo son; de otro, la confusión de la cesión de créditos con la transmisión de derechos y acciones en general; y, de un último lado, la sinonimia entre la cesión y la venta del crédito. También DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, *op. cit.*, p. 237, tacharon de “error” el hecho de que el Código Civil regulara “la cesión como un apéndice de la disciplina normativa de la compraventa exclusivamente”. Léanse, asimismo: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil...*, *op. cit.*, pp. 375 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos* (vol. II)..., *op. cit.*, pp. 970-971; GARCÍA CANTERO, G., “Capítulo VII...”, *op. cit.*, pp. 690-691 y, en especial, sus notas a pie de página nº 1-4; LASARTE, C., *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 175-179; PANTALEÓN PRIETO, F., “Cesión...”, *op. cit.*, p. 1034. Si se nos permite centrarnos en el contrato de factoring, querríamos recordar, primero, lo que señalara VÁZQUEZ GARCÍA, R. J., “El contrato de factoring”, en VV.AA., *Contratos bancarios & parabancarios*, NIETO CAROL, U. (coord.), Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 1217, respecto a que en tal contrato la causa de la cesión de créditos “no sería, precisamente, la compraventa” y, después, lo que concretara GALÁN LÓPEZ, C., “Capítulo 4. Derecho español. El proceso perfectivo”, en VV.AA., *El contrato de factoring*, GARCÍA VILLAVARDE, R. (coord.), McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 295, cuando explicitó que “la causa de la atribución patrimonial (cesión de todos los créditos) estará en el propio contrato de factoring que se celebra”, siendo distinta la causa del negocio de factoring: “causa única, pero de naturaleza plural o compleja”.

⁶⁴ STS 25 enero 2008 (RJ 2008, 307), 18 julio 2005 (RJ 2005, 9243), 26 septiembre 2002 (RJ 2002, 7873).

las transmisiones de los créditos mercantiles en lo que en específico en el (parcialmente aún vigente) Código de Comercio no esté previsto.

Justo después de los contratos de compraventa y permuta, se coloca de manera más diferenciada en el Código de Comercio de 1885, la sección específica “de las transferencias de créditos no endosables”. En efecto, con una mejor división que el Código Civil, el Título IV del Libro II del Código de Comercio, “de la compraventa y permuta mercantiles y de la transferencia de créditos no endosables”, dedica sus tres secciones, de manera diferenciada, a cada uno de estos tres contratos.

Ejemplos de una mejor, por más completa, separación legislativa entre la cesión y la venta de créditos se hallaron en el Derecho codificado comparado ulterior. El BGB (BürgerlichesGesetzbuch) alemán de 1896⁶⁵, el Código suizo de obligaciones de 1912 (Bundesgesetzüber das obligationenrecht)⁶⁶, el Codice civile italiano de 1942⁶⁷ o el Código Civil portugués de 1966⁶⁸ incluyeron ya las reglas relativas a la cesión de créditos en la parte dedicada a las obligaciones en general.

3. LA ADECUACIÓN DE LAS PROPUESTAS DE NUEVOS REGÍMENES CODIFICADOS DE CESIÓN DE CRÉDITOS A LAS EXIGENCIAS DE LA MODERNA ECONOMÍA CREDITICIA

La falta de acomodación de nuestra (doble) regulación del siglo XIX a los requerimientos de la economía del siglo XXI es susceptible de agravar los procesos nacionales y transnacionales de cesión de créditos, provocando incertidumbre, inseguridad y desconfianza, y suponiendo un freno al normal desenvolvimiento de los flujos comerciales inter-empresariales⁶⁹.

⁶⁵ Con entrada en vigor en 1900 y revisión desde el primero de enero de 2002, en virtud de la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 26 de noviembre de 2001 (Gesetzzur modernisierung des schuldrechts), publicada en el *Bundesgesetzblatt* de 29 de noviembre de 2001. Artículos 398^a 413.

⁶⁶ Artículos 164-183.

⁶⁷ En aprobación del Regio Decreto n° 262, 16-3-1942: artículos 1260-1267.

⁶⁸ Aprobado por Decreto-Lei n° 47344/66, de 25 de noviembre (Libro II, Capítulo IV, Sección I: arts. 577-588).

⁶⁹ Vid. BAZINAS, S. V., “UN streamlines cross-border receivables financing”, *Trade Winds*, n° 2, spring 1998, p. 2; FLORES DOÑA, M^a DE LA S., “El contrato de factoring internacional y su regulación en el Tratado Internacional UNIDROIT”, en VV.AA., *El contrato de factoring*, GARCÍA VILLAVARDE, R. (coord.), McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 157; LURGER, B., “Assignment of claims”, en VV.AA., *La Tercera Parte de los Principios de Derecho contractual europeo. The Principles of European Contractual Law Part III*, VAQUER ALOY, A. (ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 134; RÍO PASCUAL, A. DEL, “La Convención...”, op. cit., p. 303.

3.1. La propuesta de Código Civil para la cesión de créditos en línea con las iniciativas académicas de Derecho contractual europeo

Para afrontar los retos de la globalización y la multiplicación de los mercados y las relaciones transfronterizas⁷⁰, una propuesta (paralizada y abandonada) de modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos, preparada por la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación, vio la luz del Boletín de Información del Ministerio de Justicia en el mes de enero de 2009⁷¹. Los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil, divididos en los artículos 1088 a 1314, se revisaron y, entre ellos, los artículos 1214 a 1221, dedicados a la cesión de los créditos. Integraron un capítulo entero, el noveno, del Título I, “de las obligaciones”, separándose del contrato de compraventa. Por fin, bien instalado dentro de la teoría general de las obligaciones, la cesión planteada podía ser de la totalidad o una parte del crédito que, a su vez, podía ser actual o futuro y, siendo futuro, estar determinado o ser determinable⁷².

Se seguía, de este modo, la dirección marcada por las iniciativas académicas proclives a la unificación del Derecho contractual europeo, con aliento institucional comunitario⁷³. En particular, la Academia de Iusprivatistas Europeos con sede en Pavía⁷⁴ había publicado en 2001 el Anteproyecto de Código europeo de contratos con el propósito de contemplar en su conjunto la teoría general del contrato. Dividido el Libro I en once títulos, es el noveno el que recoge la “cesión del contrato y de las relaciones que nacen del mismo”. Tras la sección primera sobre la cesión del contrato, la sección segunda aborda la cesión de créditos en los artículos 121 a 124. Aun cuando la redacción empleada en este breve articulado sea en singular al aludir a la cesión del crédito, tanto la rúbrica de esta sección segunda como la del artículo 121 mencionan a los créditos en plural, por lo que ambas modalidades se entenderían viables. Además, el crédito puede ser actual o futuro, si está determinado o es determinable⁷⁵; y la cesión, total o parcial⁷⁶.

Seis años después se daba por finalizado por parte del Study Group on a European Civil Code y el Acquis Group el Marco Común de Referencia (MCR, DFCR

⁷⁰ Como se desprende del apartado III de la Exposición de Motivos de la propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, cuyos datos de publicación aparecen infra en la nota a pie de página siguiente.

⁷¹ Vid. COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, “Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos”, *Ministerio de Justicia, Boletín de Información*, Madrid, año LXIII, enero 2009, 73 pp.

⁷² Artículo 1214.

⁷³ El apartado IV de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Anteproyecto de Código Civil alude a la influencia que estas iniciativas normativas europeas de juristas y profesores han tenido en la conveniencia de reexaminar nuestra codificación civilista centenaria.

⁷⁴ Estuvo presidida por DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L., quien se encargó de resumir la crónica de los trabajos llevados a cabo, así como de describir el contenido, sistemática, estilo y objetivos en: “El Anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía”, *Diario La Ley*, nº 5629, octubre 2002. La publicación en francés del Anteproyecto de Código data de 2001. Su inspiración, aparte del Contract Code que para la Law Commission redactó H. MCGREGOR en 1965, fue de manera substancial el Código Civil italiano.

⁷⁵ Artículo 121.3 con remisión al artículo 31 del Código.

⁷⁶ En virtud del apartado primero del artículo 121.

en acrónimo inglés)⁷⁷ –actualizado en 2009– para abordar con orientaciones un acervo jurídico común en materia de obligaciones y contratos de cara a facilitar los intercambios comerciales supranacionales. El proyecto académico MCR se basó de modo parcial y no exclusivo en los PECL, esto es, los Principles of European Contract Law, muy conocidos como “Principios LANDO”⁷⁸, en honor al Presidente de la Comisión que los redactó –orientándose, a su vez, en los Principios de UNIDROIT⁷⁹ y

⁷⁷ Como es conocido, “DFCR” son las siglas correspondientes a: *Draft Common Frame of Reference. Principles, definitions and model rules of european private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research on EC Private Law (Acquis Group). Edited by VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H., BEALE, H., HERRE, J., HUET, J., STORME, M., SWANN, S., CARUL, P., VENEZIANO, A. y ZOLL, F., 2009, 643 pp., disponible en la siguiente página web: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf (consultada por última vez el 30 de diciembre de 2014). El Parlamento europeo había dictado el 3 de septiembre de 2008 una Resolución sobre el Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo (2009/C 295 E/09) (DO C 295, 4 diciembre 2009, pp. 31-32), acogiendo favorablemente la presentación del proyecto académico MCR. En nuestro país, han analizado con rigor el MCR, entre otros: VAQUER ALOY, A., “El Marco Común de Referencia”, en VV.AA., *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, BOSCH CAPDEVILLA, E. (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 239-265; ARROYO AMAYUELAS, E., “Hacia un Derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario”, en VV.AA., *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, BOSCH CAPDEVILLA, E. (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 209-238.

⁷⁸ Vid. LANDO, O. y BEALE, H. (dirs.), *Principles of European Contract Law*. Parts I and II combined and revised, Kluwer Law International, The Hague, 2000, 93 pp.; LANDO, O., PRÜM, A., CLIVE, E. y ZIMMERMAN, R. (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part III, Kluwer Law International, The Hague, march 2003, 352 pp. La traducción al idioma español está en: BARRÉS BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J. M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (eds.), *Principios de Derecho contractual europeo*. Partes I y II. (Los trabajos de la “Comisión de Derecho contractual europeo”) Edición: Ole LANDO y Hugh BEALE, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, 767 pp.; BARRÉS BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J. M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (eds.), *Principios de Derecho contractual europeo*. Parte III. (Los trabajos de la “Comisión de Derecho contractual europeo”) Edición: Ole LANDO y Hugh BEALE, Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, 403 pp. Aparte de relatarse en el Prefacio (redactado por el propio profesor LANDO) y en la introducción de las Partes I y II de los Principios LANDO, también el origen, la evolución, las influencias y los propósitos se detallan entre una vasta doctrina patria, por ejemplo, en: GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Los principios LANDO”, en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, BOSCH CAPDEVILLA, E. (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 151-154. Consúltese, además, Díez-Picazo, L., Roca Trías, E. y Morales, A. M., *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, 536 pp.

⁷⁹ Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, en su tercera edición de 2010, contienen un tratamiento específico para la cesión de créditos en la primera sección de su Capítulo 9: “Cesión de créditos, transferencia de obligaciones y cesión de contratos”, sección 1ª: “cesión de créditos”: artículos 9.1.1 a 9.1.15. El texto completo de los *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* 2010 <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf> (consultado por última vez el 30 de diciembre de 2014). En la segunda edición de los Principios de UNIDROIT, de 2004, también habían sido los artículos 9.1.1 a 9.1.15 los que se dedicaron a la cesión de los créditos. Fue precisamente en esta segunda edición donde por primera vez se acogieron unas reglas sobre la cesión de créditos, que no aparecían en la primera versión de 1994. Vid., ad ex., BONELL, M. J., *An international restatement of contract law. The UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, 3ª ed., Transnational Publishers, Ardsley, New York, 2005, 691 pp.; DOMINGO, R. (dir.), *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, 400 pp.; GARRO, A. M., *Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro Mexicano de Derecho Uniforme, México, 2007; MORÁN BOVIO, D. (coord.), *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, 411 pp. De suma utilidad es, a efectos de los Principios de UNIDROIT, la base de datos *UNILEX on CISG & UNIDROIT Principles. International Case Law & Bibliography*

en formato similar a las Restatements of the Law of Contracts— con el objetivo de dotar al mercado europeo de un Derecho contractual. La tercera parte de los PECL contiene un capítulo, el número 11, dedicado a la cesión de créditos. El Libro III del MCR incorpora, por su parte, esta temática en la primera sección de su capítulo V. En ambos textos está admitida de manera expresa la cesión total o parcial de créditos existentes o futuros siempre que sean determinables o identificables⁸⁰.

Aquella propuesta de modernización de nuestro Código Civil planteó, además, de modo expreso que desde el consentimiento entre el cedente y el cesionario se produjera la transmisión del crédito, sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor cedido⁸¹. De la solvencia de éste sólo respondía el cedente en virtud de una ley o un pacto que así lo fijase⁸². De lo que, en cambio, sí respondía era de la existencia, la titularidad y la transmisibilidad del crédito, salvo que el crédito se hubiese cedido como dudoso⁸³.

El Anteproyecto de Código europeo de contratos dispuso que, siendo una cesión a título oneroso, al cedente se le hacía responder no sólo de la existencia del crédito en el momento de la cesión sino también de la solvencia actual del deudor cedido e incluso de la solvencia futura, en este último caso si a ello el cedente se hubiera comprometido. No obstante, la garantía de la existencia y de la solvencia podría ser excluida bajo común acuerdo de las partes⁸⁴. Es en la cesión a título gratuito cuando el cedente de buena fe únicamente responde de la existencia y de la solvencia si así “lo ha prometido y dentro de los límites en que lo haya hecho”⁸⁵. Para la validez de la cesión no se precisa el consentimiento del deudor, excepto si la cesión está excluida por el propio contrato o por su naturaleza⁸⁶. Pero, siguiendo de cerca la estela del Codice civile de 1942, y en línea también con el Código de Comercio francés, los efectos frente al deudor son desde la notificación o la aceptación⁸⁷ y frente a los terceros cuando los contratos, la notificación o la aceptación sucesiva consten en documento de fecha cierta o cuando se demuestre que los terceros conocían la cesión⁸⁸.

Por contra, en los PECL la ausencia de formalidades especiales para la cesión es la nota esencial como medio para dotar de agilidad y flexibilidad a las transacciones comerciales. Esto lo diferencia del texto propuesto para nuestro Código Civil donde, a petición del cesionario, el cedente viene obligado a formalizar la cesión en escritura pública⁸⁹. No exigen los PECL la forma escrita ni ningún otro requisito, en virtud del

(<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=14311> (consultada por última vez el 30 de diciembre de 2014), donde el interesado podrá hallar abundantes casos y bibliografía que aquí no es posible recoger.

⁸⁰ Artículos 11:101 (1), 11:202 (2) y 11:103 PECL. De igual modo, los artículos III.-5:106, III.-5:107, III.-5:114 (2) MCR.

⁸¹ Artículo 1215, primer párrafo.

⁸² En los términos del artículo 1219.

⁸³ Rigiénese esa responsabilidad por las disposiciones del Capítulo VII sobre el incumplimiento.

⁸⁴ Artículo 123.2.

⁸⁵ En la literalidad del artículo 123.3.

⁸⁶ Artículo 122.1.

⁸⁷ Apartado 4 del artículo 122 para los supuestos de los apartados 2 y 3 del mismo precepto.

⁸⁸ Apartado sexto del mismo artículo 122.

⁸⁹ En virtud del párrafo segundo del artículo 1217 de la Propuesta de Anteproyecto de Código Civil.

principio espiritualista de libertad formal⁹⁰. Lo que se precisa no es el consentimiento⁹¹ sino la comunicación escrita al deudor cedido, pero sin convertirse en elemento constitutivo. La cesión es válida y surte plenos efectos sin tal comunicación. Se adopta, en este punto, el modelo germánico de validez inmediata de la cesión. La notificación por escrito con expresa identificación del crédito se impone como modo de protección del deudor, en el sentido de que surge su obligación de pagar al cesionario una vez se produce el conocimiento efectivo derivado de esa notificación⁹². Si la notificación ha partido en exclusiva del cesionario, el deudor puede pedir prueba evidente y confiable de la cesión⁹³. Existiendo conocimiento sin notificación, el deudor no se descarga pagando al cedente sino al cesionario⁹⁴.

En los PECL se establece, finalmente, una razonable regla substantiva en materia de prioridad en caso de pluralidad de cesiones o de cesiones sucesivas donde la primera notificación es la imperante si el último cesionario ni conocía ni podía conocer de las anteriores y, en defecto de notificaciones, se atiende tanto para los créditos actuales como futuros al orden en que las cesiones se realizaron, en virtud del brocardo “prior in tempore, potior in iure”⁹⁵. En el Anteproyecto de Código europeo para estos frecuentes y complejos supuestos de cesiones sucesivas la regla que prevalece es la primera notificación o aceptación del deudor por acto de fecha cierta⁹⁶. La propuesta de Anteproyecto del Código Civil patrio calló respecto a estos últimos extremos.

3.2. Las propuestas de Código Mercantil: regímenes general y especial de cesión de créditos

En paralelo y, por ello, sin conexión con la Sección primera, desde 2007 se venía trabajando en la Sección segunda de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia en una Propuesta de Código mercantil, aprobada por el Pleno el 30 de junio de 2009. El Título V⁹⁷ del Libro V incluía la cesión de los créditos mercantiles dentro del paquete de “obligaciones y contratos mercantiles en general”, separándola sin matices del contrato de compraventa. El artículo 550-2º ab initio manifestaba con acierto que “la cesión podrá tener por objeto uno o más créditos existentes o futuros, en su totalidad o en parte, siempre que sean identificables”.

⁹⁰ Artículo 11:104 PECL. En cambio, el MCR en el artículo III-5:110 remite para la formación y la validez a las reglas generales de los Libros II, IV.H o IX.

⁹¹ Artículo 11:202 PECL.

⁹² Artículo 11:304, en relación con el 11:303 y éste, a su vez, en relación con los artículos 11:301, 11:302, 11:307 y 11:308 PECL. Vid. BARRÉS BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J. M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (eds.), Principios... Parte III, op. cit., pp. 147-148, 166 y ss. En el MCR la protección del deudor se recopila en los artículos III-5:119 y 5:120.

⁹³ Artículo 11:303.2 PECL.

⁹⁴ Artículo 11:303.4 PECL.

⁹⁵ Artículo 11:401 PECL. “Chapter 11 [PECL] is the first uniform legal text that suggests a reasonable substantive solution of the order priority issue respect to competing claims [...]. The UNIDROIT and UNCITRAL Conventions avoid or circumvent this issue”, comentario LURGER, B., “Assignment...”, op. cit., p. 149. Asimismo, léase en torno a la prioridad la Subsection 6: Priority rules: III-5:121 y 5:122 MCR.

⁹⁶ Artículo 122.6 in fine.

⁹⁷ Artículos 550-1º a 550-9º.

Coincidió en su literalidad con lo que había establecido el artículo 75.3 ab initio⁹⁸ de una anterior Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad⁹⁹. Abarcando como contrato subyacente no sólo al de compraventa y abriendo la cesión a uno o más créditos, existentes o futuros, totales o parciales, ambas Propuestas se amoldaban a las exigencias de masificación del tráfico contractual mercantil de principios de este Siglo XXI.

Una nueva Propuesta de Código mercantil (en adelante, PCM)¹⁰⁰ elaboraba la Sección segunda de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación –de nuevo, sin encuentro ni comunicación con su Sección primera– y se presentaba al Ministerio de Justicia por el profesor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO el 17 de junio de 2013, abriéndose a consulta pública hasta el 15 de noviembre de 2013, y seis meses más tarde volcada con alteraciones en un Anteproyecto de Ley. El polémico, por muy criticado¹⁰¹, Libro IV de la PCM se aventura a construir, bajo la rúbrica “de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general”, una teoría general “especial” frente a la teoría general “común” o civil¹⁰², donde, en el quinto y último de sus Títulos¹⁰³, consagra las reglas de la cesión ordinaria de los créditos mercantiles a título

⁹⁸ Libro I, Título IV, Sección 10ª.

⁹⁹ Elaborada por la misma Sección segunda de la Comisión General de Codificación (Boletín nº 2006, p. 213).

¹⁰⁰ Un temprano e interesante estudio a reseñar en torno a la PCM, en cuanto a los problemas generales de política legislativa que la nueva codificación pudiera plantear, es: ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “El Código mercantil”, *Otrosí*, nº 12, 5ª época, octubre-diciembre 2012, pp. 17-21. En general sobre los objetivos y contenidos de la PCM, léase: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “La propuesta de Código mercantil de la Comisión General de Codificación”, *RDM*, nº 289, julio-septiembre 2013, pp. 35-42.

¹⁰¹ Las duras críticas se han extendido entre la doctrina civilista por entender que una teoría general de las obligaciones y contratos no debiera tener encaje en una propuesta de Código mercantil. Sobre este particular, consúltese, en extenso, la fuerte crítica de GARCÍA RUBIO, Mª P., “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código mercantil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, nº 1, enero-marzo 2014, pp. 7-27; coincidente con las *Alegaciones a la propuesta de Código Mercantil* hechas por el Grupo ACTUALIZA (Grupo para la reforma y actualización del Derecho privado en España) (firmando en representación del Grupo, además de ella, los profesores CAÑIZARES LASO, A.; GÉTE-ALONSO Y CALERA, Mª del C.; INFANTE RUIZ, F. J.; MARTÍN CASALS, M.; OLIVA BLÁZQUEZ, F.; SOLÉ I RESINA, J.; TORRES GARCÍA, T.), en http://civil.udg.edu/php/biblioteca/arxiu/Documento_de_alegaciones.pdf. (consultada por última vez el 30 de diciembre de 2014). Las críticas también habían recaído por igual motivo sobre el antecedente de este Libro IV, esto es, sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del Código de comercio en la parte general de contratos mercantiles, prescripción y caducidad de 2006, conforme recuerda BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “La propuesta de Código mercantil...”, op. cit., p. 39. Desde la doctrina mercantilista también ha habido a quien, con razón, le “cuesta comprender [...] la construcción de una Parte general de obligaciones y contratos mercantiles”, no encontrando “sinceramente justificación dogmática alguna”, en expresiones de GONDRA, J. Mª., “La deconstrucción del concepto de Derecho mercantil en aras de unidad de mercado”, *RDM*, nº 290, octubre-diciembre 2013, pp. 38.

¹⁰² En *Ibidem*, p. 40, se ahonda en que “construir, en paralelo con la parte general del Derecho de obligaciones y contratos contenida en el Código civil que, en cuanto Teoría general y Derecho común, sirve para todos los Derechos especiales, una Parte general “especial” de obligaciones y contratos mercantiles, carece [...] de toda lógica”. No obstante, en específico en lo que a la cesión se refiere, VERGEZ, M., “La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la “Propuesta de Código mercantil””, *RDM*, nº 292, abril-junio 2014, p. 8, puntualiza que con la PCM: “Por supuesto, no se trata de hacer una regulación general de la cesión de créditos”.

¹⁰³ Comprensivo de los artículos 450-1 a 450-9.

oneroso con la manifiesta pretensión de “facilitar su circulación con la necesaria seguridad para los interesados”¹⁰⁴.

La cesión es posible expresamente para “uno o más créditos existentes o futuros, en su totalidad o en parte, siempre que sean identificables”¹⁰⁵. Tanto respecto de los existentes como de los futuros, se entiende realizada la transmisión de los créditos desde el momento de la celebración del acuerdo de cesión, salvo pacto en contra¹⁰⁶. También excepto pacto en contrario, el cedente responde de la existencia del crédito y de su falta de titularidad¹⁰⁷. No responde, en cambio, de la solvencia del deudor, con la salvedad de estos dos supuestos: el primero, la insolvencia notoria y anterior a la transmisión y, el segundo, el pacto¹⁰⁸. El deudor puede ser notificado por el cedente o por el cesionario, a menos que otra cosa se hubiera acordado. Ahora bien, si la notificación la hace el cesionario, el deudor puede pedir prueba suficiente¹⁰⁹, como también puede pedirla conforme a la redacción vista de los PECL¹¹⁰. Una vez notificado, el deudor queda obligado frente al cesionario como nuevo acreedor¹¹¹, a quien puede oponer las excepciones y compensación que hubieran sido oponibles frente al cedente, salvo convenio en contrario del deudor con el cedente¹¹². Recuérdese, a estos efectos, que el artículo 1198 Cc hace un pronunciamiento en sentido negativo, al no dejar oponer frente al cesionario la compensación –que se entiende extendida a las demás excepciones– que le corresponda contra el cedente cuando hubiera consentido la cesión. De regreso al texto de la PCM, se añade la responsabilidad del cedente por los daños que sufra el cesionario a causa de las excepciones y derechos de compensación que el deudor tiene derecho a oponer. Por otra parte, el pago que se realiza al cesionario tras la notificación produce plenos efectos liberatorios, pese a que la notificación hubiera contrariado las previsiones del acuerdo de cesión¹¹³. Los derechos y obligaciones del deudor no quedan afectados por la cesión, a no ser que decida conferir su consentimiento. Porque la protección del deudor es el pilar privilegiado sobre el que descansa todo el sistema así se establece en el artículo 450-3 PCM, siguiendo los pasos marcados por el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional de 12 de diciembre de 2001¹¹⁴. Como en esta Convención internacional¹¹⁵,

¹⁰⁴ En la literalidad de la Exposición de Motivos de la PCM, p. 75.

¹⁰⁵ Con el tenor literal del artículo 450-2 ab initio PCM.

¹⁰⁶ Artículo 450-2 in fine PCM.

¹⁰⁷ Apartado primero del artículo 450-5 PCM.

¹⁰⁸ Segundo apartado del artículo 450-5 PCM.

¹⁰⁹ Conforme al artículo 450-6.1º PCM.

¹¹⁰ Vid. supra nota a pie de página nº 93.

¹¹¹ De acuerdo a lo que dispone el apartado segundo del artículo 450-6.2º PCM.

¹¹² Artículo 450-7 PCM.

¹¹³ “Sin perjuicio de la responsabilidad de la parte que incumplió dicho acuerdo”, puntualiza el último punto del artículo 450-6.2.

¹¹⁴ El artículo 15, rubricado precisamente “principio de la protección del deudor”, expone en su primer apartado que, salvo que se produzca el consentimiento del deudor o haya una disposición en contra en la Convención, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones de éste ni a las condiciones de pago estipuladas en el contrato originario. El cesionario, por tanto, no podrá modificar sin aquel consentimiento, por ejemplo, ni el país ni la moneda de pago acordados en el contrato inicial, en la ejemplificación que realiza BAZINAS, S. V., “Le projet de Convention de la CNUDCI...”, *op. cit.*, p. 173.

¹¹⁵ Por mor de su artículo 9.

tampoco en la PCM cabe hacer valer los pactos de incedibilidad o “anti-assignment clauses”¹¹⁶ que pudieran existir entre los contratantes originarios. Bajo el reinado del principio favor cessionis¹¹⁷, la eficacia es plena e inmediata una vez perfeccionada la cesión, sin perjuicio de la responsabilidad que el cedente asume frente al deudor por los daños y perjuicios que el incumplimiento del pacto de intransmisibilidad le hubieran podido ocasionar¹¹⁸. La regulación general sobre cesión de créditos mercantiles acaba con esta previsión –que echa el cierre al Libro IV de la PCM– sin abordar el sistema de prelación del cesionario frente a cualquier otro reclamante del crédito cedido.

El régimen general descrito se destina, en su caso, aplicable de modo supletorio a aquellas transmisiones de créditos mercantiles para las que se contempla un régimen jurídico especial¹¹⁹. También el Anteproyecto de Código europeo mencionó una exclusión del ámbito de aplicación de sus normas generales: las cesiones de créditos efectuadas por bancos o por compañías de factoring debido a que a ellas eran aplicables las “disposiciones legales [internas] en vigor o las reglas uniformes [internacionales] [...] y, en su defecto, los usos”¹²⁰. La unificación ínsita en este Anteproyecto de Código europeo de contratos no alcanzó, pues, al contrato de factoring tan extendido en la práctica comercial europea. Una regulación específica hallan ahora en la PCM las cesiones financieras de créditos, entre las que se cobijan, junto al contrato de factoring, los de descuento y confirming.

A los efectos de la PCM, las cesiones financieras de créditos son entendidas como aquéllas formalizadas por escrito donde el cedente es un empresario; el cesionario, una entidad crediticia, fondo de titulización, entidad o patrimonio separado con un objeto social exclusivo consistente en la adquisición de créditos por medio de cesión; y los créditos cedidos proceden de la actividad empresarial del cedente¹²¹. La oponibilidad a terceros de estas cesiones financieras surge desde la fecha de su celebración, excepto respecto de créditos no especificados o determinables en el contrato de cesión, en cuyo caso la oponibilidad será desde de la fecha de la firma del documento que los especifique o haga la necesaria determinación¹²². Dentro de estas cesiones financieras encajan –insistimos– las derivadas tanto de un contrato de

¹¹⁶ Más en extenso sobre estas cláusulas en: CARSELLA, M. B., “UNCITRAL: first step in the globalization of asset-based lending”, *The Secured Lender*, november-december 1998, pp. 118-119; SIGMAN, H. C.; SMITH, E. E., “The Draft UNCITRAL Convention on assignment of receivables in international trade: a summary of the key provisions as completion draws near”, *Uniform Commercial Code Law Journal*, winter 2001, pp. 349-350.

¹¹⁷ Vid. FERRARI, F., “The UNCITRAL Draft Convention on assignment in receivables financing: critical remarks on some specific issues”, en VV.AA., *Private law in the international arena, from national conflict rules towards harmonization and unification - liber amicorum Kurt Siehr*, BASEDOW, J. (et al.) (eds.), T. M. C. Asser Institut, The Hague, 2000, pp. 194-195.

¹¹⁸ Artículo 450-9 PCM.

¹¹⁹ Siguiendo al artículo 450-1.2º PCM.

¹²⁰ A tenor del último párrafo, octavo, del artículo 122, que hace inaplicables las reglas de los artículos precedentes.

¹²¹ Éstos y otros requisitos para configurar una cesión financiera de créditos se detallaron en el artículo 577-1 PCM.

¹²² Conforme al artículo 577-2 PCM, que finaliza con la precisión probatoria de que “pesará sobre el tercero que cuestione la fecha de la cesión la carga de la prueba”.

descuento¹²³ como de uno de factoring¹²⁴, aparte de uno de confirming, como reverso del factoring (o “reverse factoring”), en el que aquí no podemos detenernos.

En virtud de la regulación específica planteada en la sección segunda del capítulo VII del Título VII del Libro V de la PCM para el descuento, además de los títulos valores, todos los derechos de crédito, incluso los futuros, pueden ser descontados con independencia de su forma de representación y de su incorporación documental¹²⁵. En la noción legal que de este contrato dibuja, conforme a la praxis, el artículo 577-4 se añade la precisión final de que la cesión se hace salvo buen fin del crédito descontado. Salvo buen fin se vuelve a puntualizar en el artículo 577-7.a) que el descontatario realiza la transmisión de la plena titularidad del crédito al descontante. Como comentara tiempo atrás PANTALEÓN PRIETO¹²⁶, en efecto, “el descuento bancario [...] es típicamente “salvo buen fin””. Por ello, el artículo 577-8 faculta al empresario descontante a retener los documentos descontados y a ejercitar el derecho al reintegro, judicial o extrajudicialmente, en caso de impago de los créditos descontados y no restituidos por el descontatario. Una triple vertiente obligacional exige la PCM para el descontante y para el descontatario. Para el descontatario, amén de aquella transmisión salvo buen fin y de este reintegro de las cantidades debidas en caso de impago, se establece la obligación de pagar los intereses y comisiones pactados¹²⁷, que, por su papel clave, configuran la definición legal y el nomen iuris de este contrato. Con deducción de dichos intereses y comisiones, el descontante viene obligado a anticipar el crédito; a realizar los actos necesarios para conservarlo, así como para conservar, en su caso, las garantías anejas; y a restituir al descontatario los créditos y, en su caso, los títulos representativos, cuando las cantidades debidas sean satisfechas al descontante¹²⁸.

Como viene siendo práctica habitual, en el factoring puede cederse uno o varios de los créditos de los que la empresa-cliente sea o pueda ser titular en el futuro, en virtud del artículo 577-10 PCM. Plenos efectos traslativos originan las cesiones de créditos derivadas de cualquier contrato de factoring, excepto de aquél en el que el factor-cesionario únicamente viene obligado a gestionar el cobro¹²⁹. La gestión del cobro es en la definición de este precepto número 577-10 de la versión de la PCM, antes de su trasvase al Anteproyecto de Ley del Código mercantil del que trataremos acto seguido, una de las tres posibles obligaciones asumibles por el factor para configurar la noción legal de este contrato. Las otras dos son la de financiar al proveedor y la de asumir el riesgo de insolvencia de los deudores. Contrasta con lo que el Convenio de UNIDROIT sobre el factoring internacional, firmado en la ciudad de Ottawa el 28 de mayo de 1988, dispone en su artículo 1, apartado 2.b), en tanto que la sociedad de factoring ha de realizar, como mínimo, dos de las cuatro funciones siguientes: financiación al proveedor, incluyendo préstamos o anticipos de pago; llevanza de la

¹²³ Sección 2ª, Capítulo VII, Título VII, Capítulo VII, Libro V PCM.

¹²⁴ Sección 1ª, Capítulo VII, Título VII, Capítulo VII, Libro V PCM.

¹²⁵ Artículo 577-5 PCM.

¹²⁶ Vid. PANTALEÓN PRIETO, F., “Cesión...”, *op. cit.*, p. 1055.

¹²⁷ Artículo 577-7.b) PCM.

¹²⁸ En los términos de las letras a) a c) del artículo 577-6 PCM.

¹²⁹ Artículo 577-12 en relación con el artículo con los artículos 577-10.a) y 577-11 PCM.

contabilidad de los créditos; cobro de créditos; o protección contra el impago de los deudores.

Procedente de la PCM, se aprobaba por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014 el Anteproyecto de Ley del Código mercantil que presentaban conjuntamente los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad. El volcado del régimen jurídico general de la cesión de créditos mercantiles, dentro del desacreditado sobre las obligaciones y los contratos mercantiles en general¹³⁰, se hace sin variaciones al Título V del Libro IV, comprensivo de los mismos artículos 450-1 a 450-9. Por su parte, la regulación específica de las cesiones financieras de crédito se traduce con alguna ligera modificación, sobre todo terminológica, al capítulo VII del Título VII del Libro V¹³¹. En la noción de “cesiones financieras de créditos mercantiles” se admite ahora la posibilidad de que los créditos cedidos pertenezcan a la actividad profesional del cedente junto a aquella de que los créditos provengan de su actividad empresarial¹³². Por lo que hace al contrato de descuento, el artículo 577-4 puntualiza que el descontatario es el operador de mercado titular del crédito dinerario no vencido. En la sección tercera se acoge la traducción al idioma español del vocablo anglosajón “factoring”. La noción del contrato denominado “factoraje” que aporta el artículo 577-10 del Anteproyecto cambia, respecto del correspondiente precepto de la PCM, la potestad del factor de gestionar el cobro de los créditos por la obligación de gestionarlos. A esta obligación podrán seguir sumándose la financiación al proveedor, la asunción del riesgo de insolvencia de los acreedores (en el factoraje propio o sin recurso) y cualesquiera otras como la llevanza de la contabilidad, la realización de estudios de mercado o la investigación y selección de la clientela.

Como negocios financieros a corto plazo dirigidos, sobre todo, a las empresas pequeñas y medianas, los contratos financieros de descuento y factoring (en terminología inglesa que preferimos por su amplia difusión práctica nacional e internacional)¹³³ son hasta el presente, desde el punto de vista legal, figuras atípicas en nuestro Ordenamiento¹³⁴, aun cuando sea típico el instrumento base que emplean, esto es, la cesión. La Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 10 de julio de 1998¹³⁵ acentuó en el Fundamento Jurídico primero que “el factoring en general es un contrato atípico”, conforme lo había calificado antes en sentencia de 20 de junio de 1995¹³⁶ y lo haría después en sentencias de 2 de octubre de 1998¹³⁷ o de 9 de mayo de 2005¹³⁸.

¹³⁰ En torno al descrédito, retómense las críticas apuntadas supra en nota a pie de página nº 101.

¹³¹ Que comprende los artículos 577-1 y siguientes del Anteproyecto de Ley.

¹³² Letra b) del artículo 577-1 del Anteproyecto.

¹³³ Sobre la generalización del uso en el comercio internacional del término “factoring” y el menor empleo de los vocablos “factoraje”, “facturación” o “factorización”, léase la nota a pie de página nº 1 de: RÍO PASCUAL, A. DEL, “La Convención UNIDROIT de Ottawa de 28 de mayo de 1988 sobre el factoring internacional”, *RDM*, nº 223, enero-marzo 1997, p. 299. Con todo, hay que precisar que son varias las normativas de países hispanoamericanos que han acogido en los últimos años el vocablo “factoraje”, como son el caso de la República de Nicaragua o México, o el de “factorización”, como sucede en Chile.

¹³⁴ Por lo que respecta al factoring, ROCA GUILLAMÓN, J., *El contrato de factoring...op. cit.*, pp. 2-3, 35-42, recalcó la atipicidad jurídica de este contrato en España.

¹³⁵ SAP Madrid 10 julio 1998 (AC 1998, 8557) (sección 20, nº recurso 732/1995).

¹³⁶ SAP Madrid 20 junio 1995 (sección 13).

¹³⁷ SAP Madrid 2 octubre 1998 (AC 1998, 10599) (sección 19, nº recurso 602/1997).

También el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de febrero de 2003¹³⁹ indicó en su segundo Fundamento de Derecho que “el contrato de factoring [...] se califica como atípico, mixto y complejo”. La atipicidad legal de esta institución no se resquebraja por haber sido aludida o definida en el pasado en diversas y dispersas disposiciones de nuestro sistema jurídico, debido a que en ellas no se sientan las bases para configurar el tipo contractual¹⁴⁰. Ni siquiera la atención que puntualmente le prestó la Disposición adicional tercera de la Ley 1/1999 llegó a romper (bien que quizás sí a rasgar) su atipicidad legal, como tampoco quedó rota luego por el tratamiento fiscal que en el Impuesto sobre el Valor Añadido se efectuó a través de la Resolución 1/2004, de 6 de

¹³⁸ SAP Madrid 9 mayo 2005 (AC 2005, 5255) (sección 11, nº recurso 395/2004).

¹³⁹ RJ 2003, 938.

¹⁴⁰ Vid. GARCÍA VILLAVERDE, R., “Capítulo 1. Introducción”, en VV.AA., *El contrato de factoring*, GARCÍA VILLAVERDE, R. (coord.), McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 1-13. El Fundamento de Derecho cuarto de la citada SAP de Madrid de 2 de octubre de 1998, tras recalcar su carácter atípico, además de mixto y complejo, incidió en que “en nuestro Ordenamiento jurídico positivo no existe una caracterización positiva del factoring, más allá de la normativa fiscal o del contenido institucional de las sociedades que a la actividad derivada del factoring se dedican”. El primer texto fiscal que utilizó, en su artículo 22.A).2.g), el vocablo “factoring” fue el Decreto 3361/1971, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas (BOE nº 21, 25 enero 1972, pp. 1320-1338 [RCL 1972, 95]). El factoring (con anticipo) siguió siendo mencionado en el artículo primero, apartado primero, número cuarto del Real Decreto 896/1977, de 28 de marzo, sobre régimen de las entidades de financiación (BOE nº 104, 2 mayo 1977, pp. 9431-9433 [RCL 1977, 10812]), y de la Orden del Ministerio de Economía de 14 de febrero de 1978 (BOE nº 45, 22 febrero 1978, pp. 4213-4215 [RCL 1978, 5144]), como la operativa de una entidad de financiación que realiza anticipos de fondos a cuenta de crédito cuya gestión de cobro se asume. En la Orden del Ministerio de Economía de 19 de junio de 1979 (BOE nº 156, 30 junio 1979, pp. 14912-14914; rect. BOE nº 172 19 julio 1979, pp. 16767 [RCL 1979, 15442; 1979, 17356]) –por la que se modificó la Orden ministerial citada– se decidió ampliar las actividades directamente derivadas de la principal de gestión de cobro y anticipo de fondos sobre los créditos a aquellas que fueran de investigación de mercados, llevanza de la contabilidad o gestión de cuentas, información comercial y estadística u otras similares. Reflejo expreso hallaría en el Título y el contenido de la Orden del Ministerio de Economía y Comercio de 13 de mayo de 1981, sobre regulación de las entidades de financiación especializadas en operaciones de factoring (BOE nº 120, 20 mayo 1981, p. 10829 [RCL 1981, 11284]), y de la Resolución de 29 de octubre de 1982 de la Dirección General de Política Financiera, por la que se regula la información financiera de las empresas de factoring (BOE nº 279, 20 noviembre 1982, pp. 31917-31921 [RCL 1982, 30478]). A las sociedades de factoring (con o sin recurso) se las consideró como entidades de crédito en sentido amplio por quedar encuadradas entre las entidades de financiación y entre los establecimientos financieros de crédito, en virtud del artículo 1.1.b) del Real Decreto 692/1996, de 26 de abril (BOE nº 126, 24 mayo 1996, pp. 17629-17636 [RCL 1996, 11609]), en consonancia con el artículo 1.2.e) (antes 1.2.f)) del (derogado) Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del Derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas (BOE nº 155, 30 junio 1986, pp. 23727-23729 [RCL 1986, 17236]) y el apartado b) del punto 1 de la Disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril (BOE nº 90, 15 abril 1994, pp. 11514-11526 [RCL 1994, 8489]). El Real Decreto-Ley 12/1995 (BOE nº 312, 30 diciembre 1995, pp. 37519-37545 [RCL 1995, 27964]), en el apartado cuarto de su Disposición adicional séptima, declaró expresamente que tenían la “condición de entidades de crédito”, mas sin poder hacer las operaciones típicas de ellas, es decir, las operaciones bancarias, por lo que se encuadraban entre las entidades de crédito lato sensu. Aun cuando en atención al artículo 1.2 de la recién aprobada Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE nº 156, 27 junio 2014, pp. 49412-49549 [RCL 2014, 6726]) –por la que se deroga aquel Real Decreto Legislativo 1298/1986– dejarán de tener la consideración de entidad de crédito, la mantienen de manera transitoria por mor de la Disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley 14/2013 (BOE nº 287, 30 noviembre 2013, pp. 95352-95373 [RCL 2013, 12529]) hasta que se apruebe la legislación específica que corresponda a los establecimientos financieros de crédito. Una propuesta de nuevo régimen jurídico de estos establecimientos contiene el Título II del Proyecto de Ley de fomento de la financiación empresarial (artículos 6 a 14), donde pierden su condición de entidad de crédito.

febrero¹⁴¹. Esta dilatada atipicidad en nuestro sistema legal terminará en la hipótesis de convertirse el comentado Anteproyecto de Ley del Código mercantil en normativa vigente tras el correspondiente procedimiento parlamentario, lo que no se espera, en su caso, hasta después de la época estival del año 2015. Nos sumaremos así a la corriente que se ha ido extendiendo en la última década y media por distintos países de Hispanoamérica (como Nicaragua¹⁴², México¹⁴³, Uruguay¹⁴⁴, Perú¹⁴⁵, Colombia¹⁴⁶ o Chile¹⁴⁷) de normar estos contratos financieros y, en particular, el factoring, largamente difundidos, aun sin regulación legal, en el tráfico comercial.

Sin regulación, las cesiones financieras de créditos se han venido desarrollando hasta la actualidad de modo óptimo, en virtud del principio reinante en el Derecho privado de la autonomía de la voluntad¹⁴⁸. El aumento de la cantidad de créditos mercantiles y de cesiones de esos créditos en una economía globalizada como la nuestra nos hace, sin embargo, decantarnos por la conveniencia de su regulación específica, de cara a imprimir previsibilidad y seguridad. La regulación que para ellos prevé el nuevo Código mercantil es bienvenida porque no desatiende esa libertad de contratación, al mantener la libre autonomía en el pilar que sostiene toda la contratación mercantil¹⁴⁹. Sobre este sostén, imprimir seguridad jurídica a través de la configuración de un régimen especial de Derecho positivo para las cesiones financieras quizás pudiera ser capaz de extender a largo plazo el número de estos contratos, posibilitando un incremento de las opciones de financiación del tejido productivo.

Si en épocas pasadas de bonanza económica, las empresas de menor dimensión pudieron acudir con cierta facilidad al contrato de descuento mediante la cesión de sus créditos, en las circunstancias recién vividas de desconfianza en el tráfico económico no

¹⁴¹ BOE nº 46, 23 febrero 2004, pp. 8505-8509 (RCL 2004, 3323).

¹⁴² Ley nº 740, de 7 de diciembre de 2010, de factoraje (*La Gaceta. Diario Oficial* nº 234, pp. 6617-6619).

¹⁴³ Decreto por el que se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones de la Ley general de títulos y operaciones de crédito (Diario Oficial de la Federación de 18 de julio de 2006) por el que se adiciona un Capítulo VII del Título segundo (“De las operaciones de crédito”) (artículos 419 a 431) a la Ley general de títulos y operaciones de crédito (Diario Oficial de la Federación 27 agosto 1932).

¹⁴⁴ Título V (artículos 45 y siguientes) de la Ley nº 16.774, de 27 de septiembre de 1996, de Fondos de Inversión (Diario Oficial nº 24636, 7 octubre 1996), incorporado por la Ley nº 17.202 de 1999 (Diario Oficial nº 25369, 1 octubre 1999).

¹⁴⁵ Ley nº 29623 que promueve el financiamiento a través de la factura comercial (Normas Legales 7 diciembre 2010, pp. 430473-430475).

¹⁴⁶ Decreto del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo nº 2669, de 21 de diciembre de 2012, por el que se reglamenta la actividad de factoring que realizan las sociedades comerciales, se reglamenta el artículo 8 de la Ley nº 1231 de 2008, se modifica el artículo 5º del decreto 4350 de 2006 y se dictan otras disposiciones.

¹⁴⁷ Ley nº 20.323, de 29 de enero de 2009, que modifica la Ley nº 19.983 con el objeto de facilitar la factorización por pequeños y medianos empresarios.

¹⁴⁸ El Fundamento de Derecho cuarto de la SAP de Madrid 5255/2005, de 9 de mayo de 2005, manifestó que “la admisibilidad de esta figura jurídica [el factoring] se encuadra en el ámbito de la libertad de contratación, articulándose [...] sobre una base jurídica regulada en nuestro Ordenamiento jurídico, cual es la “cesión de créditos”, aun cuando, a diferencia del Derecho positivo que regula esta figura, de carácter asilado, en el contrato de factoring se configura como una operación en masa”.

¹⁴⁹ El artículo 411-1 PCM, titulado “carácter dispositivo de las normas”, indicó que “las normas que regulan los contratos, excepto las relativas a su noción y a su mercantilidad, tienen carácter dispositivo, salvo que en ellas se establezca otra cosa, y en consecuencia se aplicarán salvo pacto contrario entre las partes”.

han podido hacerlo con suficiente fluidez, dada la elevación de los requisitos impuestos por las entidades crediticias. Una posible futura mejora del contexto económico-financiero, en unión con el régimen jurídico especial que introduce el esperado Código mercantil, pudiera reabrir el “grifo” del descuento bancario.

Además del contrato de descuento, las empresas de pequeña y mediana talla han de tener abierto el acceso a otros instrumentos alternativos de gestión financiera de los créditos no vencidos y, en particular, a aquellas técnicas que permitan una fácil movilización, conforme rogara en 1995 la Comisión europea en el artículo 2 de su Recomendación sobre los plazos de pago en las transacciones comerciales¹⁵⁰, aludiendo de forma expresa al factoring. Pese a las indudables ventajas de este otro contrato (en términos de ampliación de la capacidad de financiación; mejora de los ratios de endeudamiento; aumento de la eficacia de la gestión de cobro; y evitación del riesgo por insolvencia o morosidad del deudor en el factoring sin recurso)¹⁵¹, las desventajas en forma de coste, por intereses y comisiones, también lo son. Con todo, ha de poder tomarse en consideración por parte de las PYMES acreedoras tanto para sus transacciones comerciales internas como para las externas¹⁵². El porcentaje de estas empresas que hacen uso del factoring es, sin embargo, todavía reducido¹⁵³. Si la normativa propuesta en los artículos 577-10 a 577-13 del Código mercantil tuviera la capacidad de agrandarlo el impacto sería positivo para el conjunto de las PYMES, palanca de la creación de empleo y motor de impulso de nuestra maltrecha Economía.

3. LA NECESIDAD DE UNIFICAR LAS PROPUESTAS DE LOS REGÍMENES CODIFICADOS CIVIL Y MERCANTIL MEDIANTE UN CÓDIGO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Tradicionalmente regulada en nuestro Ordenamiento la base jurídica que toman los contratos financieros de descuento y factoring, esto es, la cesión de créditos, se modifica ahora con el ánimo de adecuarse a la globalización y multiplicación de los mercados y, derivado de ello, a la masificación de las operaciones contractuales nacionales e internacionales¹⁵⁴. “La reflexión [...] más bien superficial”¹⁵⁵ que en torno al Derecho de obligaciones y contratos hizo el codificador decimonónico es sustituida por el estudio

¹⁵⁰ DO L 127, 10 junio 1995, p. 19.

¹⁵¹ En el listado de ventajas que recoge la Asociación Española de Factoring en su página web: <http://www.factoringasociacion.com/factoring.php?id=1184> (consultada por última vez el 30 de diciembre de 2014).

¹⁵² Tomando como fuente la Factors Chain International, en 2013 el factoring nacional fue de 101.796 (en millones de euros), con un descenso del 8,63% respecto del año previo, y el internacional de 14.750, con un ascenso del 16,83%. En total, obtuvo un volumen de 116.546 millones de euros. En cifras generales procedentes de Factors Chain International y EUROSTAT correspondientes a ese mismo año, España tuvo una relación volumen factoring / PIB del 11,39%, semejante al 11,4% de Italia, superior al 9,73% de Francia e inferior al 16,14% del Reino Unido.

¹⁵³ Un 11,8% del total de PYMES lo utilizaron a finales de 2012, según datos de la “Encuesta Cámaras sobre el acceso de las PYMES a la financiación ajena (resultados cuarto trimestre de 2012)”.

¹⁵⁴ Vid. supra nota a pie de página nº 70.

¹⁵⁵ El entrecomillado procede del epígrafe II de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Código Civil.

pausado que durante los últimos años han llevado en paralelo las Secciones primera y segunda de la Comisión General de Codificación, “empapándose” de los trabajos académicos elaborados en pro de un Derecho contractual europeo. El desentendimiento de la vieja codificación acerca de la materia contractual felizmente se convierte en entendimiento y atención en estas proyectadas codificaciones.

Una nueva codificación mercantil aparecerá en la hipótesis esperada de que se inicie y avance la tramitación por las Cortes Generales de lo que hasta la fecha es un Anteproyecto de Ley. Una reformada codificación centrada en exclusiva en la parte de obligaciones y contratos procedente de la estudiada propuesta de modernización del Código Civil está, en cambio, estancada. De avanzar aquella primera habiéndose abandonado esta segunda, nos encontraríamos en presencia de un doble régimen jurídico de cesión de créditos enmarcado en una doble codificación de obligaciones y contratos: la naciente mercantil en paralelo a la centenaria civil. En tal caso, las diferencias entre una y otra –apenas visibles entre las vetustas regulaciones debido a su similitud– se multiplicarían en lo que a la cesión se refiere, en tanto que sólo la mercantil se vería adaptada a los requisitos que precisa la economía crediticia actual. No obstante, recientemente se escuchan voces que plantean la reformulación de la codificación civil en su conjunto, acogiendo en su seno también la materia contractual y de obligaciones, cuya elaboración podría correr a manos de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. De avanzar en un horizonte temporal más amplio una nueva y completa codificación civil, nos topáramos con una doble normativa para la cesión de créditos bajo iguales principios regidores e idéntica inspiración europea, donde las duplicidades y, en su caso, dis-consonancias volverían a estar latentes.

Ante uno u otro panorama, decantamos nuestro parecer hacia la unificación sectorial del Derecho privado. Hace tiempo que existen pocas, y cada vez menos, razones para mantener la separación y agudizar la descoordinación entre dos Derechos positivos de obligaciones y contratos¹⁵⁶. Los vetustos y vigentes artículos 50 a 63 del Código de Comercio contienen hasta la fecha las disposiciones generales sobre las obligaciones y contratos de comercio sin presentar grandes especialidades respecto del Derecho civil o común¹⁵⁷. Sigue siendo acertado lo que mantuvo BERCOVITZ

¹⁵⁶ En tiempos pasados mostrando su parecer hacia esta sectorial unificación, se pronunciaron, entre otros, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “En torno a la unificación del Derecho privado”, en VV.AA., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico De Castro*, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 157 y ss.; GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J., “Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil”, *RDM*, nº 71, enero-marzo 1959 (después recogido en: *Temas de Derecho vivo*, Tecnos, Madrid, 1978, pp. 37 y ss.).

¹⁵⁷ En realidad, sólo presentarían especialidades los artículos 54 y 55, y 61 a 63 Cco. En su conjunto, los artículos 50 a 63 han sido objeto de variadas críticas. En primer lugar, el artículo 51 respecto de la prueba de testigos, por ser más restrictivo que el artículo 1248 Cc; en segundo lugar, el artículo 52, por no presentar, en interpretación correctora, especialidad frente a los artículos 1278 a 1280 Cc; en tercer lugar, también el artículo 53 sobre los efectos de las convenciones ilícitas; en cuarto lugar, el artículo 54 sobre la perfección de contratos por su contraste con el artículo 1262 Cc y la Convención de Viena; en quinto lugar, el artículo 55, por estar ya cubierto por la fe pública; en sexto lugar, también el artículo 56 respecto de las cláusulas penales, debido a que es coincidente, en interpretación jurisprudencial y doctrinal, con los artículos 1152 a 1155 Cc; en séptimo lugar, el artículo 57, por su analogía con el artículo 1258 Cc; en octavo lugar, el artículo 58 por su carácter innecesario; en noveno lugar, el artículo 59, por asimilarse al artículo 1289 Cc; en décimo lugar, el artículo 60 relativo a los plazos, por su identidad con el artículo 5 Cc; asimismo, el artículo 61, por su desconexión con el artículo 1124 Cc; también el artículo 62, por la contraposición con la exigencia inmediata del artículo 1113 Cc; y, por último, se ha entendido que el artículo 63 debiera poderse

RODRÍGUEZ-CANO¹⁵⁸ acerca de que no existe en rigor una teoría general de las obligaciones mercantiles. En el terreno específico del régimen general de la cesión de los créditos, la dicotomía entre el Derecho civil y el Derecho mercantil probablemente ya no tenga ningún motivo ni para subsistir en los términos en vigor ni para nacer en los términos proyectados. Desde esta óptica, contemplamos la unificación sectorial a través de un único Código de obligaciones y contratos como la meta ideal¹⁵⁹ a alcanzar en un futuro que ni siquiera se vislumbra en la lejanía.

Esa lejanía la evidencian las Exposiciones de Motivos tanto de la PCM como del Anteproyecto de Ley que de la PCM deriva cuando manifiestan que “gracias a esta regulación sistematizada de las [...] obligaciones en general se asegura la homogeneidad de regulación en todo el mercado de unos mismos principios básicos contractuales, evitando que puedan plantearse regulaciones distintas en estas materias por razones de la normativa que rige subsidiariamente a las normas mercantiles”¹⁶⁰, esto es, la normativa civil e insisten en que el “proceso de modernización ha comenzado por las normas generales que han de aplicarse a las obligaciones y contratos mercantiles, ya que esas normas son fundamentales para que la legislación mercantil cumpla la función que le corresponde de asegurar la unidad del mercado en el ámbito jurídico privado”¹⁶¹. Porque la máxima garantía del principio de unidad de mercado impregna el substrato que nutre y recorre el nuevo Código mercantil¹⁶² “dichas normas, como todas las establecidas en este Código, aparecen como parte de la legislación mercantil, de manera que los participantes en el mercado tienen la seguridad de que son aplicables, como parte de la legislación mercantil, a todo el territorio nacional y de que su posible coincidencia con otras de ámbito civil no les priva de su carácter mercantil”¹⁶³. En

aplicar a las obligaciones con independencia de su carácter mercantil o civil. A este respecto, vid., por todos, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “En torno a la unificación del Derecho privado...”, *op. cit.*, p. 157; VICENT CHULIÁ, F., “Presentación”, en VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *La conservación de las mercaderías en la compraventa internacional*, Valencia, 1995, pp. 26-27.

¹⁵⁸ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “En torno a la unificación del Derecho privado...”, *op. cit.*, p. 157.

¹⁵⁹ En décadas pasadas, la unificación sectorial del Derecho de obligaciones y contratos fue alcanzando apoyo y visibilidad entre la doctrina jurídica patria, como anunciábamos supra en la nota a pie de página nº 155. Vid., ad ex., BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “En torno a la unificación del Derecho privado...”, *op. cit.*, p. 158, quien sostuvo que, a pesar de la duplicidad, no habría inconvenientes para proceder a la unificación, teniendo en cuenta una cierta uniformidad en la interpretación doctrinal. A la unificación legislativa de concretos sectores ya se ha llegado a través de la normativa sobre condiciones generales de la contratación o la del seguro. Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La unificación del Derecho privado”, *RJN*, enero-marzo, 1995, p. 122. Para mayor abundamiento, interesará la siguiente lectura: BROSETA PONT, M., *La empresa. La unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, Madrid, 1965, 298 pp.

¹⁶⁰ Punto I-32 de la Exposición de Motivos de la PCM y I-36 de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Código mercantil.

¹⁶¹ Punto V-1 de ambas Exposiciones de Motivos.

¹⁶² “El trabajo de elaboración de este Código se justifica porque la unidad de mercado exige normas jurídico-privadas que rijan en todo el territorio nacional, por lo que la competencia exclusiva en esta materia corresponde al Estado, a diferencia de la legislación civil que, en determinadas materias, puede ser objeto de la competencia autonómica”, resaltaría BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “La propuesta de Código mercantil...”, *op. cit.*, p. 36. Para más detalle respecto de la unidad de mercado como “leit motiv” del Código, véase la siguiente publicación y, en específico, su epígrafe II: GONDRA, J. M^a., “La deconstrucción...”, *op. cit.*, pp. 27-51.

¹⁶³ Punto V-3 de la Exposición de Motivos del Anteproyecto.

suma, “la nueva disciplina nace con vocación de aplicación general en todo el territorio nacional, incluido el atribuido a las Comunidades Autónomas con legislación civil propia”¹⁶⁴.

Frente a esa vocación expansiva de pretensión general que hace persistente la dicotomía civil-mercantil y profundiza en sus discordancias o duplicidades, concluimos reiterando nuestro afán unificador¹⁶⁵ del Derecho privado para evitar dispersiones y disfuncionalidades en su aplicación práctica y aportar mayor seguridad jurídica al mercado. No olvidamos, sin embargo, que esta hipotética unificación tendría un escollo previo que superar: la unidad del Derecho civil en un Estado como el nuestro en el que coexisten distintos Derechos civiles regionales¹⁶⁶. Con todo, hoy, como ayer, mantenemos vivas estas palabras del maestro GARRIGUES¹⁶⁷: “la fusión del Derecho de obligaciones mercantiles y del Derecho de obligaciones civiles se impone ya con toda la fuerza de una realidad económica insoslayable”.

NOTA DE LA AUTORA

Estando en prensa el presente trabajo se dio a conocer a través del Diario de noticias de la editorial La Ley del día 13 de marzo de 2015 (ref. CJ 62072/2015) que, en el seno de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, las secciones 1ª (civil) y 2ª (mercantil) están colaborando para intentar lograr un consenso en materia de obligaciones y contratos. De alcanzarse tal consenso, podría desbloquearse la paralización del Anteproyecto de Ley de Código mercantil e iniciarse los pasos que conduzcan hasta su aprobación.

¹⁶⁴ Punto VI-32 de la Exposición de Motivos de la PCM.

¹⁶⁵ En la línea que, antes que nosotros, apuntara el mercantilista VEIGA COPO, A., “Un nuevo Código mercantil”, *Diario Cinco Días*, 29 junio 2013, quien preguntaba: “¿Para cuándo un único Código de contratos o de obligaciones superando la dualidad dicotómica civil mercantil?”.

¹⁶⁶ En torno al planteamiento y problemática de la unificación del Derecho privado se acaba de publicar el siguiente trabajo de rigor: ROJO, A., “El Derecho mercantil y el proceso de unificación del Derecho privado”, *RDM*, nº 291, enero-marzo 2014, pp. 127-142. Para publicaciones anteriores, vid. supra nota a pie de página nº 159. Fuera de las fronteras españolas, en el contexto unificador destaca por su reciente aprobación el *Código Civil y Comercial de la Nación* argentina, editado en el Boletín Oficial nº 32.985 de 8 de octubre de 2014. El texto completo de este Código único, integrado por dos mil seiscientos setenta y un artículos, en http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf (consultado por última vez el 30 de diciembre de 2014).

¹⁶⁷ Vid. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABETE, J., *Temas de Derecho vivo...*, op. cit., p. 129.

LOS BIENES INMATERIALES EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL (ALCM)

JOSE ANTONIO GÓMEZ SEGADÉ*

Resumen

Una de las mayores innovaciones del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, y así lo reconoce expresamente la Exposición de Motivos, consiste en la regulación del derecho de la competencia y la propiedad industrial. La regulación de la propiedad industrial se contiene en el título VI del Libro III, cuyo artículo 360-1 regula los bienes inmateriales y los derechos de propiedad industrial que los protegen. La primera parte de este trabajo expone el concepto y características de los bienes inmateriales y de los derechos de propiedad industrial. En la segunda parte, tras exponer las razones para la incorporación al ALCM de los bienes inmateriales, se centra la atención en el análisis del artículo 360-1 en el que se contiene el listado de bienes inmateriales y de los distintos derechos de propiedad industrial. El análisis de la norma citada permite destacar sus virtudes y subrayar algunos de sus defectos, por lo que en algún caso se proponen textos alternativos que se estima mejorarían lo dispuesto en el Anteproyecto.

Contenido

1. Introducción. – 1.1. El concepto de bienes inmateriales. – 1.2. Los derechos sobre bienes inmateriales. – 1.3. Características de los derechos sobre bienes inmateriales que integran la propiedad industrial. – 2. Los bienes inmateriales en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil (ALCM). – 2.1. Regulación de los bienes inmateriales protegidos por derechos de propiedad industrial. – 2.2. Razones para la incorporación de algunos preceptos y principios generales de propiedad industrial al ALCM. – 2.3. Los bienes inmateriales y los derechos de propiedad industrial en el Libro III del ALCM. – 2.3.1. Preliminar. – 2.3.2. Los bienes inmateriales. – 2.3.3. Los derechos de propiedad industrial registrados. – 2.3.4. Los derechos de propiedad industrial no registrados. – 2.3.5. Naturaleza de los derechos de propiedad industrial.

* Prof.Dr. Catedrático de Derecho Mercantil. Profesor “ad honorem” de la Universidad de Santiago de Compostela. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación. Miembro de la Academia Europea.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. El concepto de bienes inmateriales

Como decíamos hace ya más de 40 años, el desarrollo de la vida moderna ha hecho que fuesen apareciendo una serie de nuevos bienes que no encajaban con claridad dentro de las categorías tradicionales. Entre ellos ocupan un lugar destacado los que constituyen el resultado de una actividad intelectual, a los que no es aplicable la distinción romana entre *res corporales* e *incorporales*, porque bajo el concepto de *res incorporales* se incluían derechos pero no las creaciones intelectuales¹. Bien inmaterial en sentido amplio es cualquier entidad incorpórea, inaprensible sensorialmente. Pero este concepto genérico de bien inmaterial carece de interés, en primer lugar porque no toda entidad inmaterial es bien en sentido jurídico, y en segundo término, porque la denominación de bien inmaterial desde Joseph KOHLER se reserva para ciertas realidades inmateriales que están dotadas de una tutela jurídica especial.

Los bienes inmateriales en sentido técnico jurídico no pueden definirse desde un punto de vista puramente negativo como aquellos que no son perceptibles por los sentidos. El bien inmaterial debe definirse de forma positiva, resaltando sus características esenciales. En este sentido, actualizando mínimamente la definición que ofrecimos en su día, puede afirmarse que los bienes inmateriales son creaciones intelectuales de mayor o menor nivel creador, que mediante los medios adecuados se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones sociales, y por su especial transcendencia económica gozan de la sólida protección de un derecho de exclusiva².

De la definición propuesta de bien inmaterial se deriva la necesidad de un medio o instrumento que exteriorice el bien inmaterial, pues mientras la creación sea un *quid in mente retentum* carece de relevancia jurídica, económica o social. El instrumento sensible en que se materializa y hace perceptible el bien inmaterial se denomina *corpus mechanicum* en contraposición al *corpus mysticum* que está constituido por la idea. El *corpus mechanicum* es el puente sensorial que permite la identificación, conocimiento y utilización del bien inmaterial. El bien inmaterial protegido por el derecho sobre bienes inmateriales debe distinguirse claramente de su representación corpórea sobre la que existirá un derecho de propiedad. La propiedad de una máquina o de un libro no legitima al propietario para reproducir la invención plasmada en la máquina haciendo otras máquinas, o a reproducir la creación literaria incorporada en el libro encargando la edición de mil ejemplares para regalar a sus amigos. Su derecho de propiedad sobre la

¹En este sentido señalaba GAIO [*Instituciones* 2, 12-14] : “Quaedam praeterea res corporales sunt, quedam incorporales. Corporales haec sunt quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles. Incorporales haec sunt quae tangi non possunt: qualia sunt ea quae iure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae”.

²Galvano (GALGANO, F. *Diritto Civile e Commerciale, Vol. I, Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, CEDAM, Padua, 1999, p. 324) sostiene que “Non sono beni in senso tecnico, perché non sono cose, i cosiddetti beni immateriali, quali le opere dell’ingegno, le invenzioni industriali, i segni distintivi”. Sin poder entrar a fondo en el debate dogmático jurídico, es obvio que en este punto no podemos compartir la opinión del gran maestro italiano.

máquina o el libro sólo le permitirá utilizar la máquina y leer el libro, o en su caso vender la primera o el segundo desprendiéndose de su propiedad.

Decimos también que las creaciones intelectuales pueden tener mayor o menor nivel creador, porque en algunos supuestos, como en el caso de las marcas, y salvo en el caso excepcional de las marcas de fantasía (fanciful trademarks), hay una bajísima creatividad. El derecho de exclusiva recae sobre algo preexistente, que es el signo, y la “creación” del titular del derecho consiste tan sólo en decidir la utilización de un signo concreto para individualizar determinados productos o servicios. La concesión de un derecho de exclusiva no se justifica por la conveniencia de recompensar una creación, sino por la necesidad de permitir que mediante la inserción de un signo se puedan distinguir las mercaderías o servicios de un empresario de las de otro y por tanto se les pueda atribuir un concreto origen empresarial, haciéndose posible de esta forma la imprescindible competencia en el mercado. Sólo en la medida en que un signo es apto para indicar el origen empresarial puede justificarse una limitación de la competencia consistente en sustraer un signo del uso general y permitir que sea monopolizado parcialmente por una persona, porque esa limitación concreta paradójicamente dinamiza globalmente la competencia y ayuda a los consumidores en su proceso de selección de productos y servicios.

La mayoría de los bienes inmateriales presentan características comunes con los demás bienes, por ejemplo, la autonomía, la idoneidad para ser objetos de derechos etc. Pero además están adornados de ciertas notas peculiares, entre las que destaca su repetibilidad o la posibilidad de ser objeto de posesión simultánea, derivadas todas ellas del hecho de la disociación entre el bien inmaterial y su representación corpórea. No procede que nos detengamos más en el concepto y características de los bienes inmateriales, de lo que ya nos ocupamos ampliamente en otro momento³. Basta señalar que los bienes inmateriales se han convertido en el activo intangible más valioso en la sociedad contemporánea o sociedad del conocimiento, porque todos ellos incorporan algún tipo de conocimiento o información. En este sentido, según el tipo de creación y el conocimiento que proporcionan cabe distinguir tres grandes grupos de bienes inmateriales: creaciones industriales, que incorporan conocimientos o información técnico industrial, creaciones comerciales que vehiculan conocimientos o información comercial, y creaciones intelectuales que engloban conocimientos o información estético-funcional e incluyen el que se ha denominado “derecho de autor tecnológico”⁴. Los dos primeros grupos de bienes inmateriales constituyen el objeto de lo que se ha denominado tradicionalmente Propiedad Industrial, mientras que del tercer grupo se ocupa el Derecho de Autor o Copyright al que en España se sigue denominando Propiedad Intelectual⁵

³ GOMEZ SEGADE, José A., *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, Tecnos, Madrid, 1974, pp. 70 y ss., con ulteriores y numerosas citas.

⁴ GHIDINI, G., *Aspectos actuales del Derecho Industrial (Propiedad Intelectual y Competencia)*, Comares, Granada, 2002, pp. 89 y ss. (traducción española de Vanesa Martí Moya de la versión original publicada en 2001 con el título *Profili evolutivi del Diritto Industriale (Proprietà intellettuale e concorrenza)*)

⁵ La denominación “Propiedad Intelectual” se ha consolidado en el plano internacional, y también desde luego en la Unión Europea, para referirse a un concepto amplio que comprende tanto la Propiedad

1.2. Los derechos sobre bienes inmateriales

Para proteger los bienes inmateriales, en época relativamente reciente, fundamentalmente en los últimos trescientos años, han ido surgiendo derechos específicos dotados de una enérgica protección de contornos variables pero con un núcleo común que es la existencia de un derecho de exclusiva, un *ius prohibendi erga omnes* que despliega sus efectos en el ámbito territorial limitado de los Estados

A pesar de que todos los derechos sobre bienes inmateriales disfrutaban de características comunes, que luego mencionaré, existe una profunda y radical diferencia entre los derechos sobre bienes inmateriales del primer y segundo grupo que integran la Propiedad Industrial, y los derechos sobre bienes inmateriales del tercer grupo que constituyen el Derecho de Autor. Los derechos que se cobijan bajo el paraguas del Derecho de Autor, nacen *ipso iure* por el simple hecho de la creación sin necesidad de cumplir con ningún requisito formal ni estar inscritos en ningún registro. Por el contrario, los derechos de Propiedad Industrial para ser completos necesitan cumplir ciertos requisitos y formalidades que culminan con su inscripción en un registro público. Es verdad que existen derechos de propiedad industrial no inscritos, pero tales derechos nunca gozarán de la plenitud de los derechos inscritos y por tanto en términos generales podemos calificarlos como limitados o incompletos, salvo algún caso excepcional como el diseño europeo no registrado. La diferencia, pues, entre los derechos de propiedad industrial y el derecho de autor radica en el proceso de nacimiento del derecho. En el caso de los derechos de propiedad industrial se produce una circunstancia excepcional consistente en el nacimiento de un derecho privado, del mismo rango que la propiedad amparada por la Constitución, por consecuencia de un acto administrativo que culmina un procedimiento administrativo de concesión⁶. Esto explica que una vez nacido el derecho de propiedad industrial después del registro, para cualquier litigio sea competente la jurisdicción civil mediante la actuación de los Juzgados de lo Mercantil. Mientras que para oponerse a las decisiones del órgano administrativo encargado del registro haya que someterse a los trámites de la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta diferencia esencial se justificó históricamente porque en los bienes inmateriales protegidos por el Derecho de Autor existía una individualidad subjetiva en cuya virtud la personalidad del autor se reflejaba de algún modo en el bien inmaterial por él creado. Por esto, el Derecho de Autor desde su acta de nacimiento moderna con el Estatuto de la Reina Ana de 1709 ha sido diseñado para amparar al creador individual, sin tener presente la explotación comercial o industrial masiva de su creación. Por el contrario, en los bienes inmateriales

Industrial como el Derecho de Autor. En España se sigue utilizando un concepto restringido de “propiedad intelectual” para calificar a lo que prácticamente en todo el mundo se denomina derecho de autor. Como he señalado reiteradamente sería aconsejable adaptar nuestra denominación para evitar confusiones y equívocos y para ello no existe obstáculos insuperables ni siquiera el hecho de que la Constitución de 1978 hable de propiedad intelectual en lugar de derecho de autor.

⁶ Como he señalado en otras ocasiones, a pesar del nombre no existe una concesión administrativa porque las vicisitudes del derecho a lo largo de su vida legal quedan al margen de la administración por ser un derecho privado, vid. GOMEZ SEGADE, J.A., “La propiedad industrial en España”, en BARNES J. (coord.), *Propiedad, Expropiación y Responsabilidad*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 473 y ss. [491]

protegidos por la Propiedad Industrial no existía individualidad subjetiva sino objetiva porque la personalidad del autor en términos generales era irrelevante y lo decisivo era el bien inmaterial y su explotación. En la actualidad, las circunstancias han cambiado drásticamente por muchas razones, entre ellas la despersonalización del Derecho de Autor y el apogeo de la denominada industria cultural. Por eso, siguiendo a quienes han propugnado una “convergencia de la Propiedad Industrial con el Derecho de Autor”⁷, yo también he apuntado la conveniencia de un “cambio de paradigma que desde luego encontrará mucha resistencia por inercia histórica y por la presión de la poderosísima industria cultural”⁸

1.3. Características de los derechos sobre bienes inmateriales que integran la propiedad industrial

Dado que el ALCM se ocupa fundamentalmente de los derechos de propiedad industrial mencionamos seguidamente las características de estos derechos. Hay que tener presente, sin embargo que, salvo el carácter registral al que hemos aludido en el número anterior, la mayoría de las restantes características de los derechos de propiedad industrial son comunes para todos los derechos sobre bienes inmateriales, incluido por tanto el derecho de autor. Por otro lado, como los bienes inmateriales se evaporarían si no estuviesen protegidos por derechos de gran consistencia, los derechos sobre bienes inmateriales que integran la propiedad industrial se convierten en “activos empresariales vitales”⁹

En primer término, son **derechos de exclusiva** que confieren a su titular la facultad positiva de utilizar o explotar en exclusiva el bien objeto, y la facultad negativa de oponerse a cualquier forma de utilización o explotación por parte de terceros. Esta doble vertiente del derecho de exclusiva es clara aunque sólo se menciona expresamente en algunos textos legales como el artículo 34 de la Ley de Marcas de 2001, o el artículo 45 de la Ley de diseño industrial de 2003¹⁰. Lo que sí mencionan expresamente todas las leyes reguladoras de derechos de propiedad industrial es el *ius prohibendi erga omnes* quizás porque esta vertiente negativa es la que refleja con mayor nitidez la exclusividad de que goza el titular del derecho y supone una excepción al principio de libertad de competencia.

⁷ Vid., por ejemplo, GÖTTING, H.-P., *Gewerblicher Rechtsschutz*, 9ª ed., Beck, Munich, 2010, p. 4

⁸ GÓMEZ SEGADE, J.A., “La propiedad industrial y el derecho de autor en la encrucijada”, en *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 953 y ss. [955]

⁹ Así lo señala textualmente el Considerando núm. 2 del Reglamento (UE) 386/2012, de 19 de abril del Parlamento Europeo y del Consejo. Se añade en el citado Considerando que los derechos de propiedad intelectual “ayudan a garantizar que los creadores e innovadores obtengan una retribución justa por su trabajo y a que sus inversiones en investigación y en nuevas ideas sean protegidas”.

¹⁰ -El artículo 50 de la vigente Ley de Patentes sólo contempla la vertiente negativa del derecho de exclusiva. Sería de esperar que una nueva ley de patentes se sumara a la postura más amplia y correcta de las Leyes de marcas y diseño industrial. Sin embargo, lamentablemente el artículo 59 del recientemente publicado Proyecto de Ley de Patentes [BOCG-Congreso de los Diputados, X Legislatura, 28 de noviembre de 2014, Serie A, núm. 122-1, p. 33] mantiene la postura de la vigente Ley de Patentes de 1986 y no menciona la vertiente positiva del derecho de exclusiva frente al loable ejemplo de las Leyes de marcas y diseño industrial

En segundo lugar, son **derechos sometidos al principio de “numerus clausus”**. El catálogo cerrado de derechos de propiedad industrial se justifica por la necesidad de evitar el riesgo de que se incremente indefinidamente el número de derechos de exclusiva con el consiguiente perjuicio para la competencia y en última instancia para los consumidores. Con el “numerus clausus” no sólo se cierra el paso a la creación por vía jurisprudencial de nuevos derechos típicos, sino que también se dificulta el recurso a la interpretación analógica o extensiva para añadir nuevos derechos no reconocidos legalmente o para ampliar el alcance de aquellos que disponen de un reconocimiento legal. En definitiva el “numerus clausus” de los derechos de propiedad industrial es una de las herramientas para mantener el equilibrio entre los intereses de los particulares en obtener una posición de privilegio en el mercado como recompensa por sus prestaciones y el interés de la generalidad en que las excepciones a la libertad de competencia sean las mínimas posibles. Sólo se reconocen derechos de propiedad industrial que facilitan o estimulan la competencia de forma relevante, mientras que otras innovaciones o prestaciones están sujetas a la libertad de imitación que constituye un elemento esencial de la competencia, como se subraya en la Exposición de Motivos de la Ley de Competencia Desleal¹¹. Es verdad que hay sectores relevantes de la doctrina que cuestionan la subsistencia del principio de “numerus clausus” de los derechos sobre bienes inmateriales¹². Pero en la mayoría de los casos se niega la existencia de “numerus clausus” no en el campo de los derechos de propiedad industrial, sino en el ámbito del derecho de autor para permitir la protección de creaciones nuevas, por ejemplo, los espectáculos deportivos y su retransmisión directa por radio o televisión¹³.

En tercer lugar, en términos generales son **derechos registrales**, porque desde el punto de vista formal resulta imprescindible para el nacimiento del derecho un acto administrativo de concesión y la inscripción en un registro público estatal o europeo como vimos anteriormente. Decimos que *en general* los derechos de propiedad industrial tienen carácter registral, porque también hay auténticos derechos de propiedad industrial sin registro. Por un lado, cabría mencionar los derechos de propiedad industrial plenos o completos, categoría que comprende tanto los derechos registrados como aquellos que, aun naciendo sin registro, gozan de la misma fortaleza que los registrados si se cumplen determinados requisitos, como el diseño comunitario no registrado o la marca renombrada. Por otro lado, no se pueden ignorar los derechos de propiedad industrial limitados o incompletos como los que se derivan de las solicitudes de títulos de propiedad industrial todavía no registrados, o un secreto industrial, que no disponen de un *ius prohibendi erga omnes* sino únicamente de una exclusiva de facto o de algunas acciones concretas de las que integran la vertiente positiva del derecho de exclusiva.

¹¹ En el mismo sentido, entre otros, GÖTTING, J.H., *Gewerblicher Rechtsschutz*, *op. cit.*, p. 45.

¹² A título de ejemplo, vid. OHLY, A. “Gibt es einen Numerus clausus der Immaterialgüterrechte?”, en *Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts. Festschrift für Gerhard Schrcker zum 70. Geburtstag*, Beck, Munich, 2005, pp.105 y ss.

¹³ . OHLY, A. “Gibt es einen Numerus clausus ...”, *op. cit.*, pp. 112 y ss.

En cuarto lugar son **derechos sometidos al principio de prioridad**, en virtud del cual quien primero realiza su creación o prestación y cumple los requisitos establecidos goza de preferencia, por lo que el derecho más antiguo prevalece sobre el más moderno. La necesidad de respetar este principio en la hipótesis de los derechos de propiedad industrial se deriva del hecho de que el objeto del derecho es un bien inmaterial. La sumisión al principio de prioridad bloquea la posibilidad de la doble protección, por lo que el mismo derecho sólo puede ser adquirido por el primero que realiza la solicitud mientras que las solicitudes posteriores serán rechazadas.

En quinto lugar, son **derechos territoriales** porque sólo producen efectos dentro de los límites del Estado que los concede. Este ámbito territorial limitado resultaba contradictorio con la tendencia a la expansión internacional de la propiedad industrial que se fue incrementando al tiempo que se internacionalizaba el comercio y la economía hasta llegar a la actual fase de globalización. Por esto ya en el Convenio de la Unión de París (CUP) de 1883 se incorporaban dos principios que permitían aminorar los perjuicios de la territorialidad y extender la protección de los derechos de propiedad industrial a otros países, como el trato nacional y la prioridad unionista. No sólo se han mantenido estos principios en Acuerdos internacionales posteriores como el ADPIC, sino que también en Acuerdos complementarios del CUP se han diseñado sistemas para facilitar y simplificar la obtención de un derecho de propiedad industrial para el mismo bien en varios países; así ha sucedido para las marcas con el Arreglo de Madrid y su Protocolo, para las patentes con el PCT, y para los diseños industriales con el Arreglo de La Haya.

Aunque en el lenguaje ordinario se hable de patentes o marcas internacionales, en la realidad no existe en el mundo ningún tipo de derecho de propiedad industrial único y válido para varios Estados. La única excepción está constituida por los derechos de propiedad industrial de ámbito comunitario en la UE (como la marca, el diseño o las obtenciones vegetales) o los derechos de propiedad industrial únicos para los dieciséis Estados africanos francófonos más Guinea Ecuatorial, integrados en la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI) con sede en Yaundé (Camerún).

En sexto lugar, son **derechos sometidos al principio de agotamiento** para evitar que sufran perjuicios los dueños del objeto corpóreo en que se plasma el bien inmaterial y que pueda resultar suprimida o restringida la libre circulación de mercaderías. Es justo que el titular del derecho de propiedad industrial pueda extraer el máximo beneficio de su creación o prestación, pero no está justificado que pueda controlar cualquier utilización posterior o la venta del producto o servicio en que se plasma el bien inmaterial¹⁴. Por esta razón, el agotamiento es una limitación de los derechos de propiedad industrial que implica que su titular no puede impedir la ulterior circulación de un producto una vez que éste ha sido introducido en el mercado por el titular del derecho o con su consentimiento. Por consecuencia del carácter territorial de los derechos de propiedad industrial, al que ya hemos aludido, el mercado en el que se produce el agotamiento es el mercado nacional del Estado en que se concedió el derecho (*agotamiento nacional*). Sin embargo, excepcionalmente también se produce el

¹⁴ GOMEZ SEGADE, J.A. , *La propiedad industrial en España, op. cit.*, pp. 497-498.

agotamiento en todos los Estados integrantes de la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo (*agotamiento comunitario*) para que pueda materializarse una de las cuatro libertades básicas de la UE que es la libertad de circulación de mercaderías en todo el mercado de la Unión Europea. En cambio no hay *agotamiento internacional*, y por tanto el titular del derecho de propiedad industrial no ve limitado su derecho en el ámbito de la Unión Europea cuando el producto se pone en el mercado de terceros países aunque haya sido con el consentimiento del titular del derecho.

En séptimo lugar, son **derechos temporales** porque, a diferencia del derecho de propiedad que carece de límite temporal, tienen un plazo de duración distinto para cada derecho¹⁵. Este plazo es bastante corto porque a lo sumo puede llegar "hasta el final del trigésimo año natural a contar desde el año de concesión de los derechos de obtento" en el caso de variedades de vid y de especies arbóreas, mientras que la patente y el modelo de utilidad duran respectivamente 20 o 10 años contados desde la fecha de presentación de la solicitud, el diseño industrial 5 años desde la presentación (con posible prórroga hasta un máximo de 25 años), la marca 10 años desde la presentación (renovables indefinidamente), y las topografías de productos semiconductores 10 años contados desde el final del año en que se presentó la solicitud de registro o en que se comercializó por primera vez en cualquier lugar del mundo. La necesidad de fijar un plazo de duración de los derechos de propiedad industrial se deriva del hecho de que todos ellos implican una limitación o restricción de la competencia que sólo se permite temporalmente para estimular la competencia y recompensar al que realiza una creación o una prestación industrial. En definitiva, el establecimiento de una vida legal de los derechos de propiedad industrial constituye un intento de establecer un equilibrio entre los intereses del titular y los intereses de la generalidad en que no exista ninguna limitación de la competencia y se pueda utilizar libremente cualquier creación¹⁶. Estas mismas consideraciones se pueden realizar en relación con el derecho de autor, aunque en este caso los efectos sobre la competencia son menos graves, no hay un efecto barrera tan radical, porque el derecho de autor protege únicamente la forma de expresión y no la idea. Esto explica que el plazo de duración del derecho de autor sea de 70 años *post mortem auctoris*, , mucho más largo por tanto que el de los derechos de propiedad industrial.

Conviene subrayar que la temporalidad afecta a todos los derechos de propiedad industrial incluso la marca. Es verdad que la marca puede ser renovada indefinidamente por sucesivos períodos de 10 años, pero esto mismo nos demuestra su carácter temporal pues de lo contrario se establecería que la marca dura indefinidamente, cosa que no hace ninguna ley del mundo. La renovación de la marca se justifica por la necesidad de proteger los intereses superiores de los consumidores. Dado que la marca encarna el *goodwill* de la empresa y su valor simbólico cumple una función publicitaria, si caducase ineluctablemente el derecho de marca transcurrida su inicial vida legal y no fuera posible renovarla, cualquier tercero podría utilizarla y en ese caso se confundiría extraordinariamente al consumidor. Sería contradictorio que, para eliminar un derecho

¹⁵ GOMEZ SEGADE, J.A., *La propiedad industrial en España*, op. cit., pp. 494-495.

¹⁶ GÖTTING, J.H., *Gewerblicher Rechtsschutz*, op. cit., p. 63.

de exclusiva como la marca contrario a la competencia y que podría perjudicar al consumidor, se estableciese la imposibilidad de renovar la marca lo que con seguridad perjudicaría al consumidor por la confusión y errores derivados de la utilización por cualquiera de un signo que con anterioridad se asociaba a un producto y/o una empresa determinada.

Por último, **los derechos de propiedad industrial están dotados de ubicuidad** porque su objeto son bienes inmateriales desligados de cualquier vínculo temporal o espacial. Puede ser útiles para diversas personas en distintos lugares, lo que implica que estos derechos son más vulnerables que los derechos sobre bienes físicos y necesitan una protección reforzada. Sin embargo, a diferencia de los dueños de bienes corpóreos que pueden actuar contra quienes atenten contra la integridad o la posesión de esos bienes con herramientas jurídicas indubitadas (interdictos para recobrar la posesión, acciones contra el hurto o el robo, etc.) los titulares de derechos sobre bienes inmateriales tienen posibilidades de control más limitadas e incluso nebulosas en ocasiones.

2. LOS BIENES INMATERIALES EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL (ALCM)

2.1. Regulación de los bienes inmateriales protegidos por derechos de propiedad industrial.

Entre las numerosas innovaciones que contiene el ALCM figura la consagración legal de la categoría de los bienes inmateriales, que ya había encontrado amplia acogida en la doctrina y la jurisprudencia españolas. En la misma EdM se subraya que la “mayor parte del Código incluye la regulación de materias que carecían de normativa aplicable y que, por lo tanto constituyen una innovación en el ordenamiento jurídico. En la regulación de materias nuevas cabe mencionar...., la inclusión de varios artículos sobre la propiedad industrial y muy especialmente los distintos tipos de contratos como operaciones sobre bienes inmateriales”¹⁷. Y posteriormente, en la misma EdM se destaca que la regulación del derecho de la competencia y la propiedad industrial en el libro III “constituye, sin duda, una de las más destacadas novedades del nuevo Código respecto del Código de Comercio”¹⁸. La categórica afirmación del pre-legislador es correcta, e incluso cabría añadir que la postura del ALCM es sumamente innovadora no sólo comparada con nuestro antiguo y venerable Código de Comercio, sino también frente a Códigos de Comercio más modernos de otros países de nuestro entorno.

Como acabamos de ver, en la EdM, en los rótulos de varios títulos y capítulos del ALCM, y en diversos preceptos se emplea el concepto de bienes inmateriales. Pero también se hace uso de la expresión propiedad industrial en la misma EdM, en el rótulo y en el título VI del Libro III y en varios capítulos del libro V del Código. Esta

¹⁷ ALCM p.18, núm. I-29

¹⁸ ALCM p.42-43, núm. IV-2.

realidad obliga a precisar desde el primer momento que, aunque se habla de bienes inmateriales y se acoge esta categoría, el ALCM no se ocupa de todos los tipos de bienes inmateriales y de los derechos que los protegen, sino únicamente de las dos primeras clases de bienes inmateriales a que hemos hecho referencia¹⁹ (creaciones industriales y signos distintivos) que se hallan protegidas por derechos exclusivos agrupados bajo el nombre tradicional de propiedad industrial.

Dado que el ALCM sólo se ocupa de la propiedad industrial, en términos generales hay que entender que, cuando se emplea la expresión bienes inmateriales, se alude únicamente a los que están amparados por derechos de propiedad industrial, y por tanto a creaciones industriales y signos distintivos. Sin embargo, en algunos casos parece que se utiliza la expresión bienes inmateriales en términos más amplios para comprender todo tipo de bienes inmateriales. Así sucede, en el artículo 533-14 en el que se regula el concepto de contrato de reclamo mercantil, a cuyo tenor:

1. Por el contrato de reclamo mercantil, el titular de un bien inmaterial protegido por un derecho de exclusiva y susceptible de resultar atractivo para el público, cede su uso a un empresario como medio de atraer clientela hacia los bienes o servicios que ofrece en el mercado, a cambio de una contraprestación.
2. Podrán ser objeto de un contrato de reclamo mercantil, entre otros bienes inmateriales, el nombre o la imagen de una persona física, las marcas, y las creaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual.

No es nuestro propósito analizar el régimen del contrato de reclamo mercantil (*merchandising*) en el ALCM²⁰, sino tan sólo llamar la atención sobre el sentido amplio con que se utiliza el concepto de bienes inmateriales en este precepto. En efecto, de su tenor literal hay que deducir que puede ser objeto de este contrato cualquier tipo de bien inmaterial, desde los protegidos por derechos de propiedad industrial a los que reciben protección a través de la normativa del derecho de autor. Así lo confirma la enumeración “*ad exemplum*” del núm. 2, en el que expresamente se alude a las “creaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual”. Es verdad que éstas últimas y los signos distintivos (aunque el ALCM injustificada y arbitrariamente hable sólo de marcas) serán el objeto más habitual del contrato de reclamo mercantil; pero nada impide que también puedan ser objeto del contrato bienes inmateriales protegidos por derechos de propiedad industrial como el diseño industrial, el modelo de utilidad, o incluso de forma excepcional una invención o una obtención vegetal.

En su afán de comprender todo tipo de bienes inmateriales, el artículo 533-14 del ALCM incluso va más allá de lo razonable porque entre los bienes inmateriales incluye “el nombre o la imagen de la persona física”, lo que se viene conociendo como el “*right of publicity*”. Este derecho a la propia imagen está regulado por la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo que reconoce a todas las personas un conjunto de

¹⁹ *Supra*, núm. 1.1.

²⁰ A este respecto vid. SEQUEIRA MARTIN, A., *Los contratos publicitarios en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*, en BERCOVITZ, A. (coord.) “Hacia un Nuevo Código Mercantil”, Edit. Thomson Reuters-ARANZADI, Cizur Menor (Navarra) 2014, pp. 433 y ss. [461 y ss.]

derechos relativos a la explotación comercial de su imagen²¹, lo que tiene una enorme importancia económica a la actualidad. El titular del derecho a la propia imagen (*right of publicity*) tiene una posición exclusiva que guarda semejanza con la exclusiva de que disfruta el titular de un derecho sobre un bien inmaterial, pero la propia imagen no es un bien inmaterial ni conceptual ni funcionalmente.

Conviene advertir finalmente que, aunque el ALCM no se ocupe en general de bienes inmateriales protegidos por derecho de autor, hay un caso al menos en el que se ocupa de un bien inmaterial consistente en una creación intelectual como son las creaciones publicitarias. A ellas se refiere el artículo 533-8 indicando que “podrán gozar de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes”.

2.2. Razones para la incorporación de algunos preceptos y principios generales de propiedad industrial al ALCM

En la EdM del ALCM se justifica la inclusión de la propiedad industrial en el Código Mercantil por su íntima relación con la competencia y la unidad de mercado. En este sentido se subraya literalmente que “la propiedad industrial comprende un conjunto de normas íntimamente vinculadas a la competencia cuya regulación forma parte del derecho económico estatal indisolublemente ligado a la unidad de mercado. Esta es la razón por la que el artículo 149.9 de nuestra Constitución atribuya al Estado la competencia exclusiva para legislar sobre la propiedad industrial y es también la razón por la que, aunque históricamente se desarrolló al margen del Código de Comercio, la propiedad industrial haya sido siempre parte integrante de la materia mercantil”²². Tengo dudas de que la unidad de mercado haya sido la razón de que se atribuyese a la administración central del Estado la competencia exclusiva para legislar sobre propiedad industrial, pues no hay que olvidar que ya desde 1883 el Convenio de la Unión de París obliga a cada país (y España es miembro fundacional) a establecer un servicio especial de la propiedad industrial y una oficina central. También sorprende la rotundidad con que se afirma que la propiedad industrial ha sido siempre parte integrante de la materia mercantil, pues salvo en los últimos decenios ni siquiera la doctrina mercantil afirmaba esa pertenencia. Pero al margen de estas consideraciones, la inclusión de la propiedad industrial en el futuro Código Mercantil parecía obligada desde el momento en que también se incorpora la normativa sobre competencia a la que están íntimamente ligados los derechos de propiedad industrial como excepciones necesarias para estimular la competencia en el mercado.

²¹ Este derecho no debe confundirse con el derecho fundamental a la intimidad regulado por el artículo 18.1 de la Constitución española. Así lo ha puesto de manifiesto la STC 81/2001, de 26 de marzo, en cuyo FJ 2, se destaca que la dimensión contractual y comercial del derecho a la propia imagen, “no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas”. Y añade: “La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y, por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18 C.E”.

²² ALCM p. 43, núm. IV-8.

Además de obligada por la concepción del mercado y la competencia subyacente al Código Mercantil, la incorporación de algunos preceptos sobre propiedad industrial también resultaba conveniente para reflejar la trascendental importancia de estos derechos en una economía globalizada como la que vivimos en nuestros días. Y la importancia de estos derechos radica en buena medida en las características de su objeto que son los bienes inmateriales. Si las creaciones industriales y los signos distintivos siempre han jugado un papel esencial en el desarrollo de las empresas y los mercados, su protagonismo es total en nuestras sociedades altamente desarrolladas porque la sociedad del conocimiento es un hábitat en el que germinan con especial vigor los bienes inmateriales. Las fuerzas del mercado empujan para que no les falte protección, a veces con excesos reprobables, y el legislador no podía permanecer al margen de esta realidad.

En la Exposición de Motivos se subraya que los derechos de propiedad industrial tienen en común dos características esenciales: “el tratarse de un tipo de propiedad sobre bienes inmateriales destinados a ser explotados como activos empresariales en el mercado de bienes y servicios, y el constituir instrumentos indispensables para el funcionamiento de la economía de mercado basada en el principio de libre competencia, que es el modelo económico donde las instituciones que la integran tienen su razón de ser”(subrayado propio)²³. Subrayo la terminología “propiedad sobre bienes inmateriales” porque me parece más adecuado hablar de la “titularidad sobre bienes inmateriales” como se desprende del artículo 360-1 del ALCM en donde se establece que los derechos de propiedad industrial se adquieren mediante la obtención del correspondiente título, aunque este precepto también ofrece flanco a la crítica según veremos más adelante.

Al margen de este detalle, lo más relevante en este punto, es preguntarse la razón de que el pre-legislador no haya incorporado al Código Mercantil los bienes inmateriales constituidos por creaciones intelectuales protegidas por el derecho de autor. En efecto, por un lado las creaciones intelectuales, tienen igual importancia que las creaciones industriales y los signos distintivos y han crecido todavía más vertiginosamente en la sociedad de la información. Por otro lado, la explotación de algunas de estas creaciones intelectuales (musicales, publicitarias, cinematográficas o audiovisuales por no mencionar los programas de ordenador.) constituye una de las actividades económicas de mayor peso en muchas economías y por eso se habla sin rebozo de la “industria cultural”. Finalmente, los derechos económicos que protegen estas creaciones intelectuales guardan muchas semejanzas con los derechos que protegen los restantes bienes inmateriales aunque subsistan diferencias de relieve como la ausencia de carácter registral, la no aplicación del principio de prioridad, o la dudosa aplicación del principio de “*numerus clausus*”. Pues bien, creo que es acertada la postura adoptada por el Código Mercantil de no incorporar con carácter general los bienes inmateriales constituidos por creaciones intelectuales y los derechos que los regulan. En primer lugar por razones de oportunidad para ahorrarse necesarias matizaciones y evitar un nuevo punto de fricción con otros sectores jurídicos. En

²³ ALCM, p.43, núm. IV-9.

segundo término por razones más de fondo, porque los bienes inmateriales protegidos por derechos de propiedad industrial son activos intangibles, destinados *necesariamente* a ser explotados por un operador económico en una empresa para el mercado; por el contrario, la mayoría de las creaciones intelectuales sólo se vincularán *voluntariamente* a una empresa cuando su creador decida explotarlas industrialmente en el mercado. Podemos decir, pues, que mientras las creaciones industriales y los signos distintivos están vinculados ontológicamente a la empresa y a un operador económico en el mercado, no sucede lo mismo con las creaciones intelectuales. Por todas estas razones parece razonable que las creaciones intelectuales acampen al margen del Código Mercantil.

Una vez adoptada la decisión de incorporar al Código Mercantil los bienes inmateriales protegidos por derechos de propiedad industrial, restaba decidir sobre la amplitud de esta incorporación. En el ALCM se subraya que en el sector de la propiedad industrial diversas circunstancias han provocado una proliferación legislativa y una especialización sectorial que hay que considerar irreversible. Por esta razón, en vez de incorporar el régimen integral de los derechos de propiedad industrial, se ha optado por una incorporación limitada. En este sentido puntualiza la EdM que, *“es por ello aconsejable mantener las normas sobre las diferentes modalidades de propiedad industrial en las leyes especiales que las regulan sin perjuicio de integrar en el Libro tercero del nuevo Código Mercantil unos preceptos generales comunes a todas ellas, completando así las carencias del anterior Código de Comercio, e insertando en la legislación básica mercantil unos principios comunes a instituciones que son indispensables en la regulación del tráfico económico y del mercado, dentro del modelo económico reconocido en la Constitución”*²⁴. La posición del pre-legislador me parece correcta y razonable, aunque en sentido contrario se haya invocado la existencia de textos legales de otros países en los que se regula la totalidad de los derechos de propiedad industrial como en una reciente propuesta doctrinal en Alemania²⁵, o como textos ya vigentes entre los que destaca el Code de la Propriété Intellectuelle francés. Sin embargo, estos ejemplos no parecen válidos porque se trata de textos legales autónomos, al margen de los grandes códigos de derecho privado. Es verdad que existe algún código moderno, como el Código Civil holandés, que prevé dedicar un libro a la propiedad industrial y al derecho de autor, o el Código Civil ruso que se ocupa también por extenso de todos los derechos sobre bienes inmateriales. Pero en ambos casos se trata de textos que implican un largo y escalonado proceso de desarrollo y entrada en vigor, que nada tiene que ver con el ALCM que intenta regular toda la materia mercantil “uno actu” para que entre en vigor de un golpe; no sería razonable y podría perjudicar una rápida aprobación del ALCM que a sus más de 1700 artículos se añadiesen los más de 400 de las leyes reguladoras de los derechos de propiedad industrial. Por otro lado, tampoco parece aconsejable incorporar a un texto con vocación de cierta estabilidad como el futuro Código Mercantil un conjunto normativo con intensa

²⁴ ALCM, p.43, núm. IV-11.

²⁵ GARCÍA PEREZ, R., Recensión de “AHRENS,H.J./Maguire, M.R., Modellgesetz für geistiges Eigentum. Normtext und Begründung, Edit. GRUR Munich 2012”, ADI 34 (2013-2014,) pp. 654 y ss. [656-657]

armonización internacional y europea y por tanto sujeto a frecuentes modificaciones derivadas de acuerdos internacionales o decisiones de la UE.

2.3. Los bienes inmateriales y los derechos de propiedad industrial en el Libro III del ALCM

2.3.1 Preliminar

De acuerdo con lo expresado en la EdM, el ALCM esencialmente se ocupa de los bienes inmateriales en el título VI [“de la propiedad industrial”] del Libro III, que lleva el título general “del derecho de la competencia y de la propiedad industrial”.

También se mencionan los bienes inmateriales en el capítulo I, del título I del Libro V, cuya sección 2ª se denomina “De la compraventa de bienes inmuebles y de bienes inmateriales” (artículo 511-2 y ss.), aunque posteriormente en el articulado no hay ni rastro de los bienes inmateriales. Esta ausencia resulta lógica porque más adelante el capítulo V del título III del mismo Libro V se ocupa de la cesión de bienes inmateriales, lo que nos lleva a pensar que el mantenimiento de la denominación de la citada sección 2ª es una errata que debiera ser eliminada.

Por último, también se alude a los bienes inmateriales en el capítulo V del Título III del Libro V que lleva por título “del contrato de cesión de bienes inmateriales”, y en el capítulo VI del mismo Título III del Libro V que se rotula “del contrato de licencia de bienes inmateriales”. No nos ocuparemos de estos dos capítulos en los que se recogen normas sobre los contratos de licencia y cesión que ya figuraban en las leyes especiales y que quizás, como subraya la doctrina²⁶ debieran haberse regulado en un único capítulo para evitar reiteraciones.

Tampoco pretendemos analizar la totalidad de la normativa sobre propiedad industrial contenida en el citado Título VI del Libro III, conscientemente sintética como ya vimos se justificaba la EdM²⁷. Tan sólo expondremos algunos rasgos generales de los bienes inmateriales consistentes en creaciones industriales o signos distintivos y de los derechos que los protegen a los que, reiteramos una vez más, el ALCM denomina propiedad industrial siguiendo una terminología histórica que también recoge la Constitución española de 1978 en el artículo 149.1.9ª. Por esta razón pondremos el foco fundamentalmente en el artículo 360-1 del ALCM. En todo caso, cabe destacar que en términos generales el ALCM huye de declaraciones retóricas de carácter teórico, en algún caso bastante anticuadas y discutibles como la que figura en el artículo 1º del Código da Propriedade Industrial portugués²⁸.

²⁶ MACIAS MARTIN, J., “La propiedad industrial en la propuesta de Código Mercantil”, en BERCOVITZ, A. (Coordinador) *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, Thomson Reuters/ARANZADI, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 279 y ss. [293]

²⁷ Para una primera aproximación general, vid. MACIAS MARTIN, J., “La propiedad industrial en la propuesta de Código ...”, *op. cit.*, en la nota anterior.

²⁸ A tenor de este precepto: “A propriedade industrial desempenha a função de garantir a lealdade da concorrência, pela atribuição de direitos privativos sobre os diversos processos técnicos de produção e desenvolvimento da riqueza”.

2.3.2 Los bienes inmateriales

El artículo 360-1 del ALCM, con loable precisión técnica, distingue entre los bienes inmateriales y los derechos que protegen esos bienes. Es probable que el prelegislador español se haya inspirado en textos como el Codice de la Proprieta Industriale italiano. Sin embargo, el ALCM mejora lo dispuesto en el texto italiano que mezcla erróneamente bienes inmateriales con derechos sobre bienes inmateriales²⁹, por ejemplo, menciona bienes inmateriales como las invenciones o signos distintivos al lado de derechos como modelos de utilidad, marcas o topografías de productos semiconductores.

El artículo 360-1, núm. 1 del ALCM no contiene una definición de bien inmaterial sino únicamente la lista de estos bienes que son objeto de propiedad industrial, y que son los siguientes: “*invenciones, diseños industriales, topografías de productos semiconductores, obtenciones vegetales, signos distintivos de la actividad empresarial y denominaciones de origen*”. Podría haberse optado por conceptos más amplios señalando que son objeto de propiedad industrial las creaciones industriales y los signos distintivos, pero se ha preferido una individualización de los bienes inmateriales lo que implica el riesgo de inclusión de pseudo bienes inmateriales y de exclusión de auténticos bienes inmateriales. Parece que se ha evitado ese riesgo, pero la lista del artículo 360-1, núm. 1 del ALCM suscita una doble reflexión.

En primer lugar, la lista sólo incluye bienes inmateriales que pueden ser objeto de derechos de propiedad industrial que hemos llamados completos por estar constituidos por un enérgico derecho de exclusiva. Es lógico, por tanto, que en la enumeración no figuren, por ejemplo, los secretos industriales, como sucede en el artículo 1 del Codice de la Proprieta Industriale italiano³⁰ o en el artículo 39 del ADPIC³¹. Este bien inmaterial no está amparado por una exclusiva legal sino por una simple exclusiva de hecho que se evapora con la divulgación, y por consiguiente sólo disfruta de protección a través de la normativa contra la competencia desleal, que se concreta en el artículo 322-11 del propio ALCM.

En segundo término, la mención de las “denominaciones de origen” entre los bienes inmateriales objeto de propiedad industrial, aunque indiscutible desde el punto de vista de la naturaleza de este derecho³², debe ser objeto de comentario por una doble razón. Por un lado, es loable que el prelegislador cambie la línea adoptada por el Tribunal Constitucional que expulsaba a las denominaciones de origen del ámbito de la

²⁹ En efecto, el artículo 1º del citado texto legal señala textualmente: “*Ai fini del presente codice, l'espressione proprietà industriale comprende marchi ed altri segni distintivi, indicazioni geografiche, denominazioni di origine, disegni e modelli, invenzioni, modelli di utilità, topografie dei prodotti a semiconduttori, informazioni aziendali riservate e nuove varietà vegetali*”

³⁰ Vid supra nota anterior: “informazioni aziendali riservate”

³¹ El artículo 39 del ADPIC, que integra la sección 7ª de la Parte II del Convenio, se ocupa de la protección de la “información no divulgada”.

³² Así, siempre se ha sostenido que las denominaciones de origen, igual que las marcas, son derechos patrimoniales que gozan de la misma protección constitucional que el derecho de propiedad, opinión a la que ya nos sumamos hace ya más de 30 años; vid GOMEZ SEGADE, J.A., “Protección constitucional de la marca y de las denominaciones de origen: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 22 de mayo de 1979”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, nº 7, 1981, p. 293-324

propiedad industrial. En efecto, en la sentencia de 20 de diciembre de 1990, que resolvió el recurso del gobierno central contra la ley gallega de piedras ornamentales de 30 de junio de 1985, el TC señaló que el instituto de las denominaciones de origen “responde a una lógica comunal que afecta al interés público....distinta de la individualista de apropiación privada y uso exclusivo individualizado de la propiedad industrial”³³. La argumentación del TC no resultaba convincente pues idénticas características podrían predicarse de las marcas colectivas o de garantía, y nadie había osado excluirlas del ámbito de la propiedad industrial. Mas bien parece que el TC trató de dar una respuesta de compromiso para lo que podría convertirse en un delicado problema político por consecuencia de las defectuosas y equívocas listas de competencias contenidas tanto en la Constitución como en los Estatutos de Autonomía³⁴. Por otro lado, la inclusión de las “denominaciones de origen” en la lista de bienes inmateriales del artículo 160-1.1 del ALCM ofrece flanco a la crítica porque el auténtico bien inmaterial son las “indicaciones geográficas”, mientras que el derecho de las denominaciones de origen constituye tan sólo una de las modalidades (la más sólida y rigurosa) de derechos que protegen los nombres geográficos si se cumplen determinados requisitos. Junto a las denominaciones de origen protegidas existen otros derechos sobre las indicaciones geográficas como las “indicaciones geográficas protegidas”³⁵, y por eso quizás habría sido más adecuado que en el artículo 160-1.1 del ALCM en lugar de “denominaciones de origen” se hablase de “indicaciones geográficas”.

³³ STC núm. 211 /1990 (Pleno), de 20 de diciembre, ponente Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer [BOE de 10 de enero de 1991], FJ 2.

³⁴ Si el artículo 149.1.9ª señala que “El Estado tiene competencia exclusiva sobre...la legislación sobre propiedad intelectual e industrial”, numerosos Estatutos de Autonomía indican que atribuyen a las CC.AA. la competencia exclusiva en materia de denominaciones de origen “en colaboración con el Estado”; así lo hace también el artículo 31.1.4 del Estatuto de Galicia, a cuyo tenor la competencia mencionada debe ser ejercida por la Comunidad Autónoma “de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y la política monetaria del Estado,... en los términos de lo dispuesto en los artículos treinta y ocho, ciento treinta y uno y ciento cuarenta y nueve, uno, once y trece, de la Constitución...”.

³⁵ Estas dos modalidades de protección están reguladas por el REGLAMENTO (CE) No 510/2006 del Consejo de 20 de marzo de 2006 sobre la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, DOUE L/93, de 31 de marzo de 2006. Por su tradición y especificidad las denominaciones de origen e indicaciones geográficas de productos vitivinícolas se regulan en el REGLAMENTO (CE) No 479/2008 del Consejo de 29 de abril de 2008 por el que se establece la organización común del mercado vitivinícola y se modifican varios Reglamentos anteriores, vid. DOUE L/148 de 6 de junio de 2008.

Tras las aproximaciones iniciales de Mascareñas, y la fundamental y pionera obra del Prof. Fernández-Novoa (*La protección internacional de las denominaciones geográficas de los productos*, Tecnos, Madrid, 1970), en los últimos años la bibliografía española sobre la protección de las indicaciones geográficas ha crecido exponencialmente; vid por todos BOTANA AGRA, M. *Las denominaciones de origen*, Marcial Pons, Madrid, 2001. Aunque se refiere a otro ordenamiento jurídico, desde el punto de vista dogmático resulta de interés SOSNITZA, O., “Derecho subjetivo y exclusividad: contribución a la dogmática de las indicaciones de procedencia geográfica según el derecho alemán”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, nº 21, 2000, pp. 185-214

2.3.3 Los derechos de propiedad industrial registrados

El ALCM en el artículo 360-1, núm. 1, párrafo 2º establece que “*los derechos de propiedad industrial se adquieren mediante la obtención del correspondiente título o por los otros medios reconocidos en la ley*”. De esta forma se alude a la aparición de los derechos de propiedad industrial que mayoritariamente nacen mediante el registro y la obtención del correspondiente título, pero que también pueden nacer sin necesidad de registro. Tengo dudas de que la expresión del ALCM (“se adquieren mediante la obtención del correspondiente título”) sea afortunada pues literalmente puede dar a entender que el nacimiento del derecho es algo puramente formal que se deriva de la obtención del título tras el correspondiente registro. Por eso, en mi opinión habría sido más correcto señalar que es el registro lo que da lugar a la expedición del título. Por otro lado, más allá de los aspectos formales y la obtención del título, el nacimiento de los derechos de propiedad industrial depende de la concurrencia de determinados requisitos sustantivos; y por esta razón, aunque el procedimiento de concesión y la concesión del título hayan sido impecables, el derecho puede ser anulado si se prueba que no concurren los requisitos sustantivos. Quizás por esto habría sido preferible decir que “los derechos de propiedad industrial se adquieren tras el registro y la obtención del correspondiente título...”. De esta forma quedaría claro que el derecho nace “*tras el registro*” lo que implica que para registrar se ha comprobado la existencia de los requisitos sustantivos, y no simplemente “*mediante la obtención del correspondiente título*”, porque la obtención del título no depende de la discrecionalidad de la administración.

Tras la afirmación comentada en el párrafo anterior, el artículo 360-1, núm. 2 del ALCM establece literalmente:

“Son títulos de propiedad industrial:

- a) las patentes de invención, los certificados complementarios de protección de medicamentos y de productos fitosanitarios, los certificados de adición, los modelos de utilidad, los diseños industriales registrados, las topografías de semiconductores, las marcas y los nombres comerciales registrados.
- b) Los títulos de obtención vegetal”

En primer término, creemos que sería más adecuado hablar de los derechos de propiedad industrial y no de los títulos de propiedad industrial, porque lo importante no es el título o certificado en el que se haga constar la concesión, sino el derecho que se hace constar en dicho título. Parece que se emplea la palabra título como sinónimo de certificado que acredita el registro y concesión del derecho igual que se hace en el artículo 1 de la vigente Ley de Patentes. En otros idiomas el derecho y el certificado de registro se designan con distintas palabras, por ejemplo, en alemán se habla de *Patent* y *Patenturkunde*. En castellano, ante la ausencia de esa doble terminología, creemos que las palabras patente, marca o diseño deben designar la posición jurídica del titular del derecho sobre una invención, un signo distintivo o un diseño, que ha obtenido el reconocimiento público de su derecho de exclusiva mediante la entrega del

correspondiente certificado³⁶. Esa posición jurídica del titular del derecho de propiedad industrial, constituida por un conjunto de derechos y obligaciones es lo verdaderamente importante, y no el certificado o título en el que se hace constar formalmente. Por esto creemos que el precepto debiera comenzar diciendo “son derechos de propiedad industrial..”.

Entrando ya en la lista que contiene el precepto hay que subrayar que todos los derechos mencionados son derechos nacidos por consecuencia del registro. Por lo demás, esencialmente coincide con la que mencionan otros textos en particular en el ámbito de la Unión Europea, por ejemplo, la Declaración 2005/295/CE de la Comisión sobre el artículo 2 de la Directiva 2004/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al respeto de los derechos de propiedad intelectual³⁷. Sin embargo, hay varias singularidades que conviene mencionar.

En primer lugar, por contraste con la Declaración de la Comisión que acabamos de citar, no menciona los derechos sobre indicaciones geográficas. Esta ausencia resulta especialmente llamativa teniendo en cuenta que anteriormente se incluyeron las denominaciones de origen entre los bienes inmateriales, y que los derechos sobre las indicaciones geográficas para gozar de protección también deben inscribirse en un Registro comunitario. Por eso debieran figurar en este lugar, y no en el número 3 de este mismo artículo 360-1, al que después me referiré, porque este precepto enumera derechos de propiedad industrial nacidos al margen de un registro.

En segundo término, entre los derechos de propiedad industrial se incluyen “los certificados de adición” que regula la vigente Ley de Patentes en los artículos 108 y ss. con el nombre de “adiciones a las patentes”. Sin embargo, este derecho (y el correspondiente título) deberán eliminarse porque en la futura Ley de Patentes, de próxima aprobación por las Cortes Generales³⁸ desaparece esta forma de proteger las invenciones. Esta eliminación de los certificados de adición es coherente con una concepción más estricta del derecho de patentes y está en la línea de otros países europeos, por eso no debe extrañar que no aparezca entre los derechos de propiedad industrial en la Declaración 205/295/CE de la Comisión europea antes mencionada.

En tercer lugar carece de sentido que el derecho de obtención vegetal se separe de los restantes derechos de propiedad industrial registrados por el simple hecho de que el registro no sea realizado por la Oficina Española de Patentes y Marcas, sino por el simple por el Registro de Variedades Protegidas que en la actualidad depende del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Esta circunstancia no

³⁶ En el mismo sentido ya nos pronunciábamos hace tiempo en relación con la patente, vid. GOMEZ SEGADÉ, J.A. “Patente”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, Civitas, Madrid 1995, p. 4796.

³⁷ DOUE L/94, de 13 de abril de 2005.

³⁸ El correspondiente Proyecto de Ley ha empezado su tramitación en el Congreso de los Diputados el pasado mes de noviembre de 2013. Vid. BOCG-Congreso de los Diputados, X Legislatura, 28 de noviembre de 2014, Serie A, núm. 122-1. En la EdM (núm. I, párrafo 11) se justifica la eliminación de los certificados de adición en los siguientes términos: “En cuanto a los certificados de adición, que podían solicitarse durante toda la vida legal de la patente, apenas encuentran hoy reflejo en el derecho comparado europeo. Salvo alguna excepción aislada, en los países de nuestro entorno no se considera ya necesario regular unos títulos accesorios que puedan solicitarse durante toda la vida legal de la patente y no requieran actividad inventiva frente al objeto de la patente principal, fundamentalmente porque este tipo de mejoras quedan dentro del ámbito de protección de los medios equivalentes de la invención matriz”.

altera su naturaleza de derecho de propiedad industrial homologable a los restantes derechos, y sólo debiera tener reflejo en el artículo 360-3 en el que se regulan los órganos a los que corresponde el registro de los derechos de propiedad industrial.

Por último, dado que existen determinados derechos de propiedad industrial de ámbito europeo, paralelos aunque distintos de sus homólogos de ámbito puramente estatal, quizás sería conveniente mencionarlos expresamente en este listado del núm. 2 del artículo 360-1, que en virtud de lo expuesto podría tener el siguiente tenor:

Son derechos de propiedad industrial: las patentes de invención, los certificados complementarios de protección de medicamentos y de productos fitosanitarios, los modelos de utilidad, los diseños industriales nacionales y los dibujos y modelos comunitarios registrados, las topografías de productos semiconductores, las marcas nacionales y las marcas comunitarias registradas, los nombres comerciales registrados, las obtenciones vegetales nacionales y comunitarias registradas.³⁹

2.3.4 Los derechos de propiedad industrial no registrados

El número 3 del artículo 360-1 del ALCM establece literalmente:

“Los derechos de propiedad industrial comprenden además de los derivados de los títulos de propiedad industrial, los que la ley reconoce al titular de las solicitudes de registro de los títulos de propiedad industrial, así como de los rótulos de establecimiento, al usuario legítimo de las marcas no registradas notoriamente conocidas en España y nombres comerciales no registrados respecto de los que se pruebe su uso o conocimiento notorio en España, al usuario legítimo del diseño industrial no registrado, y a los titulares y usuarios legítimos de las denominaciones de origen”

En mi opinión, la redacción del primer inciso de este precepto es claramente mejorable, porque no se debe comenzar con la rechazable tautología de que los derechos de propiedad industrial comprenden otros derechos de propiedad industrial. En coherencia con nuestras afirmaciones anteriores creemos que la frase inicial de este precepto debiera ser la siguiente: “*Son también derechos de propiedad industrial, además de los registrados, los que la ley reconoce...*”. Creo que de esta forma no sólo se evita la tautología sino que se expresa con claridad lo que se quiere decir.

Más allá de su desafortunada frase inicial, el precepto tiene por finalidad dejar sentado que existen derechos de propiedad industrial que nacen al margen del registro, “por los otros medios reconocidos en la Ley” como dice el artículo 360-1.núm. 1, párrafo 2º. Hay que aplaudir el intento, pero el resultado es dudoso porque se mezclan

³⁹ En coherencia con esta propuesta, podrían refundirse los números 1 y 2 del artículo 360.3 del ALCM en un nuevo texto en el que además se perfeccionaría la norma hablando del registro de los derechos y no de los títulos.

El nuevo artículo 360-3.1 (que obligaría a numerar con el 2 al actual número 3) podría tener el siguiente tenor:

“1. El registro de los derechos de propiedad industrial tiene carácter único en todo el territorio español y su concesión y registro corresponde a la Oficina Española de Patentes y Marcas, salvo en el caso de las obtenciones vegetales nacionales en que corresponderá al ministerio competente por razón de la materia y en los derechos de propiedad industrial comunitarios en que corresponderá a los organismos previstos en el Derecho de la Unión Europea. Queda a salvo lo previsto en los Tratados Internacionales en los que España es parte.

conceptos y situaciones totalmente distintos. Como ya dijimos al principio de este trabajo⁴⁰ hay que distinguir entre derechos de propiedad industrial plenos o completos, y derechos de propiedad industrial incompletos o limitados. Los primeros son desde luego los registrados, pero también aquellos que disponen de protección enérgica y plena aunque nazcan al margen del registro, como el diseño industrial comunitario no registrado, o la marca o el nombre comercial no registrados pero notorios en España. Los segundos no disponen de una exclusiva legal sino únicamente de una exclusiva de facto o de algunas acciones concretas de las que integran la vertiente positiva del derecho de exclusiva, este sería el caso del secreto industrial que no se menciona en la norma o del derecho de los titulares de solicitudes de derechos de propiedad industrial hasta que se produce el registro y se expide el correspondiente título. Como puede apreciarse, se trata de derechos en los que la posición jurídica del titular es muy distinta, y quizás por eso habría sido preferible regular en números distintos los derechos de propiedad industrial completos o plenos nacidos al margen del registro y los derechos de propiedad industrial incompletos o limitados.

Restan tres consideraciones finales sobre el núm. 3 del artículo 360-1 del ALCM. En primer lugar, cuando se habla del usuario del diseño industrial no registrado, debiera precisarse que se trata del diseño industrial comunitario no registrado, pues no creemos posible la existencia de un derecho de propiedad industrial sobre un diseño industrial nacional no registrado. Ello no significa que el titular de un diseño industrial nacional no registrado quede totalmente desamparado, sino tan solo que dicha protección no se deriva de la existencia de un derecho de propiedad industrial (ni completo ni incompleto) sino de la aplicación de las normas contra la competencia desleal. En segundo término, como ya señalamos anteriormente, indebidamente se incluyen como derechos de propiedad industrial nacidos al margen del registro, los que corresponden “a los titulares y usuarios legítimos de las denominaciones de origen”, al margen de que en este caso resulta dudoso que pueda hablarse de “titulares y usuarios legítimos” dado que estamos ante una titularidad colectiva de naturaleza pública, y por tanto la utilización de la denominación de origen quedará reservada a los “usuarios legítimos”. Por último, llama la atención que se mencione entre los derechos de propiedad industrial nacidos al margen del registro a los “rótulos de establecimiento”. Como es sabido, la vigente Ley de Marcas de 7 de diciembre de 2001 eliminó el rótulo de establecimiento como signo inscribible en la OEPM para eliminar un problema político derivado de la STC de 3 de junio de 1999⁴¹. Por eso en la EdM de la Ley de Marcas de 2001 se indica que la protección de esta modalidad de propiedad industrial se

⁴⁰ *Supra* núm. 1.3

⁴¹ STC núm. 103/1999 (Pleno), de 3 junio, BOE núm. 162, de 8 de julio de 1999 [ponente Tomas D. Vives Antón]. La sentencia resuelve el recurso planteado por el Gobierno y el Parlamento de Cataluña contra la Ley de Marcas. Entre otras cosas, el TC considera inconstitucional el registro del rótulo en la OEPM teniendo en cuenta que tanto el Estatuto de Cataluña como el del País Vasco establecen que ambas CC.AA. tienen competencia de ejecución en materia de propiedad industrial, y que según la Ley de Marcas el registro del rótulo sólo era válido para uno o varios municipios y no para todo el territorio del Estado. La sentencia abría la puerta a la indeseable creación de una Oficina de la Propiedad Industrial autonómica, aunque sólo fuera para registrar rótulos de establecimiento ejercitando la competencia de ejecución en materia de propiedad industrial de que disponen la mayoría de las CC.AA.

deja a las normas comunes de competencia desleal⁴². No resultaba, pues, necesario mencionar el rótulo de establecimiento pues se trata de un derecho de propiedad industrial incompleto porque, salvo cuando coincide con una marca o un nombre comercial registrados, sólo disfruta de protección mediante las normas contra la competencia desleal. Nada habría que objetar a esta resurrección si también se mencionase otros derechos de propiedad industrial incompletos o imperfectos, como el secreto industrial, que sólo disfrutaban de la protección limitada que brindan las normas contra la competencia desleal. Al no ser así, suscita perplejidad esta “resurrección” del rótulo de establecimiento en lugar tan destacado como el artículo 1360-1, núm. 3 del ALCM.

2.3.5 Naturaleza de los derechos de propiedad industrial

Los bienes inmateriales constituyen una categoría jurídica que no encaja perfectamente en bipolaridad entre bienes muebles e inmuebles que consagra el artículo 333 del Código Civil español. Al margen de que esta clásica y magna clasificación haya perdido relevancia, como el derecho tiene horror al vacío, puede llegarse a la conclusión de que los bienes inmateriales deben considerarse como muebles a efectos jurídicos⁴³: aunque no sean muebles por naturaleza son muebles residuales en la medida en que claramente no merecen la calificación de inmuebles como señala el artículo 335 del Código Civil.

El ALCM no entra en el tema que acabamos de apuntar, sin embargo, en el número 4 del artículo 360-1 señala que “*los derechos de propiedad industrial, a los efectos de su transmisión o gravamen, o de cualquier otro acto o negocio jurídico de disposición sobre los mismos, tienen la consideración de bienes muebles*”. Es evidente que este precepto regula los derechos de propiedad industrial como objeto del tráfico jurídico, pues obviamente la bipartición entre muebles e inmuebles se aplica a los bienes y no a los derechos. Desde este punto de vista, lo dispuesto en el artículo 360-1, núm. 4 parece correcto, aunque a la misma solución habría que llegar aunque se guardara silencio sobre este punto.

Por lo que concierne a su naturaleza, los derechos sobre bienes inmateriales cumplen una función atributiva de bienes y en este sentido guardan semejanza con los derechos reales que junto con los derechos de crédito son las dos grandes categorías en que se dividen tradicionalmente los derechos subjetivos patrimoniales. Sin embargo, la circunstancia de que los derechos de propiedad industrial recaigan sobre bienes inmateriales y no sobre cosas, hace que mantengan su individualidad con características específicas que los diferencian de los derechos reales con los que guardan estrecho parentesco.

⁴² EdM de la Ley de Marcas de 2001, núm. IV, párrafo 11.

⁴³ Así lo entiende gran parte de la doctrina; vid expresamente en este sentido CAPILLA RONCERO, F., “Bien Mueble”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. I, Civitas, Madrid 1995, p. 800.

ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

CARLOS GÓRRIZ LÓPEZ*

Resumen

El acuerdo extrajudicial de pagos es una institución preconcursal cuya finalidad es, de un lado, evitar el concurso de acreedores y, de otro, descargar de trabajo a los tribunales españoles. Desafortunadamente su impacto práctico ha sido mínimo. En este artículo se analiza su régimen jurídico para poner de relieve los aspectos que desincentivan su utilización y aquellos otros que deberían corregirse en aras de la seguridad jurídica.

Contenido

1. Introducción. – 2. Regulación. – 3. Estatuto jurídico del mediador concursal. – 3.1. Acceso a la profesión. – 3.2. Remuneración. – 4. Actuación del mediador concursal en el acuerdo extrajudicial de pagos. – 4.1. Inicio del procedimiento. – 4.2. Nombramiento del mediador concursal. – 4.3. Convocatoria a una reunión sobre un plan de pagos. – 4.4. Plan de pagos o de dación en pago. – 4.5. Acuerdo extrajudicial de pagos. – 4.6. Impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos. – 4.7. Cumplimiento e incumplimiento del acuerdo (art. 241 LC). – 4.8. Concurso consecutivo. – 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El acuerdo extrajudicial de pagos es una institución preconcursal de reciente creación cuya finalidad es conseguir que el deudor y los acreedores lleguen a un compromiso respecto del pago de la deuda que evite el concurso del primero. Se establece una negociación para conseguir que los acreedores condonen una parte del pasivo, concedan un mayor plazo para cobrar o acepten bienes o derechos en pago de las deudas. Uno de los principales protagonistas de esta figura es el mediador concursal, de ahí que también se la conozca como “mediación concursal”. También tiene por finalidad aligerar la carga de trabajo de los jueces y tribunales españoles. Por eso se configura como un procedimiento preconcursal y extrajudicial.

La naturaleza y el régimen jurídico de la institución suscitan dudas. Se debate si se puede reconducir a la mediación pues, pese a las referencias legales a ella, se aparta de las notas que caracterizan este medio alternativo de resolución de conflictos. Por ejemplo, las partes no designan al mediador concursal sino que es un registrador mercantil o un notario quien lo hace. Igual sucede con su actuación, pues corresponde al mediador hacer la propuesta de planes de pagos y de viabilidad del deudor así como controlar el cumplimiento del acuerdo, en caso de que se apruebe. Resulta también

* Profesor titular de Derecho mercantil en la Universidad Autónoma de Barcelona

relevante el hecho de que deba solicitar la declaración de concurso del deudor en determinadas circunstancias y que se convierta en el administrador concursal del concurso consecutivo. Asimismo, su remuneración no es libre sino que vendrá fijada por un tercero de acuerdo con criterios objetivos fijados legalmente. Estas circunstancias han llevado a autorizadas opiniones a negar que se trate de una mediación¹.

Por otra parte, existen diversos aspectos de su régimen que desincentivan el recurso a esta institución preconcursal y explican que no haya tenido éxito en la práctica. Entre ellas destaca la exclusión de los consumidores de este procedimiento prejudicial y la conversión del mediador en administrador concursal. Tampoco ayudan el hecho de que no afecte a los créditos de Derecho público y que los titulares de créditos con garantía real puedan sustraerse al arreglo, así como los límites existentes a la propuesta de acuerdo. Por eso, sería necesaria la revisión de su régimen jurídico a fin de facilitar su utilización. Se perdió una oportunidad durante los trabajos legislativo del Proyecto de Ley por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Diversos grupos parlamentarios presentaron enmiendas para revisar la regulación de la figura pero no prosperaron. Esperemos que exista mejor suerte en la tramitación del Proyecto de Ley de medidas urgentes en materia concursal.

2. REGULACIÓN

La mediación concursal se encuentra regulada en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Aunque existen preceptos a lo largo de todo su articulado que se refieren a ella, como los arts. 3 o 5 bis y las DD.AA. 7.^a y 8.^a, su hábitat principal es el Título X, rubricado “El acuerdo extrajudicial de pagos” (arts. 231 a 242). Estos preceptos no formaban parte de la versión original de la norma. Fueron introducidos por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que dedica su Capítulo V al acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 21 y 22). Su preámbulo explica que la voluntad es introducir un cambio en la cultura empresarial

¹ Por ejemplo PULGAR EZQUERRA, J.: “Implicaciones concursales de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, en *Especial emprendedores, las leyes que los apoyan*, La Ley, Madrid, 2013; PULGAR EZQUERRA, J.: “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 20, 2013, 13/38; PULGAR EZQUERRA, J.: “Ley de emprendedores y segunda oportunidad”, en *El notario del siglo XXI*, núm. 54, 2014; PULGAR EZQUERRA, J.: “Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal (Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo)”, en *Diario La Ley*, núm. 8271, de 14.3.2014, 12/18; SENÉS MOTILLA, C.: “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. 1 núm. 1, 2014; AGÜERO ORTIZ, A.: “El mediador concursal como administrador concursal”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 20, 2014, 273 ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, 2014, 93 s.; SANJUAN Y MUÑOZ, E.: “La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia”, en *Diario La Ley*, núm. 8230, de 16.1.2014 y LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M.: “La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal”, en *Diario La Ley*, núm. 8225, de 9.1.2014.

española a fin de que los fracasos económicos sean un medio para aprender y permitan a los emprendedores iniciar un nuevo proyecto.

A efectos de precisar su ámbito de aplicación, interesa destacar que no afecta a los créditos de Derecho público. En efecto, el art. 231.5 y la Disposición Adicional 7.^a de la Ley Concursal los excluyen del acuerdo extrajudicial de pagos. No sucede lo mismo, en principio, con los que cuentan con una garantía real pues puede afectarles el arreglo. No obstante, para ello es necesario que sus titulares se adhieran a la negociación informando expresamente al mediador concursal de su voluntad de intervenir en el arreglo (arts. 231.5 y 234.4). Estas dos previsiones desincentivan el recurso a esta figura, pues es frecuente que la parte principal del pasivo esté formada por créditos de titularidad pública o dotados de garantía real².

Supletoriamente deviene aplicable la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles³. Esta afirmación se sustenta en la premisa de que la mediación concursal constituye una verdadera hipótesis de mediación, con lo cual deberá ser revisada si negamos la mayor⁴. En la misma clave, interesa referirse al Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, pues desarrolla determinados aspectos de la Ley 5/2012. En particular, profundiza en la formación del mediador, en la publicidad registral, en el aseguramiento de la responsabilidad y en el procedimiento simplificado por medios electrónicos. Su importancia en la materia no es desdeñable, pues incluye al mediador concursal dentro del régimen de la mediación al desarrollar la Ley 5/2012. Por lo tanto, sirve de apoyo a la tesis que mantiene que el acuerdo extrajudicial de pagos puede reconducirse a la figura general de la mediación.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que algunas Comunidades Autónomas han legislado en materia de mediación por lo que surge la duda de si sus normas pueden devenir aplicables a la mediación concursal. Es el caso, por ejemplo, de Cataluña cuya Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado establece los requisitos para ser mediador y regula sus colegios profesionales. La remisión del art. 2 del Cco. al Derecho común fundamenta la respuesta positiva puesto que el último comprende también el Derecho autonómico. No obstante, interesa subrayar que la Ley Concursal no acostumbra a contener una remisión general a la disciplina de la mediación sino concreta a la Ley 5/2012. Así sucede respecto de los dos extremos señalados. Al regular el nombramiento del mediador concursal, el art. 233 se remite específicamente a esta norma. Y lo mismo sucede con la colegiación: la elección del mediador deberá realizarse a partir del listado previsto en el Registro de Mediadores e

² El Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya propuso modificar el art. 231.5 a fin de excluir también los créditos laborales. No prosperó (Enmienda núm. 95, en *BOCG*. Senado. Núm. 392, de 8.9.2014, p. 63).

³ En contra de la aplicación supletoria, SENÉS, “El acuerdo extrajudicial de pagos ...”, cit., 58. Niega que el acuerdo extrajudicial de pagos sea asimilable a la mediación. A su entender, la aplicación de la Ley 5/2012 afecta únicamente a los requisitos para ser mediador.

⁴ Incorpora la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Por razones cronológicas, la transposición se llevó a cabo inicialmente mediante el Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, que fue sustituido cuatro meses más tarde por la Ley 5/2012.

Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia, cuya Sección segunda tiene por objeto la inscripción de los mediadores concursales⁵. Además, la naturaleza preconcurso de la figura y el hecho de que esté regulada en la Ley Concursal obliga a acudir a esta norma con carácter preferente al resolver las lagunas. Por lo tanto, el ámbito de aplicación de la normativa autonómica sobre mediación será mínimo.

3. ESTATUTO JURÍDICO DEL MEDIADOR CONCURSAL

3.1. Acceso a la profesión

Conviene analizar con detenimiento el estatuto jurídico del mediador concursal pues presenta ciertas singularidades respecto del régimen general. Esencialmente se refieren a los requisitos para acceder a esta profesión y a la retribución⁶. Respecto de los primeros el precepto clave es el art. 233.1, cuyo párrafo segundo reza: “El mediador concursal deberá reunir, además de esta condición de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, alguna de las que se indican en el apartado 1 del artículo 27”⁷. Por lo tanto, deberá tener las condiciones subjetivas para ser mediador y para ser administrador concursal.

Las primeras aparecen previstas en el art. 11 de la Ley 5/2012. En primer lugar, exige a las personas físicas que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles. También se permite que las personas jurídicas sean mediadores, pero deberán designar una persona natural para el ejercicio de la labor y ésta deberá reunir los requisitos exigidos por la ley para los mediadores “naturales”⁸. En segundo término, deberá estar en posesión de un título oficial universitario o de formación profesional superior. Tercero, debe haber realizado uno o varios cursos de formación específica para el

⁵ Art. 13 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Ahora bien, los artículos 24 y 25 del RD exigen la coordinación del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación con los autonómicos que puedan existir.

⁶ El régimen de responsabilidad del mediador concursal genera dudas puesto que no existe ninguna previsión especial al respecto y los del administrador concursal y del mediador no coinciden. FERNÁNDEZ PÉREZ (“El estatuto jurídico del mediador concursal”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 292 (abril - junio), 2014, 415 ss.) mantiene que debe aplicarse el primero dado que la labor del mediador concursal va más allá de la simple mediación al imponérsele funciones propias del administrador concursal. No obstante, para ello habría que negar que el mediador concursal fuera un verdadero mediador.

⁷ Interesa añadir que el art. 233.1 LC se remite al régimen de los expertos independientes para cubrir las lagunas en el régimen de nombramiento de expertos independientes. Adquirirán así eficacia los arts. 338 ss. RRM.

⁸ De ahí que BARONA (*Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 230) afirme que la persona jurídica se encarga de administrar la mediación, mientras que es la persona física quien lleva a cabo su labor. En cambio Luis CAZORLA considera que sólo caben dos posibilidades en el caso de la persona jurídica: una sociedad profesional o una sociedad de profesionales. Mientras que la primera actuaría como mediador directamente, la segunda sería un intermediario, siendo sus socios los que prestaran el servicio. Por eso considera incoherente exigir la designación de una persona física que represente a la sociedad, puesto que no es necesario en el caso de la sociedad profesional. Véase la entrada “El mediador persona jurídica: ¿Sociedad Profesional?” en *El blog jurídico y docente de Luis Cazorla*. Última consulta: 29.12.2014).

desarrollo de la labor de mediación, impartidos por instituciones legalmente acreditadas⁹. Por último, debe tener un seguro u otra garantía suficiente que cubran la indemnización de los daños y perjuicios que puede generar con su actividad¹⁰.

El artículo 27 LC establece los requisitos para devenir administrador concursal¹¹. En el momento de cerrar este artículo (29 de diciembre de 2014), se exige que sea abogado, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, con cinco años de ejercicio efectivo como mínimo, y especialización en el ámbito concursal; o, al menos, formación especializada en el caso de los abogados¹². También pueden ser administradores concursales las personas jurídicas, pero será necesario que integren, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas y que se garantice la debida independencia y dedicación al desarrollo de la actividad de administrador concursal.

En consecuencia, el mediador concursal debe ser un abogado, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, con al menos cinco años de profesión, especializado en el ámbito concursal, que haya hecho los necesarios cursos de formación para adquirir conocimientos y habilidades propios de la mediación y que tenga cubierta su responsabilidad civil por medio de un seguro o garantía suficiente.

Se suscitan dos cuestiones más. La primera es el número de mediadores concursales. La razón es que el Título X de la Ley Concursal se refiere a una única persona, aunque excepcionalmente puedan ser dos. En cambio la Ley 5/2012 prevé la posibilidad de varios mediadores (simultáneos) en la solución de un mismo conflicto (art. 18). No obstante, la solución debe ser la unidad. La razón es que el legislador apostó por ella en el cargo de administrador concursal desde la reforma de 2011 por una razón de costes y de agilización del funcionamiento de la institución y el marco de actuación del mediador concursal es el acuerdo extrajudicial de pagos, regulado en la Ley Concursal¹³. Además, hay que tener en cuenta que en caso de que no se alcance un

⁹ Al respecto véase los artículos 3 a 7 del RD 980/2013.

¹⁰ De nuevo el régimen del seguro obligatorio de la responsabilidad civil del mediador concursal genera dudas dado que existen normas específicas para el administrador concursal y para el mediador. En cuanto al primero, tiene eficacia el RD 1333/2012, de 21 de septiembre. Respecto del mediador, el RD 980/2013 disciplina el seguro en sus arts. 26 a 29. En caso de conflicto debe otorgarse preferencia al RD 1333/2012 dado que, en caso de que se declare el concurso consecutivo, el mediador concursal se convertirá en administrador concursal.

¹¹ Conviene prestar atención al art. 28 que regula las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones. Por otra parte, los Magistrados de lo Mercantil de Madrid se plantearon si es necesario que el candidato a mediador esté inscrito en las listas del colegio correspondiente como administrador concursal. Llegaron al acuerdo de que ese requisito no era necesario para ser designado mediador concursal, pero sí para poder ser nombrado administrador concursal en el concurso consecutivo. Véase las Conclusiones a las que llegaron en la reunión de 11 de octubre de 2013.

¹² El régimen expuesto ha sido modificado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. El nuevo artículo 27 establece esencialmente que la administración concursal estará formada por un único miembro y que se designarán personas físicas o jurídicas que figuren inscritas en la sección cuarta del Registro Público Concursal y hayan declarado su disponibilidad para ser nombrados administradores concursales. No establece los requisitos para inscribirse sino que se remite al correspondiente desarrollo reglamentario. La Disposición Transitoria 2.^a mantiene en vigor el régimen derogado hasta que entre en vigor el Reglamento que establezca los requisitos para ser administrador concursal.

¹³ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

acuerdo extrajudicial de pagos o se incumpla se declarará el concurso (consecutivo), el mediador concursal devendrá administrador concursal y no se ha previsto ningún criterio para elegir entre una pluralidad de mediadores. Por lo tanto, parece que sólo podrá existir un único mediador concursal.

La segunda cuestión afecta a la inscripción de los mediadores oficiales en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, creado por el Real Decreto 980/2013¹⁴. El principio general es el de voluntariedad de la inscripción. Sin embargo, para los concursales es obligatoria. Así lo establece claramente el párrafo segundo del art. 11 de la disposición: la inscripción en el citado Registro es *conditio sine qua non* para ser nombrado mediador concursal¹⁵. Y los arts. 18 y 19 desarrollan el régimen de la inscripción.

3.2. Remuneración

La remuneración del mediador concursal presenta profundas diferencias respecto del régimen general de la mediación, cuya principal disposición es el art. 15 de la Ley 5/2012. El principio básico de esta norma es la autonomía de la voluntad. En efecto, el mediador y las partes del conflicto fijarán el montante, la forma y tiempo del devengo; o bien, aceptarán las previsiones de la institución de mediación a la que se sometan. El art. 15 establece que la cantidad a pagar se divide por igual entre las partes del conflicto; es decir, cada una pagará el cincuenta por ciento de la suma debida. Ahora bien, permite el pacto en contrario. Podrán convenir que una de ellas pague una cantidad superior a la otra; o incluso la integridad de la remuneración. Igualmente, dispone que la remuneración no depende del resultado de la negociación. Por último, permite al mediador o a la institución de mediación exigir una provisión de fondos. Si no se realiza en plazo, se puede dar por terminada la mediación. Ahora bien, se permite que una de las partes supla el incumplimiento de la otra; *id est*, satisfaga la integridad de la provisión.

El régimen de la remuneración del mediador concursal es diferente. La Disposición Adicional 8.^a de la Ley Concursal dispone que se aplica el régimen de la remuneración de los administradores concursales¹⁶. Por lo tanto, cobran eficacia el art. 34 LC y el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el Arancel de Derechos de los Administradores Concursales. El primer aspecto que merece destacarse es que es un tercero quien fija la remuneración: no son las partes del

No obstante, en los concursos en que el interés público lo justifique podrán existir dos administradores concursales (art. 27.7 LC, tal como ha sido modificado por la Ley 17/2014). Ahora bien, su carácter excepcional no permite aplicarlo al régimen del mediador concursal

¹⁴ Véase FERNÁNDEZ PÉREZ, “El estatuto jurídico del mediador concursal”, cit., 402 ss.). El hecho de que la Sección segunda del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia tenga por objeto los mediadores concursales y que el art. 233 LC se remita a él elimina las dudas que pudieran existir sobre la posibilidad de que los notarios o registradores recurran a los registros o colegios autonómicos.

¹⁵ Al respecto PRATS ALBENTOSA, L.: “La mediación (pre)-concursal”, en Diario La Ley, núm. 8264, de 5.3.2014.

¹⁶ A favor de esa solución SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “El acuerdo extrajudicial de pagos”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, (2014, 30 s.

conflicto con el mediador concursal ni la institución de mediación. Así resulta del artículo 34 LC, que dispone que el juez determinará la cuantía y los plazos del pago mediante auto, tras un informe de la administración concursal. La duda que se plantea es si debe ser por el juez competente para conocer del concurso o por el registrador/notario que han de nombrar al mediador concursal¹⁷. La primera opción cuenta con el apoyo de la literalidad de la DA 8.^a: “Serán de aplicación a la remuneración de los mediadores concursales a los que se refiere la presente Ley las normas establecidas o que se establezcan para la remuneración de los administradores concursales”. Y dentro de estas normas se halla el art. 34 LC que refiere la determinación de la retribución al juez del concurso. No obstante, esta tesis choca con el carácter extrajudicial del acuerdo de pagos. Como el juez no interviene, *prima facie*, en la negociación, resulta sorprendente que deba acudir a él para que determine la remuneración. Parece más lógico que sea el registrador/notario pues ha nombrado al mediador concursal y deberá cerrar el expediente cuando se le acredite que se ha llegado al arreglo sobre el pago de la deuda. Podría recurrirse al paralelismo con el concurso: en él, el juez nombra al administrador concursal y fija su remuneración. Y otro argumento más es que el registrador mercantil fija la retribución de los expertos independientes que nombre (art. 340.3 RRM). Por lo tanto, en el expediente extrajudicial es el registrador o el notario que nombra al mediador concursal el que debe fijar su remuneración¹⁸. Y para ello deberá apoyarse en un informe previo proveniente del mediador concursal, que elaborará a partir de la información que el deudor debe aportar al solicitar el nombramiento del mediador (art. 232.2 LC). No obstante, la ley debería aclarar este régimen jurídico en aras de la seguridad jurídica.

En segundo lugar, la determinación de la cuantía no es libre, sino que se halla reglada. El art. 34 LC la configura como un arancel, por lo que no es disponible por las partes¹⁹. Establece los elementos que el juez deberá valorar al fijar la cuantía debida: el número de acreedores, la acumulación de concursos y el tamaño del concurso (pequeño, medio o grande)²⁰. Además, deberá tenerse en cuenta que el mediador concursal deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos y que no podrá percibir ninguna cantidad adicional aunque se convierta en administrador concursal²¹. No obstante, se permite al registrador/notario establecer otra cosa en caso de existir circunstancias excepcionales. Interesa añadir que la cantidad fijada no es inmutable. Por una parte, el registrador o el notario podrán modificarla en cualquier momento del

¹⁷ En ese sentido, GALLEGO, E.: “La mediación concursal”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, 2014, 28.

¹⁸ En el mismo sentido GALLEGO, “La mediación concursal”, cit., 28 y FERNÁNDEZ PÉREZ, “El estatuto jurídico del mediador concursal”, cit., 395 ss y 419.

¹⁹ Al respecto, TIRADO MARTÍ, I.: *Los administradores concursales*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, 473 ss.

²⁰ A efectos del cálculo de la retribución, adquiere eficacia el RD 1860/2004.

²¹ En efecto, el art. 34 configura la cantidad resultante como el máximo que podrá percibir el administrador concursal y afecta tanto a la negociación extrajudicial como al procedimiento judicial y el art. 242.2.1.^a LC reitera esa previsión para el mediador concursal. Véase además el art. 3 del RD 1860/2004.

procedimiento, siempre que concurra justa causa²². Por otra, su decisión, tanto respecto de la cuantía y plazos como de su revisión, puede ser recurrida. Están legitimados el mediador y las personas que pueden solicitar la declaración de concurso del deudor. Ahora bien, la Ley no aclara el régimen del recurso. A nuestro modesto entender deviene aplicable el régimen general de ambas instituciones.

Por último, la remuneración del mediador concursal va a cargo de la masa activa; es decir, del universo de bienes y derechos del deudor. Así se deduce del art. 1 del RD 1860/2004. La ley se preocupa por su efectividad; preocupación legítima dadas las dificultades económicas por las que atraviesa el deudor. De ahí que, en relación con la administración concursal, prevea un mecanismo de pago para el caso de que la masa activa sea insuficiente: el arancel se satisfará a partir de una “cuenta de garantía arancelaria”. Se trata de un fondo creado por aportaciones obligatorias de los administradores concursales: se detrae una parte de las retribuciones percibidas para dotarlo. Surgen dudas cuando se traslada esta previsión a la mediación concursal. Esencialmente el dilema consiste en decidir si deben constituirse dos fondos separados, uno para mediadores y otro para administradores, o uno solo formado por las aportaciones de ambos colectivos. Aunque la última alternativa ofrece más garantías de efectividad, consideramos que deben crearse dos fondos diferentes debido a la diversa naturaleza de los mediadores y administradores concursales y a los marcos de actuación (acuerdo extrajudicial de pagos y concurso de acreedores, respetivamente). Igualmente, la retribución del mediador concursal no percibida se convierte en crédito contra la masa en caso de que se declare el concurso consecutivo. Así se desprende del art. 242.2.2.^a LC. De este modo se protege al mediador concursal pues los créditos contra la masa deben satisfacerse a su vencimiento, detrayéndose de la masa activa los bienes y derechos necesarios (arts. 84 y 154 LC).

4. ACTUACIÓN DEL MEDIADOR CONCURSAL EN EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

4.1. Inicio del procedimiento

Corresponde al deudor iniciar el procedimiento que lleva a un acuerdo extrajudicial de pagos. El art. 232 LC establece que debe suscribir y presentar una instancia ante un registrador mercantil o un notario. No es necesario el consentimiento previo de los acreedores ni que los contratos o negocios de los que traen causa los créditos previeran ese medio de solución de conflictos. La decisión compete exclusivamente al deudor. En caso de que sea una persona jurídica, el art. 232.1 atribuye la legitimación al órgano de administración o de liquidación.

Los arts. 231 y 232 de la Ley Concursal establecen determinados requisitos, límites y prohibiciones para solicitar la apertura de negociaciones de acuerdo

²² Véase el art. 12 del RD 1860/2004.

extrajudicial de pagos²³. En primer lugar, esta institución sólo está abierta a las personas físicas cuando tengan la condición de empresario y a las personas jurídicas. Resulta criticable que no se permita a los consumidores acudir a la negociación prejudicial del Título X de la Ley Concursal²⁴. En cuanto al empresario “natural”, el párrafo segundo del art. 231.1 lo define en términos muy amplios, de modo que comprende los profesionales y los trabajadores autónomos²⁵. Debe estar en situación de insolvencia, pero se admite tanto la actual como la inminente. Así resulta de la remisión al art. 2 que contiene el art. 231.1. Ahora bien, se fija un máximo: sólo podrán instar el acuerdo extrajudicial de pagos los empresarios cuyo pasivo no supere los cinco millones de euros.

Cualquier persona jurídica puede acudir a la mediación concursal, mas el art. 231.2 establece cuatro condiciones²⁶. La primera es que se halle en estado de insolvencia. La comparación con el régimen del empresario individual genera la duda de si también se incluye la inminente pues el art. 231.2 no la prevé expresamente. A pesar del peso que tiene la diferencia de literalidad, debe interpretarse que también cabe instar la mediación concursal en caso de insolvencia inminente dado que el art. 2 se refiere a ambas y que no está justificada la diferencia²⁷. En segundo lugar, en caso de

²³ Las profesoras PULGAR y GALLEGO critican las prohibiciones por partir de la premisa de que el acuerdo extrajudicial es un expediente para favorecer exclusivamente al deudor, por su carácter obsoleto y por la diferencia que existe con el régimen del convenio concursal anticipado. Gallego también critica que se separen los requisitos en función de que el instante sea un empresario natural o una persona jurídica. Así, por ejemplo, respecto de los primeros cuestiona si se puede acceder a la mediación concursal cuando no se dispone de líquido suficiente para costear los gastos de la negociación. Véase PULGAR EZQUERRA, J.: “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”, en *Diario la Ley*, núm. 8141, 4.9.2013, 13/18; PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, cit., 18/38 y GALLEGO, “La mediación concursal”, cit., 46 ss.

²⁴ En el mismo sentido GALLEGO, “La mediación concursal”, cit., 40, que subraya la conculcación del principio de unidad instituido por la Ley Concursal y explica que el Anteproyecto de Ley de apoyo a los emprendedores sí preveía la aplicación a las personas naturales no empresarios; PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores” cit., 15/38; MIRANDA SERRANO, L. M.: “¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?”, en *Diario La Ley*, núm. 8276, de 21.3.2014, 15/20; FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.: “Legislar a Contra Coeur. La incidencia de la Ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2013; FERNÁNDEZ DEL POZO, “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 121 y 124) y SENÉS, “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, cit., 52.

Se desaprovechó una oportunidad preciosa para corregir este problema durante los trámites parlamentarios del Proyecto de Ley por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Los Grupos Parlamentarios de Unión Progreso y Democracia y Catalán (Convergencia i Unió) propusieron la modificación del art. 231, de modo que su apartado primero abría el acuerdo extrajudicial de pagos a cualquier persona natural que estuviera en situación de insolvencia (enmiendas 7 y 63, en *BOCG*, Serie A, Núm. 89-2, 10.7.2014, págs. 9 y 42; enmienda 44 en *BOCG. Senado*. Núm. 392, 9.9.2014, pág. 32).

²⁵ Véase FERNÁNDEZ DEL POZO, “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 122 ss. y la acertada crítica de GALLEGO, “La mediación concursal”, cit., 39 s.

²⁶ No obstante, tienen vedado este procedimiento preconcursal las aseguradoras y reaseguradoras, así como las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público. Véase FERNÁNDEZ DEL POZO, “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 127 ss.

²⁷ Véase el planteamiento del problema en GALLEGO, “La mediación concursal”, cit., 37. Interpretan que no existe diferencia en ese ámbito PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, cit., 16/38; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El acuerdo extrajudicial de

que se declarara en concurso, no debería tratarse de un concurso de especial complejidad. El art. 190 LC establece tres circunstancias que el juez debe tener en cuenta: que el deudor no tenga más de cincuenta acreedores, la estimación inicial del pasivo debe ser inferior a cinco millones de euros y el montante de sus bienes y derechos no debe alcanzar los cinco millones de euros. Se plantea la duda de si deben concurrir necesariamente los tres requisitos. Los Magistrados de lo Mercantil de Madrid acordaron que basta el cumplimiento de uno sólo para entender que el concurso no tiene especial complejidad²⁸. Tercero, debe disponer de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo. Por último, sus patrimonios e ingresos deben parecer suficientes como para alcanzar un acuerdo.

El art. 231.3 prohíbe instar el acuerdo extrajudicial de pagos a los acreedores que hayan sido condenados por sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, por falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores²⁹. Tampoco podrán acudir a este expediente las personas que debieran inscribirse obligatoriamente en el Registro Mercantil y no estuvieran inscritas. Igual sucede con las que no hubieran llevado contabilidad en los tres ejercicios anteriores, pese a estar obligadas, o no hayan depositado las cuentas anuales. No podrán instar la solicitud las personas que, dentro de los tres últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores³⁰. La prohibición también alcanza a los deudores que estén negociando un acuerdo de refinanciación o cuando el juez hubiere admitido a trámite una solicitud de declaración de concurso. Las entidades aseguradoras y reaseguradoras también tienen prohibido acudir a este expediente extrajudicial. Por último, el art. 231.5 veta esta institución cuando alguno de los acreedores del deudor que puedan verse vinculados obligatoriamente por el acuerdo haya sido declarado en concurso.

El art. 232 impone la forma y el contenido de la petición. Debe tratarse de una

pagos”, cit., 16 s.; CABANAS TREJO, R.: “Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos”, en *Diario La Ley*, núm. 8285, 3.4.2014, 2/16 y FERNÁNDEZ DEL POZO, “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 116 s.) interpretan que no existe diferencia en este ámbito. En cambio, FERNÁNDEZ SEIJO (“Legislar a Contra Coeur...” cit., 3/9) mantiene la posición contraria: critica que la ley no permita a las personas jurídicas en situación de insolvencia inminente solicitar el nombramiento de un mediador concursal.

²⁸ Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones concursales, de 11 de octubre de 2013.

RODRÍGUEZ CONDE plantea si pueden instar la mediación concursal las personas jurídicas que superen los límites del art. 190 de la Ley Concursal pero propongan una modificación estructural por la que se ceda íntegramente su activo y pasivo. Responde afirmativamente “...pues automáticamente si el deudor plantea la transmisión con una oferta vinculante en el seno de un concurso, se aplicaría el artículo 190.1 LC”. Véase su *Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, Bosch, Barcelona, 2014, 810.

²⁹ Al respecto véase SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 20 ss.

³⁰ Los Magistrados de lo Mercantil de Madrid han acordado una interpretación restrictiva de esta exigencia, dado el carácter prohibitivo de la norma. De ese modo, resulta necesario que el concurso haya sido declarado dentro de los 3 años anteriores a la solicitud de arreglo extrajudicial de pagos. Si fue declarado antes pero estuvo pendiente durante el lapso en cuestión, el deudor podrá instar la negociación preconcursal. Véase las Conclusiones a la reunión que mantuvieron el 11 de octubre de 2013.

instancia suscrita por el deudor. Debe hacerse constar el efectivo y los activos líquidos disponibles, los bienes y derechos de que sea titular, los ingresos regulares previstos, una lista con los acreedores, con expresión de la cuantía y vencimiento de los créditos, una relación de contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos. Se incluirán también los créditos de Derecho público y los garantizados con garantía real. Si el deudor está casado, identificará a su cónyuge e indicará cuál es el régimen económico matrimonial. Si está obligado a llevar contabilidad, deberá acompañar las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios.

El destinatario de la instancia será un registrador mercantil o un notario del domicilio del deudor³¹. Deberá dirigirse al registrador si el deudor es un empresario individual (*id est*, persona física) o una persona jurídica inscribible en el Registro Mercantil³². Resulta indiferente que el primero no esté inscrito; el artículo 232.3 ordena al registrador mercantil abrir la hoja correspondiente. En caso contrario -o sea, cuando sea una persona jurídica que no debe inscribirse en el Registro Mercantil- será competente un notario de la población en la que el deudor tenga su domicilio.

La instancia debe presentarse no sólo antes de solicitar la declaración de concurso -o de que cualquiera de los acreedores del deudor haya formulado esa petición- sino también antes de que se hayan entablado negociaciones de cara a la refinanciación de las deudas. Así se desprende de las exclusiones previstas en el artículo 231 LC. Su apartado 4.º no permite acceder al acuerdo judicial a los deudores que se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación y cuando su solicitud de concurso haya sido admitida a trámite. La duda que se presenta es si la letra del precepto incluye tanto la solicitud de declaración de concurso formulada por los acreedores. La razón es que el pronombre relativo que utiliza (“cuya”) no soluciona el problema. A nuestro modesto entender procede una interpretación amplia que incluya también la solicitud de los acreedores. La razón es evitar el recurso al arreglo extrajudicial de pagos como arma defensiva. No es la finalidad de la institución. Por último, también debe iniciarse antes del transcurso de los dos meses que el artículo 5 concede al deudor para que solicite la declaración de concurso. Así resulta del artículo 5 bis .2, que dispone que la comunicación del registrador o notario al juez, informando de la apertura de negociaciones para llegar a un procedimiento extrajudicial de pagos, “...podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento establecido en el artículo 5”.

³¹ Sorprende que el criterio territorial sea el del domicilio mientras que el canon para establecer la competencia territorial del juez del concurso sea el centro de sus intereses principales (art. 10.1). FERNÁNDEZ SEJO (“Legislar a Contra Coeur...”, cit.) lo valora negativamente. Por otra parte, la profesora GALLEGO (“La mediación concursal”, cit., 26) advierte que la interposición de un registrador o notario y la obligación de elevar a públicos determinados actos encarece el arreglo. No obstante, considera que ese perjuicio queda compensado con la exclusión del juez y de la Administración pública.

³² La profesora SENÉS (“El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, cit., 55) critica la expresión “inscribibles” en lugar de “inscritas” pues la potencialidad para ser inscrita puede ampliar desorbitadamente la competencia de los registradores mercantiles y reducir en extremo la de los notarios. No obstante, la expresión puede explicarse por la existencia de supuestos en que la inscripción no es obligatoria sino facultativa. Véase al respecto FERNÁNDEZ PÉREZ, “El estatuto jurídico del mediador concursal”, cit., 394. También en tono crítico CABANAS, “Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 4/16.

El registrador mercantil y el notario deben controlar la concurrencia de los requisitos para solicitar la mediación. Ahora bien, ese control se enmarca en el seno de sus facultades y ceñida a la documentación que debe acompañar la solicitud; no se les puede exigir ni deben ir más allá³³. Esa limitación puede generar problemas, pues es posible que no puedan conocer que se ha producido algún hecho obstativo. Por otra parte, la Ley se muestra en extremo rigurosa pues la ausencia de alguno de los documentos o su carácter incompleto comportan la inadmisión de la solicitud (art. 232.3). Contrasta con el régimen general de la solicitud de declaración de concurso pues no se permite la subsanación de los defectos (art. 13.2 LC)³⁴.

4.2. Nombramiento del mediador concursal

El segundo paso es el nombramiento del mediador concursal. Presenta unas notas singulares que lo alejan del régimen general de la mediación. En primer lugar, no corresponde a las partes en conflicto (deudor y acreedores) sino al registrador o al notario destinatarios de la instancia del deudor. En segundo término, la elección no está guiada por la voluntad de las partes o la del registrador/notario sino que aparece determinada por un criterio objetivo: el orden secuencial de la lista de mediadores concursales. Así lo dispone el art. 233.1 LC³⁵.

Además de la propuesta del registrador/notario, es necesario que la persona designada acepte el cargo³⁶. En caso afirmativo, los primeros procederán a su nombramiento y le darán publicidad. En particular, comunicarán la designación al juez competente para conocer del concurso de acreedores del deudor, al Registro Civil, al Registro Público Concursal y a los demás registros públicos que tuvieran relación con el conflicto, como los registros de bienes afectados (el Registro de la Propiedad o el Registro de Bienes Muebles, por ejemplo) o el Registro Mercantil en su caso, así como

³³ También CABANAS, “Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 7/16 y FERNÁNDEZ DEL POZO, “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 118, 130 y 138 s.

³⁴ Así SENÉS, “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, cit., 55 s.

³⁵ Ordena al registrador o notario elegir a la persona, natural o jurídica, que de forma secuencial corresponda entre las que figuren en la lista elaborada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. Cabe recordar que el Registro fue creado por el RD 980/2013 (art. 8) y consta de tres secciones. La primera está dedicada a los mediadores, la segunda a los mediadores concursales y la tercera a las instituciones de mediación. La profesora FERNÁNDEZ PÉREZ (“El estatuto jurídico del mediador concursal”, cit., 394) precisa que “secuencial” se refiere al orden cronológico de inscripción en la lista de mediadores concursales.

La omisión de cualquier referencia geográfica en el criterio de selección de los mediadores concursales generó la duda de si el orden secuencial tenía una base nacional o no. El art. 19 del RD 980/2013 impone la lógica y ordena a los registradores y notarios elegir de forma secuencial a los mediadores concursales que tengan el domicilio en la provincia designada por el deudor. Si no hubiera ninguno disponible, se acudiría a los de las provincias limítrofes; en su defecto, a los de la comunidad autónoma y, por último, a los de todo el territorio español. Véase nota al pie 5.

³⁶ Primero deberá comprobar su compatibilidad con las partes del acuerdo. Así SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (“El acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 29). En caso de aceptar el cargo deberá proporcionar una dirección electrónica para facilitar la comunicación con los acreedores. Esa dirección deberá reunir los requisitos de seguridad de las comunicaciones electrónicas que permita la transmisión y recepción de información de forma veraz y confidencial, tal como exige el art. 29.6 de la Ley Concursal.

a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social. En caso de que la persona designada no acepte, el Registrador o el Notario procederán a realizar una nueva petición. La persona que no hubiere aceptado se situará al final de la lista de mediadores concursales³⁷.

El nombramiento del mediador concursal tiene gran trascendencia pues la ley le anuda efectos importantes³⁸. En primer lugar, el deudor puede continuar con su actividad empresarial o profesional. Así lo declara expresamente el art. 235.1 LC. Ahora bien, no podrá solicitar nuevos préstamos o créditos, deberá devolver todas las tarjetas de crédito de que sea titular y se abstendrá de utilizar medios de pago electrónico. La doctrina ha criticado, con razón, esta previsión pues dificultará que el deudor pueda continuar con su actividad empresarial o profesional y, por ende, desincentivará el recurso a este expediente preconcursal³⁹. Surge la duda de si debe interpretarse la referencia a las tarjetas de crédito en sentido amplio o si se pueden excluir las de débito, de modo que el deudor podrá continuar utilizándolas. A favor de su asimilación se halla el hecho de que ambas se pueden utilizar como medio de pago electrónico. Sin embargo, existe una diferencia importante: el titular de una tarjeta de débito sólo puede disponer del saldo existente en la cuenta y no realizar operaciones por un importe superior. Dado que una interpretación amplia dificulta continuar con el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, debe mantenerse una interpretación restrictiva que permita al deudor seguir utilizando tarjetas de débito.

En segundo término, se impide la declaración de concurso y la ejecución judicial de bienes del deudor necesarios para el ejercicio de su actividad empresarial o profesional⁴⁰. En efecto, el art. 5 bis .2 LC suspende el deber de solicitar la declaración de concurso. Cabe recordar que el art. 5 impone este deber sobre el deudor y su incumplimiento genera la presunción *iuris tantum* de que el concurso fue culpable (art. 165)⁴¹. Ahora bien, transcurridos tres meses desde la comunicación del nombramiento

³⁷ Véase el art. 19.3 del RD 980/2013 y, en la doctrina, FERNÁNDEZ PÉREZ, (“El estatuto jurídico del mediador concursal”, cit., 47 ss.). Resulta criticable que no se prevea qué consecuencias tiene la concurrencia de alguna causa que justifique la no aceptación, igual que tampoco se regule la renuncia del mediador concursal tras haber aceptado el cargo.

³⁸ En puridad, la Ley Concursal vincula los efectos a la comunicación del nombramiento al juez que sería competente para conocer el concurso de acreedores del deudor.

³⁹ Así PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, cit., 22/38; PULGAR, “Ley de emprendedores y segunda oportunidad”, cit.; SENÉS, “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, cit., 55; FERNÁNDEZ DEL POZO, “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 141, quien subraya que estos efectos se producen sin intervención judicial y FERNÁNDEZ SEJO, “Legislar a Contra Coeur...”, cit. Por su parte, RODRÍGUEZ CONDE (*Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, cit., 862) subraya que corresponde al mediador concursal vigilar que el deudor cumple estos deberes.

⁴⁰ De ahí que la profesora SENÉS califique el acuerdo extrajudicial de pagos como alternativa al concurso. Igualmente subraya el carácter personalísimo de la institución, pues los efectos de la apertura de la negociación no afectan a los garantes del deudor ni a los obligados solidarios. Así SENÉS, “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, cit., 51 s. La profesora PULGAR critica esta consecuencia al entender que se trata de un efecto desproporcionado para un mero intento de alcanzar un acuerdo extrajudicial. Véase PULGAR EZQUERRA, J.: “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 20, 2014, 15/18.

⁴¹ Véase PULGAR EZQUERRA, J.: *La declaración de concurso*, La Ley, Madrid, 2005, 407 ss., donde

del mediador al juzgado sin que se haya llegado a un acuerdo, vuelve a surgir el deber de solicitar la declaración de concurso. El artículo 5 bis .5 LC otorga el plazo de un mes hábil al deudor para que proceda a la solicitud, salvo cuando el mediador concursal se hubiere anticipado o hubiera desaparecido el estado de insolvencia. Tampoco se admitirán solicitudes de declaración de concurso provenientes de los acreedores durante los tres meses siguientes a la comunicación de la notificación al juzgado (arts. 15.3 y 235.6). Igual sucede con las ejecuciones judiciales de bienes necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 235). El art. 5 bis .4 no permite que se inicien y ordena suspender las que ya hayan empezado. No obstante, quedan exceptuados los créditos que cuenten con una garantía real (art. 5 bis .4, párrafo tercero y 235 LC) y también la posibilidad de ejercitar las garantías personales cuando el crédito contra el deudor hubiera vencido (art. 235.5)⁴². En la misma línea, el art. 235.3 prohíbe a los acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos realizar acto alguno destinado a mejorar la posición en la que se encuentre respecto del deudor. Por último, el deudor no podrá formular una nueva solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos durante un año a partir de la comunicación referida (art. 5 bis .6).

La ley no prevé ningún trámite de oposición por parte de los acreedores o de terceros para denunciar que no concurren los requisitos de la figura o que existe alguna causa de inadmisión⁴³. La explicación puede ser la búsqueda de celeridad y la desjudicialización de la institución, así como el hecho de que los acreedores tengan la última palabra al respecto, pues si la mayoría del pasivo decide no negociar el mediador deberá instar el concurso. Asimismo, tampoco está prevista la posibilidad de desistir del procedimiento, aunque nada obsta que el deudor solicite la declaración de concurso mientras está en marcha la negociación que debe conducir al acuerdo extrajudicial.

4.3. Convocatoria a una reunión sobre un plan de pagos

La finalidad de la actuación del mediador concursal es conseguir que el deudor y sus acreedores lleguen a un compromiso por el que los últimos condonen una parte de la deuda, concedan una moratoria en el cobro o acepten bienes o derechos del deudor en

explica que se trata de un deber en el caso de la insolvencia actual y de una facultad en el de la inminente.

⁴² Se genera la duda acerca de si la acción ejercitada por el titular de un crédito con garantía real queda paralizada hasta que se consiga el acuerdo extrajudicial o se declare el concurso del deudor. La razón es que el art. 5 bis así lo prevé. Sin embargo, el art. 325 no establece ese límite; simplemente dispone que el acreedor podrá iniciar o continuar el procedimiento, en cuyo caso no podrá participar en el acuerdo extrajudicial. A nuestro modesto entender, la relación de ambos preceptos y el hecho de que el 5 bis haya sido modificado después que el 325 obligan a otorgarle preferencia y a interpretar que el titular de un crédito con garantía real podrá ejercitar su derecho pero el procedimiento quedará paralizado hasta que se consiga el arreglo extrajudicial o se declare el concurso. No obstante, el legislador debería actuar en aras a la seguridad jurídica.

⁴³ Véase CABANAS, “Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit. 8/16 y FERNÁNDEZ DEL POZO, “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 120 y 140. Éste último añade (p. 152) que los deudores que hayan solicitado la apertura del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos pueden recurrir la decisión desestimatoria. Si procede de un registrador, caben los recursos administrativos y judiciales correspondientes. En el caso del notario, sólo cabe el de queja.

pago. Para ello les convocará a una reunión en la que someterá a los acreedores un plan de pagos o de dación en pago para su aprobación. Ahora bien, antes deberá recabar información del deudor al respecto. De ahí que el artículo 234.1 le ordene comprobar la existencia y cuantía de los créditos.

El mediador concursal partirá de la información proporcionada por el deudor. Cabe recordar que al solicitar el nombramiento del primero, debe hacer constar el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular, los ingresos regulares previstos, una lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos (art. 232.2 LC). El mediador concursal deberá analizar esa documentación y comprobar su veracidad. Para ello podrá solicitar la colaboración del deudor. Sin embargo, éste no está obligado a cooperar ni suministrar la información solicitada. La Ley no prevé un deber semejante y esa omisión resulta significativa si tenemos en cuenta que sí está prevista para el concursado: la colaboración e información al juez y a la administración concursal es uno de los efectos de la declaración de concurso (arts. 42 y 45)⁴⁴. Ahora bien, lo lógico es que el deudor colabore estrechamente con el mediador concursal. Y no sólo porque él ha solicitado su intervención sino también porque le favorece pues puede conseguir una reducción de la deuda, una moratoria del vencimiento o una dación en pago. Para que la propuesta del mediador concursal pueda prosperar deberá ser lo más realista posible. Y para ello necesita poseer información fidedigna que debe ser proporcionada por el deudor. La negativa o reticencia del último justificará la renuncia del mediador concursal.

Tras comprobar la existencia y cuantía de los créditos, el mediador concursal deberá convocar al deudor y a los acreedores a una reunión en la que se discutirá la aprobación de un plan de pagos. La convocatoria aparece regulada en el artículo 234. Corresponde efectuarla al mediador concursal. Sus destinatarios son el deudor y los acreedores. Conviene hacer dos precisiones. En primer lugar, se presenta un problema con los acreedores del deudor que no aparezcan en la documentación facilitada. El mediador concursal difícilmente podrá conocerlos y, por lo tanto, no los emplazará. Sin embargo, quedan vinculados por el acuerdo. Así lo acredita el hecho de que estén legitimados para impugnarlo (art. 239.1 LC). En segundo término, sólo será necesario convocar a los acreedores que puedan resultar afectados por el acuerdo. No es el caso de los titulares de créditos de Derecho público puesto que el segundo párrafo del artículo 231.5 establece que son inmunes al arreglo extrajudicial. De ahí que resulte superflua la última frase del artículo 234.1. En cambio, los titulares de créditos con garantía real sí deben ser convocados, a pesar de que sólo se ven afectados por el acuerdo si deciden adherirse (art. 231.5). Precisamente su emplazamiento resulta necesario para que puedan manifestar su adhesión. Y así se desprende del art. 234.4 que les conceden un mes, a partir de la recepción de la convocatoria, para comunicar su voluntad de

⁴⁴ Sin embargo, la calificación del acuerdo extrajudicial de pagos como mediación permitiría mantener que el deudor sí está obligado a colaborar con el mediador concursal en virtud del art. 10.3 de la Ley 5/2012.

intervenir al mediador concursal⁴⁵.

El apartado 3.º del artículo 234 establece el contenido de la convocatoria: "... deberá expresar el lugar, día y hora de la reunión, la finalidad de alcanzar un acuerdo de pago y la identidad de cada uno de los acreedores convocados, con expresión de la cuantía del crédito, la fecha de concesión y de vencimiento y las garantías personales o reales constituidas". El mediador concursal tiene libertad para elegir la ubicación pero no -al menos no totalmente- la fecha pues la reunión debe celebrarse dentro de los dos meses siguientes a la aceptación del cargo de mediador concursal. Por su parte, la convocatoria deberá realizarse dentro de los diez días siguientes al mismo *dies a quo*⁴⁶. En cuanto a la forma, viene prescrita por el apartado 2.º del art. 234: "La convocatoria se realizará por conducto notarial, por cualquier medio de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción...". Podrá utilizarse el correo electrónico si los acreedores han facilitado su dirección electrónica (art. 235.4).

La convocatoria tiene gran trascendencia práctica. Basta con señalar que los acreedores que, habiendo sido emplazados, no acudan a la reunión ni manifiesten su adhesión o rechazo a la propuesta verán su crédito calificado como subordinado. Pese a su importancia, los defectos de la convocatoria no determinan *per se* la nulidad del acuerdo extrajudicial de pagos. La razón es que el art. 239.2 restringe las causas de impugnación. Solamente puede basarse en la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la aprobación del arreglo, en la superación de los límites impuestos al plan de pagos (art. 236) o en la desproporción de las quitas o moratorias exigidas. Ahora bien, si no se emplaza a los acreedores es posible que no comparezcan y no se alcancen las mayorías necesarias para aprobar el acuerdo. En ese caso sí existiría fundamento suficiente para anularlo.

4.4. Plan de pagos o de dación en pago

La actividad del mediador concursal prosigue a través de la preparación de unas propuestas de plan de pagos, plan de viabilidad y plan de continuación o bien de dación en pago. Constituye uno de los elementos esenciales de la negociación pues - recordemos- el procedimiento va encaminado a conseguir un arreglo entre el deudor y sus acreedores por el que le condonen una parte de la deuda y le concedan un moratoria en el pago o acepten determinados bienes o derechos para saldar las deudas existentes.

El plan de pagos es una propuesta de negociación de las condiciones de satisfacción de los créditos existentes. Esencialmente contiene una ofrecimiento de quita y/o de espera. El art. 236 establece máximos infranqueables. Las quitas no pueden exceder del 25% del importe de los créditos y las moratorias no pueden superar los 3

⁴⁵ En ese sentido véase el punto 9.º de las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre Criterios de Aplicación de la Reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones Concursales, de 11 de octubre de 2013. También RODRÍGUEZ CONDE, *Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, cit., 886.

⁴⁶ El profesor SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE subraya que el cómputo de este plazo se rige por el art. 5.2 Cc puesto que, a diferencia de otros periodos, no hay una referencia a días naturales. Véase SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "El acuerdo extrajudicial de pagos", cit., 38.

años. Además, debe informar sobre la situación de los créditos de Derecho público⁴⁷. Estos límites resultan criticables pues son superiores a los que existen en un concurso ordinario. De ahí que, como ha señalado la doctrina, sean desincentivadores de la institución⁴⁸. El art. 236 también exige que el plan de pagos incluya una “copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento”. El segundo documento que debe elaborarse es el plan de viabilidad. Deberá detallar cómo se satisfarán los créditos pendientes tras la novación introducida por el plan de pagos. Asimismo deberá prever las cantidades que se asignen al deudor y a su familia en concepto de alimentos. Y el tercero es el plan de continuación de la actividad empresarial o profesional que desarrolla el deudor. No se trata de un documento baladí, sino que tiene gran trascendencia para hacer creíble la propuesta de plan de viabilidad sometida a los acreedores.

La ley permite que se formule una propuesta alternativa; en particular, que se ofrezcan determinados bienes o derechos en pago de los créditos existentes⁴⁹. La letra del apartado 2.º del art. 236 la configura como una alternativa a los tres documentos anteriores. Sin embargo, no tiene por qué ser necesariamente así. La finalidad del acuerdo extrajudicial de pagos permite configurarla también como un complemento. Piénsese, por ejemplo, en una dación parcial en pago: se ofrecen determinados bienes y derechos para satisfacer solamente una parte de las deudas existentes. En ese caso, resultará necesario acompañar la propuesta de un plan de viabilidad y de un plan de continuación. Igualmente podría combinarse una dación en pago con quitas y esperas o una dación para pago de créditos, de modo que si el acreedor no obtuviera su satisfacción pudiera exigir el pago de los mismos al deudor cedente. A pesar de que la literalidad del precepto no contempla esas posibilidades, la finalidad de la institución y la flexibilidad intrínseca a un procedimiento extrajudicial permiten aceptarlas.

Corresponde al mediador concursal elaborar la propuesta. Y debe hacerlo de la mano del deudor. Así lo dispone el artículo 236.1 (“...con el consentimiento del deudor...”) ⁵⁰. Eso no significa que no sea neutral. Téngase en cuenta que debe de ser aprobada por los acreedores. Además, una propuesta realista beneficia a ambas partes.

⁴⁷ Cabe recordar que la DA 7.ª obliga al deudor a solicitar un aplazamiento o fraccionamiento del pago de las deudas correspondientes a los créditos de Derecho público, salvo cuando tuviera previsto pagarlos en el plazo previsto legalmente. Pero el aplazamiento o el fraccionamiento solamente podrán concederse una vez haya sido formalizado el acuerdo extrajudicial de pagos.

⁴⁸ Así FERNÁNDEZ SEJO, “Legislar a Contra Coeur...”, cit.; MIRANDA SERRANO, L. M.: “¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores...”, cit., 15/20 y PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, quien además subraya que la propuesta de plan de pagos no está sometida a los requisitos de viabilidad o razonabilidad y que puede tener un contenido liquidativo. Estas razones no llevan a defender que la enmienda propuesta por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia de reformar el art. 236 para eliminar los límites resultara acertada (enmienda núm. 8, *BOCG*. Serie A. Núm. 89-2, de 10.11.2014, pág. 11).

⁴⁹ Véase PASTOR SEMPERE, M.C.: “Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 21, 2014, 9 ss./36.

⁵⁰ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (*op. cit.*, 43) y FERNÁNDEZ SEJO (*op. cit.*) mantienen que el deudor debe aceptar el plan de pagos. RIPOLL JAEN va más allá y exige que la aquiescencia del deudor conste en escritura pública por aplicación extensiva del art. 1280 Cc. Véase su “Acuerdo extrajudicial de pagos: escritura”, en www.notariosyregistradores.com, de 4.4.2014.

Al deudor, porque le permitirá sortear la situación de insolvencia. Y a los acreedores porque posibilitará la satisfacción de sus créditos, al menos parcialmente. Es cierto que no constituye garantía de cobro; pero dada la coyuntura socio-económica actual, las instituciones preconcursales se revelan más eficientes que los concursos, pues la inmensa mayoría de los mismos terminan en liquidación y la satisfacción del conjunto de acreedores es mínima. Ahora bien, para que la propuesta sea viable es necesario que el mediador concursal y el deudor colaboren estrechamente y que el último ponga a disposición del primero toda la información necesaria. Se pone de manifiesto nuevamente la necesidad de conocer detalladamente la situación financiera y patrimonial del deudor. En cuanto al plazo, el mediador concursal deberá enviar la propuesta a los acreedores concursales como mínimo veinte días antes de la fecha prevista para la reunión.

Los acreedores pueden mostrar su adhesión o rechazo así como hacer contrapropuestas, que pueden ser alternativas o bien modificaciones a la presentada por el mediador concursal. Para ello disponen de los diez días naturales siguientes al envío de la propuesta de acuerdo. Dos dudas se plantean. La primera afecta al cómputo temporal y es la fecha de inicio del plazo de diez días. Aunque lo lógico sería empezar a contar desde la recepción, el apartado 3.º del artículo 236 refiere el plazo al envío de la propuesta. Por lo tanto, el *dies a quo* será la fecha de remisión y no de la recepción. La razón no puede ser otra que la premura de plazos existente. La segunda cuestión es si las contrapropuestas se hallan constreñidas por los límites del art. 236.1; es decir, el 25% del pasivo como máximo para la quita y 3 años como techo para la espera. Existen dos argumentos a favor de la respuesta negativa. El primero es la literalidad del apartado 3.º, que nada prevé al respecto, amén de la sistemática del art. 236. El segundo es la teleología de los límites. Están pensados para proteger a los acreedores. Por lo tanto, nada impide que renuncien a ellos voluntariamente. Sin embargo, debe mantenerse la tesis contraria pues la superación de los límites del art. 236.1 constituye una de las causas que fundamentan la impugnación del acuerdo (art. 239.2). Además, la minoría podría verse muy perjudicada si se permitiera que la mayoría acordase una quita superior al 25% y una espera de más de 3 años. No obstante, de nuevo sería de agradecer mayor claridad en la ley.

También es posible que los acreedores rehúsen negociar. En ese caso el mediador concursal deberá solicitar la declaración de concurso del deudor. El apartado 4.º del art. 236 exige esa actuación cuando la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo decida no continuar con las negociaciones⁵¹. Refiere esa decisión al plazo de que disponen para realizar contraofertas; es decir, los diez siguientes posteriores al envío de la propuesta del plan de pagos o de dación en pago. La norma resulta acertada pues no tiene sentido seguir adelante con la negociación si los acreedores no quieren llegar a ningún arreglo. Es mejor declarar al deudor en concurso

⁵¹ A efectos del cómputo de la mayoría no se tendrán en cuenta los créditos de Derecho público ni los que cuente con una garantía real y no se hubieran adherido a la negociación. Así lo establece expresamente el apartado 4.º del art. 236. La previsión resulta reiterativa puesto que esos acreedores no se ven afectados por el acuerdo.

cuanto antes a fin de tutelar a los acreedores. La duda que se plantea es si la negativa debe ser expresa o el mediador concursal la debe poder deducir de la conducta o actitud de los acreedores. A mi modesto entender es preferible la última interpretación, dado que proseguir la negociación extrajudicial carece de sentido si no hay voluntad de compromiso⁵². No obstante, el hecho de que la consecuencia sea la obligación de solicitar el concurso consecutivo del deudor obliga al mediador a ser extremadamente cauto al respecto. De ahí que sea aconsejable que el legislador despeje las dudas existentes.

4.5. Acuerdo extrajudicial de pagos

Los acreedores deliberarán y decidirán si aprueban o no las propuestas de los planes referidos en una reunión que se celebrará en el lugar, fecha y hora fijados en la convocatoria. La ley intenta garantizar la asistencia mayoritaria de acreedores sancionando con la calificación de subsidiarios, en caso de que se declare el concurso consecutivo, los créditos cuyos titulares no asistan a la reunión y no hubieran comunicado su adhesión o rechazo a la propuesta dentro de los diez días anteriores a la fecha prevista para la reunión. Así pues, no necesitan asistir los titulares de créditos de Derecho público, los que cuenten con una garantía real y no hayan manifestado su voluntad de participar en el acuerdo y los que hayan manifestado su adhesión o rechazo a la propuesta dentro del plazo previsto. En cuanto a la asistencia, cabe entender que podrá ser en persona o por medio de representante aunque la ley no lo prevea.

El artículo 237 guarda silencio sobre la asistencia del deudor y del mediador concursal. A nuestro modesto entender, deben considerarse obligatorias. El hecho de que se discuta el pago de las deudas del primero, que deba haber sido convocado y que nadie mejor que él pueda valorar si podrá cumplir el acuerdo justifican que su presencia sea imprescindible⁵³. Y no debería entenderse suplida por la del mediador concursal puesto que éste debe ser neutral y no defender los intereses de una de las partes. En cuanto al mediador concursal, resulta evidente que debe asistir a la reunión en la que se debatirá la propuesta que él ha formulado y que constituye el principal foro para la autocomposición de los intereses de las partes.

Durante la reunión se debatirá la propuesta preparada por el mediador concursal o las contrapropuestas de los acreedores que hayan sido aceptadas por el deudor. El segundo apartado del art. 237 permite que se introduzcan modificaciones. Sin embargo establece límites para tutelar los intereses de los acreedores que se adhirieron a la propuesta que se debate y no asisten a la reunión. De ahí que los cambios que se aprueben no podrán modificar las condiciones de pago de la propuesta que se debate. Interesa apuntar que la Ley se refiere a una única propuesta, de ahí que una opinión autorizada mantenga que el mediador concursal deberá redactar la proposición final a la luz de las observaciones y propuestas de los acreedores⁵⁴. Sin embargo, la

⁵² Pero en sentido contrario SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 46.

⁵³ En ese sentido SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 50.

⁵⁴ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 47 s.

flexibilidad inherente a la mediación justifica que puedan debatirse varias.

El artículo 237.1 establece las mayorías necesarias para aprobar el acuerdo extrajudicial de pagos. Como regla general, deben votar a favor acreedores que representen un sesenta por ciento del pasivo afectado por el acuerdo. En caso de que la propuesta consista en una dación en pago la mayoría se eleva al setenta y cinco por ciento y además se exige la aprobación del acreedor o de los acreedores que tuvieran una garantía real sobre el bien objeto de la dación. El precepto especifica que estos porcentajes se calculan en función del pasivo que resulte afectado por el acuerdo.

La disposición merece varias consideraciones. En primer lugar, subrayar un dato que resulta evidente mas trascendental: no basta una mayoría simple sino reforzada. En efecto, para aprobar una propuesta deben votar a favor suyo bien el sesenta bien el setenta y cinco por ciento del pasivo. Los votos nulos, en blanco y las abstenciones no computan a favor de la aprobación sino en contra. Segundo, la mayoría no se calcula en función de los asistentes sino del pasivo; es decir, no se tienen en cuenta las personas que votan a favor del acuerdo sino el porcentaje del pasivo que representan. Tercero, si la propuesta incluye una dación en pago no sólo debe lograrse que vote a favor una mayoría muy reforzada sino también la aquiescencia de los acreedores que tengan una garantía real sobre los bienes en cuestión. Aunque la ley guarda silencio, debe entenderse que los mismos requisitos son necesarios cuando el objeto de la dación son derechos pues la diferencia de trato no está justificada⁵⁵. Con todo, difícilmente se cumplirá esa condición, pues los titulares de estos créditos con garantía carecen de interés en asistir a la reunión ya que sólo se ven afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos si deciden libremente adherirse a la negociación. Y dadas las consecuencias posibles, lo más probable es que sus intereses vayan en la dirección opuesta. Por último, resulta acertada la precisión de la última frase del precepto pues despeja las dudas que pudieran existir sobre la determinación del pasivo. No se incluirán dentro de él los créditos de Derecho público ni los que cuenten con una garantía real salvo en caso de que se hayan adherido a la negociación. Los demás sí⁵⁶.

Será necesario elevar el acuerdo a escritura pública⁵⁷. A continuación el notario o, tras la presentación de la copia de la escritura, el registrador procederán a cerrar el expediente, informarán al juzgado competente para conocer del concurso y darán publicidad al arreglo. Así, deberán comunicar el pacto y el cierre del expediente al Boletín Oficial del Estado y al Registro Público Concursal para que publiquen los datos previstos en el art. 238.2 LC, así como a los registros públicos de bienes competentes para cancelar los asientos practicados.

En cuanto a sus efectos, el acuerdo comporta la novación de los créditos anteriores a la publicación de la apertura del procedimiento conforme a los términos del mismo. Es decir, quedarán reducidos, extinguidos o su vencimiento aplazado. Así,

⁵⁵ Entendemos que la misma norma debe aplicarse a la dación para pago, puesto que el titular del bien o derecho cedido también ve afectado su derecho de garantía.

⁵⁶ En ese sentido RODRÍGUEZ CONDE, *Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, cit., 882.

⁵⁷ Sobre la escritura véase CABANAS, *op. cit.*, 12 ss./16 y RIPOLL, "Acuerdo extrajudicial de pagos: escritura", cit.

impide que se inicien o continúen las ejecuciones respecto de esos créditos (art. 240.1 LC)⁵⁸. Es cierto que la ley no especifica a qué acreedores afecta el arreglo y que la naturaleza contractual del acuerdo invita a la solución opuesta en virtud del principio de relatividad⁵⁹. Pero cabe recordar que el art. 231.5 excluye los créditos de Derecho público y a los que tuvieran una garantía leal y no se hubieran adherido a la negociación. La interpretación *a contrario sensu* conduce a afirmar que todos los demás resultan afectados por el acuerdo. Por lo tanto, no sólo los que votaron a favor sino también los que no fueron convocados pero debían serlo, los que siendo convocados no participaron y los que sí asistieron⁶⁰. El régimen de la impugnación del acuerdo confirma esa interpretación. El artículo 239.1 legitima a los acreedores que no fueron convocados, a los que no votaron a favor del acuerdo y a los que se opusieron a la propuesta. La razón de la legitimación no puede ser otra que el hecho de que quedan vinculados por el acuerdo. Temporalmente, afecta a los créditos nacidos antes de la publicación de la apertura del expediente (art. 233.3 LC).

Si los acreedores no aceptan la propuesta presentada, el mediador concursal deberá solicitar la declaración de concurso del deudor. El artículo 238.3 salva el supuesto alto improbable de que el deudor no esté en situación de insolvencia. Aunque la ley no lo prevea, el mediador concursal también deberá informar al registrador mercantil o notario que le nombraron a fin de que procedan a cerrar el expediente. La razón es que éste no puede permanecer abierto eternamente⁶¹.

4.6. Impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos

El art. 239 LC regula la impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos. Restringe la legitimación activa a los acreedores que no hubieran sido convocados, a los que no hubieran votado a favor y a los que hubieran manifestado su oposición durante la negociación. La disposición también se muestra restrictiva con las causas de impugnación. Tan sólo admite tres. La primera es la falta de concurrencia de las mayorías previstas en el art. 238.1. Pone el acento en la posible existencia de acreedores

⁵⁸ Las ejecuciones pendientes quedarán suspendidas hasta que se cumpla el acuerdo extrajudicial, en cuyo caso se sobreeserán (art. 570 LEC), o se incumpla, en cuyo caso se acumularán al concurso consecutivo (art. 55.2 LC). La última solución también se aplicará si prospera la impugnación del acuerdo.

⁵⁹ Véase el planteamiento del problema en PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, cit., 24/38. La profesora GALLEGO (*loc. cit.*, 35) mantiene que el acuerdo sólo afecta a los acreedores no firmantes. “Se impone en este caso el principio de relatividad de los contratos, sancionado en el art. 1.257 del Cciv., cuya elusión no podría justificarse en ningún caso dada la ausencia de intervención judicial, que es lo que la avala en el supuesto de acuerdos de refinanciación homologados *ex* Disposición Adicional 4ª LC”.

⁶⁰ En ese sentido, PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, cit., 25/38. Afirma que concurren los dos requisitos básicos para poder extender el acuerdo a los acreedores que no votaron a favor. Por una parte, la publicidad del acuerdo; básica para preservar la seguridad jurídica. Por otra, la expresa previsión legal. No obstante considera que existe un problema: no está previsto un acto formal de homologación del acuerdo; solamente se producirá si se impugna el acuerdo. También subraya ese dato FERNÁNDEZ DEL POZO, *op. cit.*, 147 s.

⁶¹ En ese sentido, SENÉS, “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, cit., 62, que apoya la afirmación en el art. 13.2 del RD 892/2013.

no convocados, pues no reduce el porcentaje exigido para aprobar el acuerdo⁶². La segunda causa es la superación de los límites impuestos respecto de las quitas y esperas. Cabe recordar que el art. 236 sólo permite una condonación del 25 por ciento del importe de los créditos y una moratoria de 3 años. La tercera causa es la desproporción de las quitas o moratorias exigidas. Resulta sorprendente puesto que estas moratorias y condonaciones estarán dentro de los límites previstos por el art. 236; en otro caso, se aplicaría la causa de impugnación anterior. Se otorga así gran discrecionalidad al juez, a diferencia de las dos causas anteriores. El plazo para impugnar el acuerdo es de 10 días, siendo el *dies a quo* la fecha de publicación del acuerdo. El problema es que no se especifica qué publicación, pudiendo ser dos: la del Boletín Oficial del Estado o la del Registro Público Concursal⁶³. El legislador debiera corregir esta situación. En cuanto al procedimiento, se tramitará conforme al incidente concursal. El apartado 2.º del artículo 239 le niega eficacia suspensiva de la ejecución del acuerdo.

La sentencia podrá confirmar o anular el acuerdo. En el último caso, procederá la declaración de concurso, siempre que el deudor se halle en situación de insolvencia⁶⁴. Los Magistrados de lo Mercantil de Madrid debatieron sobre los efectos sustantivos de la anulación del acuerdo extrajudicial de pagos y concluyeron acertadamente que desaparecerían los efectos novatorios, aunque debían entenderse consolidados los pagos realizados en su virtud -sin perjuicio del posible ejercicio de la acción de reintegración⁶⁵. El fallo que resuelve la impugnación deberá publicarse en el Boletín Oficial del Estado y en el Registro Público Concursal y podrá recurrirse en apelación.

4.7. Cumplimiento e incumplimiento del acuerdo (art. 241 LC)

El acuerdo extrajudicial de pagos no pone fin al procedimiento ni libera al mediador concursal de sus obligaciones. La ley le exige que supervise el cumplimiento. Sólo cuando éste se produzca de forma íntegra podrá poner fin a su actividad. Para ello deberá hacer constar el cumplimiento completo del acuerdo en un acta notarial que se publicará en el Boletín Oficial del Estado y en el Registro Público Concursal. Interesa destacar que no es necesaria la homologación judicial. En caso de incumplimiento deberá instar el concurso del deudor. Además, desaparecerán los efectos novatorios del acuerdo; es decir, en el concurso consecutivo los créditos de los acreedores tendrán la naturaleza que correspondiera a su situación anterior al arreglo extrajudicial de pagos⁶⁶. No obstante, los pagos realizados en ejecución del acuerdo mantendrán su eficacia.

⁶² Habrá que analizar las causas de la falta de convocatoria, pues pueden generar la responsabilidad del mediador concursal. Véase *supra* nota 6.

⁶³ En ese sentido SENÉS, “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, cit., 63 s.

⁶⁴ El profesor SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (*op. cit.*, 59) advierte que no procede la solicitud de concurso hasta que se resuelva la apelación contra la sentencia que anuló el acuerdo extrajudicial de pagos. Por su parte, FERNÁNDEZ SEIJO (*op. cit.*) critica la diferencia existente con la impugnación del convenio concursal pues no se permite la subsanación de defectos procesales (art. 129.1 LC).

⁶⁵ Conclusiones de la Reunión sobre Criterios de Aplicación de la Reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones concursales, de 11 de octubre de 2013.

⁶⁶ PASTOR, “Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago”, cit. 7 y 12/36.

Interesa recordar que el mediador concursal no tiene derecho a una remuneración adicional por la supervisión del cumplimiento del acuerdo. El juez deberá tener en cuenta esta posibilidad al fijar su retribución.

La Ley no contempla la posibilidad de impugnar la declaración de cumplimiento del mediador concursal. Por desgracia no resulta aplicable el régimen del convenio concursal pues no está previsto que el notario o el registrador competente se pronuncie al respecto; y mucho menos la intervención del juez (art. 139 LC). La única solución que tienen los acreedores es instar el concurso del deudor en caso de que no cumpla regularmente sus obligaciones. No obstante, sería deseable que el legislador regulase esta cuestión.

4.8. Concurso consecutivo

La declaración de concurso del acreedor presenta diversas especialidades cuando es la consecuencia de la negociación del acuerdo extrajudicial de pagos⁶⁷. En primer lugar, pueden instarlo el mediador concursal, el deudor o los acreedores. Pero el art. 242 no especifica si el instado por el primero es voluntario o necesario y si las facultades de administración y disposición del deudor se hallan intervenidas o suspendidas. Los autores que se han pronunciado consideran que se trata de un concurso necesario⁶⁸.

El mediador concursal debe instar la declaración de concurso consecutivo en tres casos: cuando sea imposible alcanzar un acuerdo extrajudicial, cuando el juez anulare el acuerdo al estimar la impugnación presentada y cuando se incumpla⁶⁹. Al declarar el concurso el juez le nombrará administrador concursal, salvo que exista una causa justa que aconseje realizar una excepción. Doctrina autorizada ha criticado esa consecuencia⁷⁰. Algún autor afirma que quiebran dos principios esenciales de la mediación: la imparcialidad y la confidencialidad. En cuanto a la primera, se afirma que

⁶⁷ Al respecto BAENA, “El concurso consecutivo”, cit., 11 ss.

⁶⁸ Así PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, cit., 28 s./38; BAENA, “El concurso consecutivo”, cit., 19; FERNÁNDEZ DEL POZO, “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 141; RODRÍGUEZ CONDE, *Administración concursal* ..., cit., 902 y los Magistrados de lo Mercantil de Madrid en la reunión celebrada el 11 de octubre de 2013. Además los últimos se cuestionaron si un deudor puede desistir de la negociación preconcursal que ha instado y solicitar su declaración de concurso durante el plazo de 3 meses al que se refiere el art. 5 bis. Responden afirmativamente mas califican dicho concurso como consecutivo.

⁶⁹ Cabe recordar que el 236.4 impone al mediador ese deber cuando acreedores que representen la mayoría del pasivo necesariamente afectado por el acuerdo se nieguen a continuar con las negociaciones durante el plazo de diez días que tienen los acreedores para proponer modificaciones o alternativas a la propuesta del mediador concursal.

⁷⁰ PULGAR, “Ley de emprendedores y segunda oportunidad”, cit.; PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, cit., 20/38; PULGAR EZQUERRA, J.: “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”, en *Diario la Ley*, núm. 8141, 4.9.2013, 14/18; BAENA, “El concurso consecutivo”, cit., 27 ss. y FERNÁNDEZ PÉREZ, “El estatuto jurídico del mediador concursal”, 413 ss. También RODRÍGUEZ CONDE, *op. cit.*, 830 ss., quien mantiene que la mediación concursal introduce diversas excepciones respecto de los principios de la mediación, mas no cuestiona esta naturaleza. En cambio, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, (*op. cit.*, 61) se muestra partidario de la conversión del mediador concursal en administrador concursal por razones económicas. Merecen especial consideración las reflexiones de la profesora GALLEGU (“La mediación concursal”, cit., 30) sobre la aplicación de los principios de neutralidad y confidencialidad a la mediación concursal.

el mediador puede no estar interesado en que no se alcance el acuerdo extrajudicial de pagos porque si se abre el concurso puede tener la posibilidad de cobrar una remuneración adicional. Respecto de la confidencialidad, se argumenta que el deudor no confiará en el mediador concursal si sabe que puede convertirse en administrador concursal y ejercitar acciones de reintegración.

Aunque comparto la preocupación de esa parte de la doctrina, no considero que desaparezcan los aludidos principios. En primer lugar, y en relación a la imparcialidad, el argumento expuesto supone elevar a categoría una patología especial. Es posible que un mediador concursal obre siniestramente para conseguir una remuneración adicional; pero no tiene por qué ser necesariamente así. Además, no cabe identificar imparcialidad con pasividad. Como ha señalado acertadamente una opinión autorizada, el hecho de que el mediador concursal deba elaborar un plan de pagos no significa que se decante a favor de los intereses del deudor⁷¹. El art. 13 de la Ley 5/2012 exige que facilite la comunicación entre las partes a fin de que puedan llegar a un acuerdo. Y si para ello debe hacer una propuesta sobre la que las partes aproximen sus posiciones, bienvenida sea. En cuanto al segundo principio, puede entenderse que la propia ley ampara la potestad del mediador convertido en administrador concursal de utilizar la información recibida durante la fase preconcursal para conseguir la finalidad del concurso⁷². No obstante, la conversión del mediador en administrador concursal resulta criticable pues desincentiva el recurso a esta figura. La razón es que el deudor puede recelar de él pues sabe que puede convertirse en administrador concursal y utilizar toda la información que le haya proporcionado para conseguir la máxima satisfacción de los intereses de los acreedores.

El concurso se abre directamente por la fase de liquidación. Esa situación plantea un problema pues es posible que sea necesario realizar tareas propias de la fase común, como la determinación de la masa activa y pasiva⁷³. Es cierto que el deudor informó al mediador concursal acerca de sus derechos, bienes y deudas (art. 232.1), y que éste estaba obligado a comprobar la existencia y cuantía de los créditos. Sin embargo, sus facultades estaban muy limitadas; entre otras razones porque el deudor no estaba obligado a colaborar y la ley no prevé que pueda indagar en el patrimonio del deudor. Parece necesario que el administrador del concurso consecutivo proceda a elaborar -o revisar- las masas activa y pasiva. De ahí que el art. 242 declare que los créditos que hubieran firmado el acuerdo extrajudicial no precisarán reconocimiento en el concurso consecutivo⁷⁴.

Doctrina autorizada ha calificado la apertura del concurso en la fase de liquidación como una sanción excesivamente rígida, que no favorece la opción del

⁷¹ Así GALLEGO, *op. cit.*, 30 s.

⁷² Compartimos así la argumentación de la profesora GALLEGO, *op. cit.*, 34 s. quien, no obstante, subraya que la publicidad prevista para el régimen del acuerdo extrajudicial de pagos resulta excesiva; especialmente si se compara con el de países de nuestro entorno, como Francia, Bélgica o Alemania.

⁷³ SENÉS, “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, cit., 64 s., quien subraya que la no posibilidad de convenio desincentiva la opción por esta figura; BAENA, “El concurso consecutivo”, cit., 22 ss. y FERNÁNDEZ SEIJO, *op. cit.*

⁷⁴ Al respecto BAENA, “El concurso consecutivo”, cit., 43 ss.

arreglo extrajudicial de pagos⁷⁵. A pesar del acierto de la reflexión, también deberá tenerse en cuenta que la fase del convenio carece de sentido cuando los acreedores se han negado a negociar o el deudor ha incumplido el acuerdo. En esos casos no tiene mucho sentido mantener la posibilidad de acudir a un convenio. En cambio, sí puede tenerlo cuando el acuerdo ha sido anulado. De ahí que sea necesario introducir cierta flexibilidad en la ley en este ámbito.

Los gastos del expediente extrajudicial y los créditos generados durante el mismo tendrán la consideración de créditos contra la masa, a la que ya nos hemos referido. La especialidad del concurso afecta también a las acciones de reintegración; en particular, al momento del cómputo del plazo de dos años. Mientras que la regla general es que empieza a contarse desde la fecha de la declaración de concurso, en el caso del concurso consecutivo se toma como punto de partida la fecha de solicitud de nombramiento del mediador⁷⁶. Consecuencia de esta norma es que no resulta posible rescindir los acuerdos a los que se haya llegado, pese a que la Ley no lo prevea específicamente como sí hace con los acuerdos de refinanciación⁷⁷.

Por último, si el concurso se califica como fortuito, el juez declarará la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de los créditos de Derecho público, siempre que se hayan pagado los créditos contra la masa y los concursales privilegiados. Por lo tanto, no se exige que también se haya satisfecho el 25% de los créditos concursales ordinarios como sí dispone la regla general del art. 178.2 LC⁷⁸.

5. CONCLUSIONES

El análisis del régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos revela una serie de deficiencias que explican que no se utilice en la práctica. La primera se refiere al ámbito

⁷⁵ PULGAR, “Ley de emprendedores y segunda oportunidad”, cit.; PULGAR, “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, cit., 22/38 y BAENA, “El concurso consecutivo”, cit., 23 ss., quien subraya que el acuerdo extrajudicial de pagos y el convenio concursal tienen presupuestos diversos y que sus partes no son necesariamente las mismas. En contra, GALLEGO, “La mediación concursal”, cit., 58 s.

⁷⁶ Así lo entendieron los Magistrados de lo Mercantil de Madrid en la reunión celebrada el 11 de octubre de 2013. Críticamente, BAENA, “El concurso consecutivo”, cit., 36 ss.

⁷⁷ Esa diferencia fundamenta la posición de la profesora GALLEGO, “La mediación concursal”, cit., 50 s., quien mantiene que cabe rescindir los acuerdos extrajudiciales de pagos. En cambio, FERNÁNDEZ DEL POZO (“La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 149) mantiene que no cabe la rescisión puesto que el plazo de dos años para ejercitar las acciones de reintegración se cuenta a partir de la solicitud de mediación concursal.

⁷⁸ De ahí que el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia propusiera modificar el art. 242.2.5 para armonizar el régimen general del art. 178.2 y el del concurso consecutivo. Se trataba de la enmienda núm. 10 al Proyecto de Ley por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOCG. Serie A. Núm. 89-2, de 10.11.2014, pág. 11).

Por otra parte, la solución del art. 242.2.5.º dista de ser paradigmática. Por una parte, va a resultar muy difícil que puedan satisfacerse los créditos contra la masa y los privilegiados. Por otra, no se incluyen en la remisión los créditos de Derecho público. Así GALLEGO, “La mediación concursal”, cit., 60. También críticamente véase MIRANDA, “¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores ...”, cit., 12/20.

de aplicación. La exclusión de los créditos de Derecho público y el hecho de que los que cuentan con garantía real sólo resulten afectados si deciden adherirse voluntariamente no invita a buscar el acuerdo. La razón es que fácilmente representan la parte principal del pasivo, con lo que no tiene mucho sentido esforzarse por conseguir un arreglo con el resto. Por otra parte, debería permitirse que los consumidores pudieran hacer uso de esta institución o arbitrar un sistema parecido para ellos.

En segundo término, la gran desjudicialización de la institución provoca la desconfianza de los acreedores. Efectivamente, no existen mecanismos para comprobar que el deudor reúne los requisitos para acceder a la figura, que la documentación presentada es correcta y tampoco para impugnar el nombramiento del mediador concursal. Lo mismo sucede con la declaración de cumplimiento del acuerdo: la única arma que tienen los acreedores es solicitar la declaración de concurso del deudor que, aparentemente, ha cumplido las obligaciones asumidas en el arreglo extrajudicial de pagos. La limitación de las facultades del registrador o del notario que nombran al mediador contribuye a agravar la situación.

Igual sucede con la conversión del mediador concursal en administrador concursal. Es cierto que permite ahorrar costes y tiempo, pero puede generar la desconfianza del deudor que será reticente a proporcionarle determinada información si sabe que la puede utilizar en contra suya en caso de abrirse el concurso consecutivo. En caso de que se decidiera poner fin a la conversión, debería revisarse el estatuto jurídico del mediador concursal, tanto los requisitos para acceder al cargo como el régimen de la retribución.

Los preceptos legales contienen determinadas imprecisiones que contribuyen a recelar de la institución. El legislador debería corregirlas para evitar que repercutan negativamente en su utilización. Así sucede con la determinación de la persona que fija la remuneración del mediador concursal. En segundo término, debería aclararse si los límites del art. 236.1 se aplican también a las contrapropuestas de los acreedores y si debe ser expresa o implícita la negativa de los acreedores a negociar que obliga al mediador concursal a solicitar el concurso del deudor. También debería precisarse mejor cuál es el *dies a quo* del plazo de diez días para impugnar el acuerdo extrajudicial de pagos y si cabe rescindir el acuerdo extrajudicial de pagos *ex art. 71* de la Ley Concursal. Asimismo, debería aclararse si es posible realizar actos propios de la fase común durante la fase de liquidación del concurso consecutivo. A nuestro modesto entender, la mejor solución sería introducir cierta flexibilidad sobre la apertura del mismo por la fase de liquidación.

Por último, existen buenos argumentos para negar que el acuerdo extrajudicial de pagos pueda reconducirse a la categoría de la mediación. Sin embargo, creemos que es posible mantener esa tesis; eso sí, con un gran esfuerzo exegético. Consideramos que se pueden explicar los desvíos de su régimen jurídico por la existencia de una pluralidad de acreedores, por la necesidad de dispensarles un trato paritario y por la precaria situación económica en que se halla el deudor.

LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS ACREEDORES SUBORDINADOS EN LA FASE DE CONVENIO

RAFAEL GUASCH MARTORELL*

Resumen

Los acreedores subordinados en la fase de convenio tienen reconocidos un conjunto de derechos con miras a defender sus legítimos intereses en el marco de la aprobación de un convenio judicial que les vincula todo y no haber podido contribuir a la formación de la voluntad mayoritaria. Es por ello que en el presente trabajo se analizan y cuestionan los aspectos más relevantes del alcance y contenido de los derechos que como acreedores concursales les corresponden, y se argumenta a favor de una interpretación extensiva acorde con la nueva orientación que nuestro legislador ha ido otorgando a la luz de la reforma concursal.

Contenido

1. Introducción. – 2. La revisión legal del tratamiento de los créditos que afectan a la financiación. – 2.1. La capitalización de créditos o la transformación de deuda en capital. – 2.2. La problemática de la entrada de liquidez o de Fresh Money. – 3. La presentación de la propuesta de convenio. – 3.1. La condición de proponente del acreedor subordinado y los posibles perjuicios. – 3.1.1. A la posición jurídica del concursado. – 3.1.2. A la posición jurídica de los restantes acreedores concursales. – 3.1.3. A la agilidad del proceso concursal. – 3.1.4. A la transparencia del procedimiento concursal. – 4. El ejercicio de los derechos de asistencia, debate e información, en la junta de acreedores. – 4.1. El derecho de asistencia a la Junta de Acreedores. – 4.2. El derecho de debate en la Junta de Acreedores. – 4.3. El derecho de información en la junta de acreedores. – 5. El derecho de impugnación de los acreedores subordinados. – 5.1. La oposición a la aprobación judicial del convenio. – 5.2. La infracción de las medidas prohibitivas o limitativas. – 5.3. El incumplimiento del convenio. – 6. La extensión subjetiva del convenio.

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la toma en consideración del sucinto tratamiento legal de los créditos subordinados que, recordemos, presenta como hitos más trascendentes respecto de las restantes categorías de créditos concursales, la interdicción legal del derecho de voto y

* Profesor Titular de Derecho Mercantil en la Universidad de Barcelona.

en materia de prelación de pagos, la ubicación jerárquica en una posición claramente residual, resulta diáfana la voluntad del legislador concursal de otorgar a los créditos subordinados un tratamiento desfavorable e incluso marginal respecto de los créditos ordinarios. Pues bien, siendo cierto que por mandato legal los acreedores subordinados devienen los acreedores concursales de peor condición, entendemos que ello en modo alguno debe conducir forzosamente a un debilitamiento de su condición de acreedores concursales.

Sin embargo, también somos plenamente conscientes que el debilitamiento en la posición jurídica de los acreedores subordinados irremediablemente sucederá si en el ámbito doctrinal se hace mayoritaria una interpretación restrictiva del alcance y contenido de los derechos ejercitables por los titulares de créditos subordinados en el momento en que decidan defender sus legítimos intereses patrimoniales en el seno del procedimiento concursal. Acorde con lo anterior, en este artículo vamos a reflexionar entorno del alcance y las consecuencias jurídicas que conlleva el ejercicio de los derechos reconocidos en la Ley Concursal a los acreedores subordinados en la fase de convenio.

2. LA REVISIÓN LEGAL DEL TRATAMIENTO DE LOS CRÉDITOS QUE AFECTAN A LA FINANCIACIÓN

En nuestro todavía joven derecho concursal, de forma paralela a la constatación por parte del legislador de la duración y gravedad de la crisis económica se ha ido hilvanando una reforma concursal¹ en la que, entre otras finalidades se vislumbra la de normativizar mecanismos de financiación, directos o indirectos, externos o internos, que permitan aunar la reducción del endeudamiento financiero -desapalancamiento- con la captación de nuevos ingresos financieros. En este sentido, la plasmación normativa de ambas finalidades encuentra fiel reflejo, de una parte, en lo que se denomina como capitalización de créditos o transformación de deuda en capital y de otra parte, en lo que se denomina con el término anglosajón “Fresh Money”.

2.1. La capitalización de créditos o la transformación de deuda en capital

La conversión de créditos en capital social no constituye una novedad legislativa que deba ser atribuida exclusivamente a la reforma concursal, como es sabido, la Ley Concursal de 2003² ya trataba de incentivar con mayor o menor fortuna que los

¹ Reforma de la Ley Concursal que refleja una curiosa manera de legislar desordenada, caótica y con un carácter transitorio que plantea numerosos problemas interpretativos. Nos referimos a la reforma que se inicia con el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; que tiene su continuidad con el Real Decreto-ley 11/2014 de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y que parece concluirse con la Ley 17/2014, de 30 de septiembre que convalida el RDL 4/2014.

² En efecto de acuerdo con lo establecido en el art. 134. 1 segundo apartado, que se ha mantenido invariable desde su redacción original, los acreedores subordinados tendrán la “facultad de aceptar, conforme a lo previsto en el artículo 102, propuestas alternativas de conversión de créditos en acciones, participaciones, o cuotas sociales o en créditos participativos”. A este respecto, SÁNCHEZ CALERO, F.,

acreedores subordinados optasen por adquirir o ampliar, en su caso, la condición de socio en la sociedad concursada,³ afectando esta decisión, de un modo especial a las personas próximas o cercanas al concursado que a la fecha de declaración del concurso tuviesen la condición de acreedores concursales.

El Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo contempla una serie de medidas destinadas a favorecer⁴ la transformación de deuda en capital con la clara voluntad de conseguir ampliar el perímetro de los destinatarios, alcanzando así a todos los acreedores sin hacer distinciones en base a su categoría ni a su adscripción concursal o post concursal. En efecto, el legislador concursal es plenamente consciente que en la realidad del tráfico económico a consecuencia de la perdurabilidad y de la gravedad de la crisis económica son numerosas las empresas que no obstante padecer un elevado endeudamiento y por consiguiente soportar una carga financiera desorbitada todavía son capaces de mantener un proyecto empresarial viable, supeditado esto sí, a la capacidad de lograr compatibilizar con éxito las políticas de saneamiento financiero o desendeudamiento con las políticas encaminadas a la consecución de inyecciones de capital nuevo.

A pesar de los pesares, estando así situados forzosamente en un escenario complejo y de una gran incertidumbre⁵ cabe plantearse ¿cuál será la posición que adopten los acreedores concursales? pensemos, a modo de hipótesis, en supuestos donde se plantean propuestas de convenio con quitas del 70% o del 80 % del importe de los créditos y con una creciente disminución del valor de realización de los activos dados en garantía. Ante estas circunstancias adversas, no debe resultarnos sorprendente que a ciertos acreedores concursales -sobre todo a los ordinarios y subordinados- les pueda resultar más ventajoso para sus intereses el apostar decididamente por otorgar viabilidad al proyecto empresarial, por ejemplo, adoptando medidas que tengan por finalidad reducir el endeudamiento de la sociedad que, por el contrario, optar por mantener a

“La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad”, en *sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 3909-3910, señala: “... los acreedores subordinados tienen la facultad de aceptar, y por consiguiente de rechazar, las propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones o participaciones o cuotas sociales que estimen inadmisibles, si bien se ha de pensar que normalmente no tendrán otra solución que aceptar porque, teniendo en cuenta que la aprobación no depende de ellos, el rechazo implica que su crédito no vale nada, pues la regla general de la que parte el artículo 134.1 es precisamente que el contenido del convenio vincula al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados”.

³ Respecto del necesario acuerdo de la Junta general de socios o de accionistas ante el acuerdo de aumento de capital mediante la conversión de créditos en acciones o participaciones, vid., MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *La junta general de la sociedad concursada*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 122 y ss.

⁴ Así aquellos acreedores que hayan capitalizado créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la Disposición adicional cuarta, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado. (vid. segundo apartado del número 5 del artículo 92 LC.).

⁵ La Exposición de Motivos de la “Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial”, alude a esta situación que se presenta a los acreedores, en términos parcialmente coincidentes al señalar: “Se trata en definitiva de favorecer también para ellos que una expectativa incierta de cobro de una cantidad elevada (en términos de capacidad de pago del deudor) se torne en una certeza razonable de cobro de una cantidad más reducida o sujeta a una mayor espera. Se trata de favorecer también los mecanismos para que la deuda pueda transformarse en capital.”

ultranza su condición de acreedores concursales, con la expectativa razonable de encontrarse ante un escenario de liquidación concursal, donde por el tiempo transcurrido, y la manifiesta insuficiencia de la masa activa resulta cada vez más notoria la progresiva disminución de las posibilidades de recobrar el importe de sus créditos.⁶

Cuestión distinta será el plantear a los socios actuales de la sociedad concursada y sobre todo a los socios con una participación relevante y/o de control, si están dispuestos a permitir la entrada de nuevos socios y con ello la dilución de su participación en el capital social⁷ y en ciertos casos, atendiendo al importe de la capitalización de créditos, llegar a soportar un importante sacrificio en términos de pérdida efectiva del control de la sociedad o, en su caso, del grupo de sociedades. Ciertamente el legislador concursal es plenamente consciente de la tradicional reluctancia de los antiguos socios a la entrada de nuevos socios, y a tales efectos con la clara finalidad de desincentivar las maniobras obstruccionistas de aquellos socios ha incorporado un nuevo supuesto de presunción de culpabilidad en el número 4 del art. 165 LC, que afecta al deudor, a sus representantes legales, a sus administradores o liquidadores cuando sin causa razonable se hayan negado a la capitalización de créditos, frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis 1 o en la disposición adicional cuarta. En la misma orientación desincentivadora se manifiesta el artículo 172 bis apartado primero al ampliar el perímetro subjetivo de los posibles condenados a cubrir total o parcialmente el déficit concursal a “los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4º del artículo 165...”.

En determinados supuestos los socios de control podrán ser a la vez acreedores de la sociedad concursada, y a pesar de su condición de acreedores residuales o marginales adquirir en vía societaria el protagonismo perdido en sede concursal al ser calificados como personas especialmente relacionadas con el deudor concursado, así podrá suceder de estar integrada la masa pasiva por porcentajes elevados de créditos subordinados.

2.2. La problemática de la entrada de liquidez o de Fresh Money

Como es sabido, la disposición adicional segunda de la “Ley 17/2014 de 30 de septiembre por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial”, establece que tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos

⁶ Un buen ejemplo de lo que estamos señalando en el texto lo encontramos en la propuesta de convenio de acreedores que presentó, donde dejado muy clara su voluntad de tratar de impedir la liquidación, en lo que se denomina como propuesta básica se propone a los acreedores una quita del 97,5 % y una espera de 8,5 años, la versión extractada de esta propuesta de convenio se publicó en la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, La Ley Wolters Kluwer, número 21/2014, p. 333 y ss.

⁷ La efectividad de la presunción de culpabilidad requiere que la propuesta de refinanciación vaya acompañada del reconocimiento a favor de los socios del deudor del derecho de adquisición preferente de las acciones o participaciones que vayan a ser suscritas por los acreedores en caso de enajenación ulterior de las mismas, vid., el segundo apartado del art. 165. 4º, que ya había sido incorporado por el Real Decreto –ley 4/2014, de 7 de marzo y que posteriormente recoge la Ley 7/2014 de 30 de septiembre.

en el marco de un acuerdo de refinanciación que se realice bajo el auspicio de las condiciones previstas en el artículo 71 bis o en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal; haciendo extensible la anterior calificación a los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería, incluso cuando estos créditos hayan sido concedidos por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas con el concursado. Excluyéndose asimismo de la clasificación de créditos contra la masa, los ingresos de tesorería realizados a través de una operación de aumento de capital.

Asimismo en el apartado cuarto de la citada disposición se señala que, en el caso de liquidación también tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio conforme a lo previsto en el art. 100.5 de la Ley Concursal.

Lo anunciado en los apartados anteriores supone atendiendo al mandato legal dejar sin aplicación, durante los dos años siguientes a la entrada en vigor de la Ley 17/2014, lo previsto a tales efectos en el número 11 del apartado segundo del art. 84 LC y lo establecido en el número 6 del art. 91LC, es decir, se suspende temporalmente la calificación que el 50% del dinero nuevo sea calificado como crédito contra la masa y el restante 50% sea calificado como crédito con privilegio general.

A nuestro juicio, la modificación legislativa reseñada, de carácter extraordinario y temporal, acredita, una vez más, cómo tozudamente la realidad imperante en el tráfico económico se termina imponiendo a las opciones de política legislativa cuando éstas opciones quedan demasiado alejadas de los escenarios reales. En nuestra doctrina, ya se advirtió- advertimos- en su día⁸ que resultaba contraproducente y disfuncional, entre otros motivos, por contribuir a incrementar los costes de financiación, la subordinación automática de los créditos aportados por los “insiders”⁹ cuando éstos opten por aportar nuevos ingresos a la sociedad. En este sentido, pretender además que la financiación adicional aportada a la sociedad se realice exclusivamente en concepto de capital de riesgo vía ampliación de capital, cerrando la posibilidad que la aportación de los nuevos recursos financieros se realice en concepto de capital de crédito, podría suponer una dificultad añadida en un momento donde la empresa en crisis precisa con carácter urgente contar con dinero nuevo. De este modo, ha sido suficiente encontrarnos inmersos en una situación de fuerte crisis económica para visibilizar la enorme dificultad que encierra para los agentes económicos acceder a financiación externa en condiciones normales de mercado y en cuantía suficiente al objeto de tratar de asegurar a medio y largo plazo la supervivencia de la sociedad concursada.

En este punto, en un contexto de crisis empresarial son múltiples las razones que cabe traer a colación a fin de justificar la dificultad de encontrar financiación externa

⁸ En este sentido, IGLESIAS PRADA, J.L. VAQUERIZO ALONSO, A., “Sobre la subordinación legal. En el curso de los créditos pertenecientes a las personas especialmente relacionadas con el deudor”, en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV, Madrid – Barcelona, 2005, pp. 3755- 3757, GUASCH MARTORELL, R., “El régimen concursal de los préstamos de socios”, en VV.AA., *Estudios sobre la Ley Concursal...*, op. cit., T.IV, p. 3717. Sobre el modelo concursal de subordinación automática de créditos realiza en nuestra doctrina una loable síntesis PÉREZ MILLÁN, D., “La subordinación de créditos y los pactos de socios”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, La Ley Wolters Kluwer, nº 18/2013, pp. 144-147.

⁹ Vid., respecto del concepto de “insiders” en el derecho concursal norteamericano, la monografía de FERRÉ FALCÓN, J., *Los créditos subordinados*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 335 y ss.

adecuada y suficiente, no obstante, siendo así, una de estas razones resulta especialmente constatable: si el propio empresario o el círculo de las personas próximas al mismo ya no confían en el proyecto empresarial, ¿quién o quiénes van a confiar para realizar nuevos ingresos de tesorería en un momento tan delicado?, “mutatis mutandis” sucede lo mismo en el ámbito de las sociedades cotizadas; si los propios directivos de estas sociedades no transmitiesen a los inversores un mensaje de confianza, mostrándose dispuestos a adquirir paquetes significativos de acciones, ¿cómo cabe esperar que los adquiera un tercer inversor informado? Nos estamos refiriendo al inversor que cuenta con la capacidad de conocer y valorar el hecho que ni los propios directivos de la sociedad cotizada han demostrado su plena confianza en el proyecto empresarial que lideran.

3. LA PRESENTACION DE LA PROPUESTA DE CONVENIO

3.1. La condición de proponente del acreedor subordinado y los posibles perjuicios

Como sabemos, a tenor de lo establecido en el art. 113.1 LC, además del concursado, también podrán presentar propuesta de convenio “los acreedores cuyos créditos consten en el concurso y superen conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores...”, de aquí que de la propia literalidad del precepto se desprenda que todos aquellos acreedores que titulen créditos por un importe superior a una quinta parte del total pasivo que resulte de la lista de acreedores, se les reconoce la facultad de presentar una propuesta de convenio, acorde con ello, cabe considerar que, salvo los acreedores contra la masa, la condición de acreedor proponente o acreedores proponentes la podrán ostentar legítimamente los acreedores subordinados, y por supuesto, entre ellos, las personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural o persona jurídica.

La posibilidad de que la condición de acreedor proponente recaiga en uno o más acreedores subordinados encuentra plena justificación en los supuestos donde la masa pasiva esté integrada en una amplia mayoría exclusivamente por créditos subordinados en porcentajes del 60%, del 70%, del 80%, del 90 % y el resto de acreedores concursales -ordinarios y privilegiados- tengan respectivamente una participación del 40%, 30%, 20%, 10%. Por supuesto la mera composición interna de la masa pasiva en clave de otorgar mayorías a los acreedores subordinados carece de eficacia jurídica para justificar la improcedencia de la declaración de concurso, y del mismo modo las mayorías legales requeridas para la aprobación del convenio siguen estando vinculadas al pasivo ordinario.

En este orden de cosas, partiendo del pleno reconocimiento legal y del posicionamiento favorable adoptado por un sector predominante de nuestra doctrina¹⁰

¹⁰ Vid., entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., “La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad”, *op. cit.*, p. 3908.

respecto de la capacidad de los acreedores subordinados para llegar a formular una o varias propuestas de convenio, vamos a analizar si la condición de proponentes cuando recaiga sobre los acreedores subordinados sería susceptible de llegar a perjudicar la posición jurídica del deudor concursado, o la que mantienen los restantes acreedores concursales.

3.1.1. A la posición jurídica del concursado

En primer término, respecto del concursado, “prima facie”, el hecho de que los acreedores subordinados presenten una o varias propuestas de convenio, actuando estos por sí solos o conjuntamente con acreedores de otras categorías, le podrá resultar al concursado tan perjudicial como hipotéticamente le pueda resultar lesiva la propuesta de convenio presentada por cualquiera de los restantes acreedores concursales legitimados a tal fin.

A nuestro juicio, nos parece un auténtico contrasentido reconocer, de una parte, sin limitación alguna la legitimación activa de los acreedores subordinados a los efectos de solicitar la declaración de concurso del deudor común y, por otra parte, impedir a estos mismos acreedores la posibilidad de formular una o varias propuestas de convenio, es decir, los acreedores subordinados podrían hacer lo más – formular la solicitud de declaración de concurso- pero quedarían deslegitimados para hacer lo menos -la presentación de una propuesta de convenio-. En relación con ello, recordemos, que el acreedor instante, en nuestro caso el acreedor subordinado está facultado para solicitar del Juez del concurso la adopción de medidas cautelares destinadas a asegurar la integridad del patrimonio del deudor (cfr. Art. 17 LC), y que este mismo acreedor instante del concurso, quizás, logre obtener el pago íntegro de su crédito atendiendo a lo previsto en el art. 19.1 LC.

Y en última instancia, si el concursado considera que la aprobación de una propuesta de convenio presentada por uno o varios acreedores subordinados lesiona sus legítimos intereses, siempre mantendrá el derecho de optar, de darse las circunstancias que lo permitan, entre ejercitar la oposición a la aprobación de la propuesta de convenio aceptada por los acreedores o proceder a solicitar la apertura de la fase de liquidación (cfr. Art. 128.3 LC).

3.1.2. A la posición jurídica de los restantes acreedores concursales

Respecto del posible perjuicio a los restantes acreedores concursales también se nos antoja difícil encontrar justificaciones razonables a fin de privar a los acreedores subordinados de la condición de acreedores proponentes. En primer lugar, respecto de los acreedores privilegiados, éstos mantienen invariable la posibilidad de escoger ante cualquier propuesta de convenio el quedar vinculados por el contenido del convenio o quedar al margen del mismo, y por ende, cabe suponer que los acreedores privilegiados- con privilegio especial o privilegio general- únicamente estarán dispuestos a quedar afectados por el contenido de la propuesta de convenio aprobada en la junta de acreedores, si ésta propuesta y en definitiva el convenio, resulta favorable a sus

intereses; sin perjuicio de ser así, en la actualidad los acreedores privilegiados también pueden quedar vinculados por el convenio cuando se den las mayorías de acreedores de su misma clase que se establecen en el artículo 134.3LC.

En segundo lugar, nos encontramos con la categoría de los acreedores ordinarios frente a los cuales cabe de nuevo valorar la hipótesis de que resulten perjudicados por el contenido de una propuesta de convenio presentada por los acreedores subordinados. Siendo así, los acreedores ordinarios cuentan con sólidos argumentos normativos que les permiten alejar cualquier peligro de potencial perjuicio a su posición jurídica. En efecto, con independencia de su condición de proponentes, los acreedores subordinados siguen sin contar con el reconocimiento legal a fin de ejercer el derecho de voto, y que además, sea cual sea la composición interna de la masa pasiva concursal- incluso en el supuesto que estuviese integrada por una mayoría de créditos subordinados-, las mayorías necesarias para la aprobación de propuestas de convenio siguen siendo referenciadas al pasivo ordinario.

Pues bien, de los supuestos hasta ahora analizados se desprende que la condición de proponentes cuando recaiga sobre todos o algunos de los acreedores subordinados no significará “per se” perjudicar la legítima defensa de los intereses del concursado sin que tampoco afecte de modo negativo a los restantes acreedores concursales. En este contexto, analicemos ahora desde el marco del procedimiento concursal, dos de los posibles argumentos que quizás salgan a colación, cuando se argumente a los efectos de no reconocimiento de la condición de proponentes a los acreedores subordinados.

3.1.3. A la agilidad del proceso concursal

En éste orden de cosas, cabría argumentar que la admisibilidad de una o de varias propuestas presentadas por los acreedores subordinados produzca el efecto no deseado de ralentizar en grado sumo la tramitación de la fase de convenio. Ciertamente la Ley Concursal no establece un límite cuantitativo en términos de número máximo de propuestas de convenio que resulten admisibles, limitándose a requerir que la propuesta de convenio sea presentada por acreedores que superen el 5% de del total pasivo, sin distinguir entre las distintas categorías de créditos que integran la masa pasiva del concurso.

Por nuestra parte, creemos que los criterios de funcionalidad previstos en la propia Ley en lo referente a la celebración de la junta de acreedores ya constituyen un mecanismo suficientemente eficaz, sin que, de otra parte, las garantías procesales del procedimiento concursal deban de resentirse porque exista una pluralidad de propuestas de convenio y que una o varias de éstas propuestas resulten ser las presentadas, y en su caso, defendidas por los acreedores subordinados en el momento de someterse a deliberación y debate en la junta de acreedores.

3.1.4. A la transparencia del procedimiento concursal

En lo que respecta a una posible falta de transparencia del procedimiento concursal pensamos, que una vez más, la singular posición jurídica de los acreedores

subordinados, incluso cuando éstos sean los proponentes de una propuesta de convenio, dificulta en grado sumo argumentar convincentemente que puedan darse situaciones de auténtica falta de transparencia, por ejemplo, las que pretendan conseguir la aprobación de un convenio a favor de los intereses del concursado y en detrimento de los acreedores concursales. Así las razones que justifican el tratamiento que reciben los denominados “acreedores a título derivativo”¹¹ carecen de aplicabilidad argumentativa respecto de los acreedores subordinados, siendo conscientes además de las escasas posibilidades de maniobra de los proponentes dada la interdicción existente del derecho de voto, y de otra parte, la limitación consistente en mantener invariable el texto de la propuesta de convenio, al disponerse en la Ley Concursal que una vez admitidas a trámite las propuestas de convenio no podrán revocarse ni modificarse. (cfr. Art. 114.2).

En definitiva, en el marco del procedimiento concursal, la ausencia de transparencia, las maniobras fraudulentas entre el deudor y sus acreedores, las corruptelas ligadas al posible mercadeo de créditos -pensemos que en la actualidad se reconocen los efectos positivos de los negocios jurídicos de adquisición de créditos realizados con posterioridad a la declaración de concurso-,¹² por supuesto que deben quedar sometidas a un estricto control de legalidad con la clara voluntad de erradicarlas; ahora bien, en modo alguno, ello debe servir a fin de justificar o amparar la vulneración del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, pues tal y como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal de 2003, las excepciones legales al principio de la “par conditio creditorum” “han de ser muy contadas y siempre justificadas”.

4. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ASISTENCIA, DEBATE E INFORMACIÓN, EN LA JUNTA DE ACREEDORES

En nuestra Ley concursal la interdicción legal del derecho de voto que alcanza, sin distinción de posición, a todos los titulares de créditos subordinados, produce en el marco de la junta de acreedores la modificación de la conexión en torno del ejercicio de los derechos de asistencia, debate y voto, fragmentándose dicha conexión al quedar descolgado desde el prisma tuitivo de la cadena el eslabón más significativo: el derecho de voto. Acorde con ello, en lo que respecta a la categoría de los acreedores subordinados, los derechos de asistencia, debate, información y en última instancia de impugnación, deban ser conceptualmente configurados como derechos independientes o desconectados del derecho de voto. En sede concursal, en una posición jurídica que

¹¹ Vid. Al respecto, TOMILLO URBINA, J., “El derecho de asistencia a la junta del concurso”, en VV.AA., *Estudios sobre la Ley Concursal...*, op. cit., T. II, pp. 1627-1628.

¹² En la Exposición de Motivos del R.D Ley 11/2014 de 5 de septiembre, se señala: “El verdadero problema estriba en que el adquirente se haya concertado con el deudor para defraudar al resto de acreedores”. Por su parte, el citado Real Decreto da una nueva redacción al art. 122.1 LC especificando que: “No tendrán derecho de voto en la junta los titulares de créditos subordinados incluidas, en particular, las personas especialmente relacionadas que hubiesen adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración de concurso”, admitiéndose, por el contrario, el derecho de voto de los restantes acreedores que hubiesen adquirido sus créditos con posterioridad al auto de declaración de concurso.

guarda ciertas similitudes pero que no resulta idéntica nos encontramos con la posición de los denominados acreedores contingentes, que tienen legalmente suspendido el ejercicio de los derechos de adhesión, de voto y de cobro (Cfr. Art. 87.3 LC). Y en sede societaria con la tutela de la posición jurídica de los accionistas y socios poseedores de acciones o participaciones sin voto. (Cfr. Art. 102 LSC).

En este orden de cosas, la primera cuestión a plantearse se centrará en dilucidar el significado y alcance que para los acreedores subordinados comportara el ejercer sin cortapisas en el marco de la junta de acreedores los derechos de asistencia y debate e información.¹³

4.1. El derecho de asistencia a la Junta de Acreedores

El derecho de asistencia de los acreedores concursales a la junta de acreedores se reconoce de modo omnicomprendido en el art. 118 LC, afectando a todos los acreedores que figuran en la relación de incluidos en el texto definitivo de la lista de acreedores. Siendo así, la primera cuestión casi obligada a plantearse resulta muy simple: ¿para qué querrán asistir los acreedores subordinados a la junta de acreedores? En este sentido, resulta evidente que la simple asistencia del acreedor subordinado a la junta de acreedores “per se” no garantiza que el acreedor asistente quede en mejores condiciones respecto del acreedor subordinado no asistente al objeto de lograr la tutela efectiva de sus legítimos intereses. En efecto, frente a la postura abstencionista, la asistencia a la junta de acreedores únicamente resultará efectiva para la defensa de los intereses de los acreedores subordinados en la medida que lleguen a incidir en el debate y deliberación de las propuestas de convenio presentadas.

De otra parte, la asistencia a la junta de acreedores se podrá realizar personalmente o mediante la asistencia de un representante, de este modo los acreedores subordinados podrán hacerse representar por cualquier persona física o jurídica e incluso por otro acreedor subordinado, siempre que el representante no tenga la condición de persona especialmente relacionada con el concursado. Siendo ello así, las razones¹⁴ aducidas para impedir que el representante ostente la condición de persona especialmente relacionada con el concursado no nos parecen suficientemente convincentes, máxime si hacemos un mero ejercicio comparativo con las razones que justifican la prohibición de la representación conferida a favor del propio concursado o de la administración concursal. En este sentido, partiendo del dato irrefutable que las personas especialmente relacionadas con el concursado tienen legalmente atribuidos los derechos de asistencia y debate, ¿por qué negarles que puedan representar a otros acreedores concursales acogiéndose estrictamente a las instrucciones que hayan recibido de su representado? Pensemos que los acreedores subordinados pueden representar a otros acreedores concursales y en su condición de representantes ejercer el derecho de

¹³ Vid. en términos afirmativos en torno del reconocimiento de los derechos de asistencia debate e información en favor de los titulares de créditos subordinados se manifiesta SANCHEZ CALERO, F., “La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad”, *op. cit.*, p. 3909.

¹⁴ Vid. In extenso FERRÉ FALCÓN, J., *op. cit.*, p. 686, se trata “... de evitar que sus titulares, en atención a la información e influencia que les proporciona a su posición cercana al deudor, puedan hacer uso de las mismas para ayudar a aquél y perjudicar al resto de acreedores”.

voto que corresponda a los créditos sobre los cuales ostenta la titularidad su representado, y por supuesto ello también debería resultar factible a las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado.

También nos podemos encontrar con supuestos donde acontezca la representación de un acreedor, persona física o jurídica, que simultáneamente sea titular de créditos privilegiados, ordinarios y subordinados. A este fin, el acreedor podrá optar, por ejemplo, que cada clase de crédito del que resulte ser titular sea representado en la junta de acreedores por un representante distinto, o que un mismo representante actúe en representación de todos los créditos de los que sea titular con independencia de su categoría.

4.1.1. El derecho de debate en la Junta de Acreedores

De entre todas las cuestiones acerca de las cuales el acreedor asistente o representado podrá estar interesado en intervenir en la junta de acreedores, cabe esperar que en la mayoría de casos el ejercicio del derecho de debate quede focalizado respecto del contenido de la propuesta o propuestas de convenio que vayan a ser sometidas a la consideración de la junta de acreedores.

Tal y como hemos planteado en el epígrafe correspondiente al derecho de asistencia, también respecto del derecho de debate de los acreedores subordinados resulta pertinente formularnos la siguiente cuestión: ¿Cuáles son los motivos que justifican reconocer el derecho de debate a favor de los acreedores subordinados? A nuestro juicio, encontramos tres motivos trascendentes para justificar el pleno reconocimiento del derecho de debate de los acreedores subordinados, a saber:

El primer y principal motivo que justifica el reconocimiento “in extenso” del derecho de debate de los acreedores subordinados, radica en el tratamiento legal que reciben esta categoría de acreedores, por cuanto sin tener la posibilidad de realizar con plena efectividad una declaración explícita de conformidad, quedan irremediabilmente vinculados por el convenio. De aquí que la afectación forzosa al contenido del convenio justifica la necesidad ineludible de reconocer a favor de todos los acreedores subordinados el derecho a defender sus intereses económico-patrimoniales en el transcurso de la celebración de la junta de acreedores.

El segundo motivo lo encontramos en la capacidad para incidir ni siquiera sea indirectamente – por carecer del derecho de voto- en la aprobación o rechazo de una propuesta de convenio. En efecto, ello será así en la medida que los acreedores con derecho de voto tomen en la consideración debida, las advertencias formuladas por los acreedores subordinados, cuando estos en el transcurso de su intervención lleguen a razonar y justificar acertadamente los pros y contras de la propuesta de convenio sometida a debate.¹⁵

¹⁵ Vid. GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición, nulidad y declaración de incumplimiento*, Madrid, 2008, p. 139, el autor acertadamente estima que la privación del derecho de voto “... no justifica que deba negárseles el derecho de poner de manifiesto defectos de un convenio que hayan de impedir que sea definitivamente eficaz, sobre todo cuando se van a ver vinculados por ese convenio y afectados en su patrimonio por el contenido del mismo.”.

El tercer motivo, lo constituye la posibilidad de convertir el derecho de debate de los acreedores subordinados en un mecanismo eficiente e idóneo a los efectos de reforzar su singular posición jurídica en los supuestos que decidan formular oposición a la aprobación judicial del convenio o cuando vayan a denunciar el incumplimiento del convenio. De este modo, mediante la inclusión en el acta de la junta de acreedores se consigue dejar constancia explícita de los motivos de oposición a cada una de las propuestas de convenio sometidas a debate y votación. En este sentido, entendemos, que si bien de forma sucinta el acta de la junta deberá hacer mención de las cuestiones controvertidas que se han puesto de manifiesto en la deliberación de cada una de las propuestas sometidas a consideración de la junta de acreedores.

La Ley Concursal encomienda al Presidente de la junta dirigir la deliberación y el debate de cada una de las propuestas presentadas para su aprobación en la junta de acreedores, siendo el propio Presidente quien, por mandato legal, tiene reconocida la facultad de acotar la duración del debate. En efecto, en el artículo 121.3 LSC se indica el criterio al cual podrá acudir el Presidente cuando deba dar respuesta a la cuestión ¿cuándo debe considerarse suficientemente debatida una propuesta de convenio? La respuesta la ofrece la propia Ley: en el momento en que hayan acaecido tres intervenciones a favor y tres en contra.

A tales efectos, repárese que el legislador se limita a señalar un criterio orientativo, y no limitativo, en la actuación del Presidente, de aquí que no debemos descartar que de darse un supuesto donde resulte más aconsejable -vgr.- por la trascendencia y complejidad de las cuestiones debatidas- un debate más extenso entre todos los acreedores asistentes, el Presidente de la Junta en el ejercicio de las funciones de dirección y control legalmente atribuidas, está legitimado para autorizar una ampliación de las intervenciones atendiendo a las solicitudes de voz realizadas, y sin que, a nuestro juicio, el derecho de intervención deba quedar forzosamente constreñido ni por supuesto vinculado a la capacidad potencial del acreedor asistente de ejercer el derecho de voto. Obviamente, corresponde al Presidente de la junta de acreedores evitar que el ejercicio del derecho de debate por parte de los acreedores concurrentes tenga por finalidad obstruir o paralizar el normal funcionamiento de la junta de acreedores.

4.2. El derecho de información en la Junta de Acreedores

El posicionamiento entorno del derecho de información de los acreedores titulares de créditos subordinados lo debemos efectuar tomando en consideración, en primer lugar, el carácter instrumental que en el marco de la junta de acreedores respecto del derecho de información adoptan el derecho de asistencia y el derecho de debate. De este modo, la conexión de los derechos de asistencia y debate se postula respecto del derecho de información, derecho cuyo ejercicio está encaminado al reconocimiento de la plena legitimidad de los titulares de créditos subordinados a conocer, entre otros aspectos, en toda su extensión el contenido de las propuestas de convenio que se sometan a la consideración de la junta de acreedores, a fin de estar en mejores condiciones de valorar la forma y modo en que les afecta el contenido del convenio que por mandato legal vincula a los acreedores subordinados que titulen créditos anteriores al auto de

declaración del concurso. De aquí, que los acreedores subordinados queden obligados a soportar una vinculación forzosa que trasciende del marco tuitivo que otorga en nuestro ordenamiento jurídico el conocido principio de relatividad de los contratos (art. 1257 Cc).

En cuanto al reconocimiento legal del derecho de información el artículo 120 LC lo reconoce a favor de todos los acreedores concursales que decidan asistir a la Junta de acreedores y no únicamente a los acreedores que tengan reconocido el derecho de voto. En lo que respecta a su contenido, el derecho a informarse del acreedor abarca el conocer y valorar en toda su extensión cuatro aspectos, a saber: el informe de la administración concursal, la actuación de la administración concursal, las propuestas de convenio y los escritos de evaluación emitidos.

Durante la celebración de la junta de acreedores, el efectivo ejercicio del derecho de información se convierte, a nuestro juicio, en el mecanismo de tutela más eficiente para defender los derechos concursales de los titulares de créditos subordinados. En efecto, consideramos que la restricción, la privación injustificada o discriminatoria de este derecho de información debe tener graves consecuencias que se traducen en la probable impugnación del convenio aceptado y aprobado judicialmente, y de resultar acreditada, la comisión de una infracción grave del derecho de información que, en nuestro caso afecte a los acreedores subordinados, debe conllevar la nulidad del acuerdo aprobando el convenio. Con ello, sólo estamos adoptando un posicionamiento consecuente: derecho de información amplio y efectivo respecto de todos los acreedores concursales, y en cualquier supuesto, reconocimiento del ejercicio del derecho de información a favor de los titulares de créditos subordinados con idéntico contenido y alcance que disponen los restantes acreedores concursales, no cabiendo en modo alguno en este aspecto un tratamiento discriminatorio o perjudicial que termine afectando negativamente a la tutela de los legítimos intereses de los acreedores subordinados.

5. EL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACREEDORES SUBORDINADOS

A nuestro juicio, cabría adoptar como premisa de partida la convicción que el derecho de impugnación debería reconocerse “in extenso” a todos los acreedores subordinados, lisa y llanamente por su mera condición de acreedores concursales. En efecto, como venimos reiterando, no deja de resultar paradójico que a los acreedores subordinados, de una parte, se les prive del derecho de voto, y de otra se les imponga el contenido de un convenio que si bien han podido debatir no han llegado a contribuir con la emisión de su voto a la formación de la mayoría requerida para su aprobación. Así pues, la limitación y en última instancia el no reconocimiento del derecho de impugnación de los acreedores subordinados, situaría a tales acreedores en una posición de absoluta desprotección que carece en absoluto de justificación. Cuestión distinta y evidente será

que en la Ley Concursal¹⁶ incomprensiblemente no se haga mención explícita a la legitimación activa de los acreedores subordinados. En lo que aquí respecta, las reflexiones acerca del contenido del derecho de impugnación de los acreedores subordinados, la vamos a realizar a continuación distinguiendo tres supuestos.

5.1. La oposición a la aprobación judicial del convenio

De lo hasta ahora analizado, se concluye que la posición jurídica de los acreedores subordinados en el marco de la celebración de la junta de acreedores, se configura a partir del reconocimiento legal a su favor de los derechos de asistencia, debate e información, derechos que postulamos como plenamente ejercitables por los acreedores subordinados con idéntico alcance y contenido que la Ley Concursal regula para los restantes acreedores concursales. Avanzando en nuestra reflexión, nos corresponde ahora examinar si resulta procedente reconocer y de ser así cuáles son las condicionantes que presenta, el reconocimiento de la legitimación activa de los acreedores subordinados para oponerse a la aprobación judicial del convenio.

A tales efectos, el punto de partida vendrá determinado, en primer lugar, por lo establecido en el art. 128 LC al limitar la legitimación activa de los acreedores concursales a los siguientes supuestos, afectando así: la administración concursal, los acreedores no asistentes a la junta, los privados de forma ilegítima del derecho de voto y finalmente a los acreedores que hubieran votado en contra. En este sentido, resulta obvio que a los acreedores subordinados por carecer del derecho de voto no llegarán a ostentar la condición de acreedores a los que se les haya privado de forma ilegítima del derecho de voto, ni por supuesto podrán haber votado en contra, y por ende, en el marco de los supuestos “*numerus clausus*” de legitimación activa, los acreedores subordinados únicamente podrán aspirar a ser englobados en la condición de “acreedores no asistentes” o no concurrentes a la junta de acreedores.

Sentado lo anterior, quiere ello significar que la posibilidad de postular el reconocimiento legal de la legitimación activa de los acreedores subordinados a los efectos de oponerse a la aprobación judicial del convenio, únicamente tendría trascendencia con respecto de los acreedores no asistentes a la junta de acreedores, con independencia de la motivación o la razón/es por las cuales no haya asistido. Sin embargo, de ser así quizás resulte más difícil justificar el reconocimiento de una legitimación activa a favor de unos acreedores que en determinados casos han hecho dejadez del ejercicio de los derechos que amparan su posición jurídica en el procedimiento concursal. Si de “*facto*”, se ha producido una renuncia a ejercer los derechos de tutela que les amparan, como se puede justificar “*a posteriori*” su interés en denunciar una presunta infracción legal en la constitución o en la celebración de la junta o respecto del contenido de una propuesta de convenio cuando ni siquiera podrán hacer

¹⁶ En este sentido FERRÉ, FALCÓN, J., *op. cit.*, p. 667, estima que hubiese sido preferible que el legislador hubiese dedicado una norma específica a regular la legitimación activa de los acreedores subordinados, “dotándoles de legitimación para oponerse al convenio únicamente cuando el contenido del mismo vulnerase su posición en la clasificación de créditos establecida por la Ley”.

constar en el acta de la junta las razones o los motivos que fundamentan la existencia de la infracción legal.

A nuestro entender, los acreedores subordinados en su condición de acreedores afectados por lo pactado en el contenido de la propuesta de convenio, sí que en determinados casos y bajo ciertas circunstancias,¹⁷ ostentan un claro interés legítimo para oponerse al convenio. A lo anterior cabe considerar que quizás resulte demasiado reduccionista propugnar “una interpretación integradora del art. 128 que reduzca la legitimación de los acreedores “no asistentes” a aquellos que, además, tuviesen derecho de voto...”.¹⁸

En un sentido favorable y con argumentos convincentes también se posiciona nuestra doctrina¹⁹ aduciendo las siguientes razones: así se alude precisamente a la ausencia de distinción legal entre los acreedores no asistentes, al hecho de la vinculación de los acreedores subordinados al contenido del convenio, pero se añade otro argumento que se sustenta en la fundamentación del reconocimiento de la oposición del convenio basado en la protección a las minorías y en el control de la legalidad que está en conexión con la facultad que ostenta el Juez de rechazar de oficio un convenio aceptado en la Junta de acreedores de apreciar infracción legal en la constitución de la junta, en su celebración o en el contenido del propio convenio. (vid. Art. 131.1 LC).

También, a nuestro juicio, resulta difícilmente justificable el dar sin más, carta de naturaleza a la opción legislativa de negar la legitimación activa a los acreedores subordinados para oponerse a un convenio objetivamente inviable,- un convenio aceptado por la junta de acreedores, en fase de oposición, que todavía no se ha empezado a cumplir-. La dificultad que plantea el negar la legitimación activa a los acreedores subordinados en el supuesto del convenio objetivamente inviable deriva, básicamente, de la toma en consideración de tres circunstancias, que a continuación exponemos:

La primera circunstancia está relacionada con las posibilidades de éxito que requiere acreditar –la carga de la prueba incumbe a la parte que la alega²⁰- la inviabilidad objetiva del convenio si a priori el acreedor no estará siempre en igualdad de condiciones -pensar en el problema que plantean las asimetrías informativas- a fin de acceder, de una parte, a una información veraz y ajustada respecto de la concreta realidad económica financiera del deudor concursal, y de otra parte, de conocer las

¹⁷ TAPIA LÓPEZ, J. M., “De las fases de convenio o de liquidación (arts. 98-162 LC)”, en VV.AA., *Tratado Judicial de la Insolvencia*, Tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 456, aludiendo a la “hipótesis de un convenio que afectara al derecho mismo de los acreedores subordinados, por ejemplo, el que previera la cancelación de todos los créditos subordinados como efecto de la aprobación judicial del convenio o del pago de los créditos ordinarios”; en este sentido se ha manifestado la SJM nº 1 de A Coruña de 11 de marzo de 2011.

¹⁸ MUÑOZ PAREDES, A., “Protocolo Concursal”, Aranzadi, 2013, p. 622, argumentando, que de lo contrario acabaríamos aceptando también la legitimación activa de los acreedores contingentes, que tienen suspendido el derecho de voto, pero no el de asistencia.

¹⁹ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “La oposición al convenio concursal”, en *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*, MARTÍNEZ SANZ, F. (dir.) Tecnos, Madrid, 2012, p. 775.

²⁰ Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *op. cit.*, pp. 783-784, aludiendo al contenido de las sentencias de la A.P de Valencia 48/2007 de 20 de febrero y 174/2010, de 11 de junio.

posibilidades reales del deudor concursado para proseguir con la actividad empresarial. Ciertamente, con ello no desconocemos ni en modo alguno está en nuestro ánimo minusvalorar la importancia y trascendencia que, respecto del derecho de información de los acreedores concursales, suponen el informe de la Administración Concursal, y los informes emitidos por esta misma Administración Concursal relativos al contenido de las propuestas de convenio, al plan de pagos, y en su caso, al plan de viabilidad. Sin embargo, en ciertos supuestos, los acreedores especialmente relacionados con el deudor concursado, por razón de su proximidad o cercanía con el deudor concursado disfrutaban en la praxis de mayor capacidad de acceder a las fuentes de información imprescindibles para lograr acreditar la inviabilidad objetiva del convenio.²¹

En este sentido, coincidimos plenamente con el planteamiento realizado en nuestra doctrina,²² al argumentar que el llegar a dilucidar cuando el cumplimiento del convenio es objetivamente inviable, es decir, el estimar si existen datos suficientes para considerar que existe una imposibilidad de cumplimiento de carácter objetivo, constituye “una cuestión de oportunidad por mucho que se pretenda objetivar tal inviabilidad. No será fácil establecer unas reglas objetivas en el ámbito económico, financiero, empresarial, etcétera, que hagan objetivamente inviable el cumplimiento en todos los casos en que concurran, porque, en efecto, el juicio de oportunidad es económico más que jurídico, inducido de los hechos y no deducido de una norma o regla abstracta. Más bien se tratará de una valoración específica en cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del supuesto de hecho...”.²³ Pensar, además, que en un breve espacio de tiempo pueda acaecer lo que se podría denominar como la transición de la viabilidad a la inviabilidad en el contenido del convenio.

La segunda circunstancia por la que nos manifestamos críticos con la opción de nuestro legislador radica en el contrasentido que, a nuestro juicio, representa restringir en esta sede, la legitimación activa de los acreedores concursales estableciéndose una legitimación activa limitada a los acreedores ordinarios, precisamente ante un supuesto de posible impugnación que por su propia naturaleza podrá llegar a afectar a todos los acreedores concursales. Es decir, tal y como analizamos en el siguiente epígrafe, si se está de acuerdo en sede de incumplimiento del convenio, en reconocer la legitimación activa de los acreedores concursales en función de que les afecte el incumplimiento del convenio, resulta paradójico que la imposibilidad objetiva de cumplimiento del convenio que pueda resultar de la acreditación de un supuesto grave, como pueda ser una imposibilidad de pagos absoluta no sea denunciante por cualquier acreedor

²¹ En el supuesto del convenio objetivamente inviable excluye la legitimación activa de los acreedores subordinados, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “La oposición al convenio concursal”, *op. cit.*, p. 776, por entenderlos “asimilados a estos efectos a los cesionarios de créditos adquiridos después de la declaración de concurso”.

²² QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Comentario art. 128”, en VV.AA., *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. 3, Lex Nova, 2004, pp. 2409-2410.

²³ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 218/2012 de 24 de mayo se señala: “Lo que creemos que ha querido establecer el legislador cuando hace referencia a la inviabilidad objetiva es que el convenio no puede ser cumplido y que esta imposibilidad de cumplimiento resulta de los datos objetivos que se puedan extraer de la situación en la que se encuentra la concursada. Por consiguiente de lo que se trata es de determinar si existen datos que nos permitan pensar apriorísticamente que el convenio no podrá ser cumplido”.

concurzal y resulte preciso contar a tales efectos con un porcentaje mínimo respecto de la cuantía de los créditos ordinarios que se cifra en: “el cinco por ciento de los créditos ordinarios”.

Y en tercer lugar, la simple toma en consideración de lo que se desprende de la literalidad del artículo 131.1 LC. En efecto, tal y como se constata, entre los motivos tasados donde se permite al Juez rechazar de oficio el convenio aceptado por la junta de acreedores no se incluye el de la inviabilidad objetiva del convenio, de aquí que únicamente a instancia de parte podrá el Juez llegar a pronunciarse acerca de tal circunstancia, de no ser así al Juez de oficio no le está permitido efectuar una labor de control respecto de la inviabilidad objetiva del convenio.

5.2. La infracción de las medidas prohibitivas o limitativas

Atendiendo a la letra del artículo 137 LC cualquier acreedor podrá denunciar la infracción de medidas prohibitivas o limitativas que afecten al ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor, equiparándose a nivel legal esta infracción con un supuesto de incumplimiento del convenio. Repárese que la legitimación activa está reconocida de forma amplia abarcando a tales efectos a todos los acreedores del deudor concursado, de otra parte, y por ser equiparado a un supuesto de incumplimiento del convenio resulta sorprendente la clara contradicción existente entre lo previsto en este precepto y lo que se establece en el artículo 140 LC que a continuación se analiza.

5.3. El incumplimiento del convenio

En lo que afecta a la posición jurídica de los acreedores subordinados, la toma en consideración del régimen jurídico que regula el incumplimiento del convenio en la Ley Concursal, la vamos a realizar a partir de dar contenido a dos cuestiones que se nos antojan esenciales. La primera de estas cuestiones gira en torno de la necesidad o no de que se entre a enjuiciar la gravedad del incumplimiento, la segunda se centra en pronunciarnos acerca de la legitimación activa a los efectos de tener la capacidad jurídica para denunciar los posibles supuestos de incumplimiento del convenio.

Pues bien, respecto de la gravedad del incumplimiento corresponde al Juez del concurso entrar a valorar cuando se está en presencia de un incumplimiento que revista especial gravedad y que, por ende, tenga consecuencias negativas para la práctica generalidad de los acreedores afectados por el contenido del convenio o por el contrario se trata de un incumplimiento que no revista esta gravedad. Nos explicaremos; no es lo mismo que haya acaecido un cumplimiento defectuoso con algunos retrasos en los pagos²⁴ que el supuesto donde se está ante un auténtico incumplimiento de las obligaciones de pago pactadas en el convenio, en el primer supuesto se tendrá de realizar una valoración a fin de que no resulte desproporcionado proceder a la

²⁴ DE LA CUESTE RUTE, J.M., *El convenio concursal: comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, Navarra, 2004, p. 215, estima que el “incumplimiento es toda forma de no cumplimiento que abarca tanto la falta absoluta de la prestación debida como el supuesto de que se preste defectuosamente, incluido sin duda el defecto en cuanto al tiempo de cumplimiento”.

resolución del convenio, y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136 LC.²⁵

Respecto de la segunda cuestión planteada, a tenor de lo establecido en el artículo 140.1 LC cuando dispone “Cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento”, se desprende que el reconocimiento legislativo en términos de legitimación activa se realiza a favor del acreedor que logre acreditar que le afecta directamente el incumplimiento del convenio. En este sentido, la legitimación activa tal y como aparece formulada no debe llevarnos al equívoco de pensar que se ha formulado una legitimación en términos amplios. En efecto, con ello nos estamos refiriendo que la expresión “cualquier acreedor” queda restringida a los acreedores que les afecte directamente el incumplimiento del convenio, y con ello, por ejemplo, un acreedor concursal, a pesar de haber tenido pleno conocimiento del incumplimiento del convenio por parte del concursado no está legitimado para instar “motu proprio” el incumplimiento del convenio si tal incumplimiento no le afectase directamente a él.

De ser así la opción de nuestro legislador no queda exenta de generar ciertas cuestiones que no siempre van a resultar de fácil respuesta. En primer término porque no se reconoce un régimen de carácter más tutelar y se reconoce la legitimación activa en favor de cualquier acreedor que tenga noticia del incumplimiento del convenio. En segundo término, como debe actuar un acreedor concursal vinculado por el convenio que a pesar de no afectarle directamente el incumplimiento tenga conocimiento preciso de un supuesto flagrante de incumplimiento del convenio.

A lo anterior se le debe añadir en lo que respecta a los a los acreedores subordinados la necesidad de plantear la siguiente cuestión: ¿En qué momento cabe entender que el incumplimiento del convenio podrá afectar a un acreedor subordinado? Al respecto, sobre todo en el ámbito de las pequeñas y medianas sociedades donde la noción de cercanía o proximidad al concursado reviste una mayor relevancia, pueden producirse actuaciones irregulares por parte del concursado -actuaciones de despatrimonialización- en el intervalo de tiempo que media entre la aprobación judicial del convenio y su efectivo cumplimiento, que precisamente acaecen cuando se ha producido el cese del administrador concursal y la plena recuperación de las facultades de administración y disposición del concursado. De acaecer estos hechos, cabe estimar que serán las personas más cercanas al concursado los que pueden tener un mejor conocimiento de tales hechos en el momento de fundamentar y acreditar el incumplimiento del convenio.

En este sentido, un autorizado sector doctrinal aduce que los acreedores subordinados sólo quedan facultados a los efectos de instar la declaración de

²⁵ En un sentido opuesto, GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “Tutela de los acreedores...”, *op. cit.*, pp. 258-259, señala: “La Ley no introduce elemento de graduación o de valoración de la intensidad del incumplimiento. El juez no tiene margen de valoración al respecto. Ante la solicitud de declaración de incumplimiento el juez deberá decidir si, a la luz de lo actuado por el deudor en ejecución del convenio, se ha cumplido o no el mismo en los justos y precisos términos en que se haya aprobado. En este sentido, por ejemplo, el retraso es, sin duda, incumplimiento del convenio, como lo es también el que se incumpla con respecto de un solo acreedor si, ante hechos como estos, se solicitase la declaración de incumplimiento, estaría motivada su declaración judicial”.

incumplimiento “cuando el convenio esté cumplido totalmente respecto de los créditos ordinarios”,²⁶ de modo que cabe entender que los acreedores subordinados deben permanecer inactivos a la espera de que acontezca el íntegro cumplimiento del convenio respecto de los acreedores ordinarios. Por si ello no fuera suficiente, el acreedor subordinado deberá atenerse al orden de pagos que se establece en el artículo 92 LC, de modo que únicamente podrán realizar la denuncia por incumplimiento los titulares de créditos subordinados que estén incluidos dentro del número correspondiente del art. 92 en que no se haya realizado el pago (cfr. Art. 158.2 LC).

6. LA EXTENSIÓN SUBJETIVA DEL CONVENIO

De la literalidad de la Ley, en concreto del artículo 134 LC, se desprende que los acreedores subordinados deben quedar afectados por las mismas quitas y esperas pactadas en el convenio para los acreedores ordinarios, y por ende se debe rechazar la posibilidad de que se impongan a los acreedores subordinados quitas superiores a las previstas para los ordinarios o periodos de espera distintos para ambas categoría de acreedores.

A tales efectos la STS de 19 de febrero de 2013,²⁷ siendo su ponente el Magistrado Ignacio Sancho Gargallo, cuando se discute la validez de una cláusula de la propuesta de convenio que había sido aceptada por la junta de acreedores que contenía una quita del 50% para los acreedores ordinarios y otra de un 95 % para los acreedores subordinados, el alto tribunal, considera que dado el carácter imperativo con que se formula la previsión contenida en el segundo párrafo del artículo 134.1 estima: “De este modo, a través de esta previsión legal, los créditos subordinados se ven afectados por la prohibición contenida en el artículo 100.1 LC de que las quitas no podrán exceder del 50% de cada crédito ordinario, y, caso de existir alguna cláusula, como la inicialmente aceptada por la junta de acreedores, que imponía una quita a los acreedores subordinados superior a la prevista con carácter general para los ordinarios, puede tenerse por no puesta y aplicar la norma imperativa del párrafo segundo del art. 134.1 LC”.²⁸

En definitiva, la jurisprudencia y también la posición doctrinal mayoritaria²⁹ coinciden en manifestarse en contra de reconocer viabilidad jurídica a las cláusulas del convenio que directa o indirectamente puedan significar imponer a los créditos subordinados condiciones más gravosas que las establecidas para los créditos

²⁶ FERRÉ, FALCÓN, J., *op. cit.*, p. 668, coincidiendo con el planteamiento del profesor ROJO. “Incumplimiento” (art. 140), en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. / BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, p. 2283.

²⁷ STS 50/2013, Sala 1ª de lo Civil, de 19 de Febrero de 2013. Recurso 1752/2010.

²⁸ ESTEBAN ESTEVAN, A., “El convenio de acreedores contenido”, en VV.AA., *Tratado práctico del Derecho Concursal y su Reforma*, *op. cit.*, p. 719 trayendo este autor a colación diversas sentencias donde se rechaza la posibilidad que se impongan a los acreedores subordinados quitas superiores a las previstas para los ordinarios o periodos de espera distintos entre ambas clases de acreedores.

²⁹ Alude a esta posición mayoritaria SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Pamplona, 2010, pp. 302-304.

ordinarios, siendo por tanto minoritaria la corriente doctrinal³⁰ que si estima admisible que se pacten quitas y esperas superiores para los acreedores subordinados y por ende que estos se les apliquen condiciones más perjudiciales que las previstas para los créditos ordinarios.

³⁰ Vid. la reiterada monografía de FERRÉ FALCÓN, J., *Los créditos subordinados, op. cit.*, pp. 612 y ss., reconociendo que el autor aporta suficientes elementos en el debate para considerarlo como un tema que seguirá requiriendo en el futuro de nuevas aportaciones doctrinales.

REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DEL PROYECTADO CÓDIGO MERCANTIL

ÁNGELA GUIADO MORENO*

Resumen

Descartada la vía de la legislación civil para alcanzar la unidad de mercado, el Anteproyecto de Código Mercantil se propone lograrla estableciendo unas mismas normas contractuales que sean aplicables a las operaciones mercantiles en todo el territorio nacional. Para ello delimita su propia materia por referencia, no ya a los empresarios, sino a los «operadores del mercado», con la consiguiente ampliación del perímetro de lo mercantil, que asimismo abarca los contratos con los consumidores. Con este planteamiento se apuesta por la opción de un Código mercantil regulador de la práctica totalidad de la actividad económica, renunciando a una – ciertamente compleja, pero en cualquier caso deseable- unificación del Derecho privado de contratos. Como era previsible, estas cuestiones han generado un intenso y ardiente debate.

Contenido

1. Introducción. – 2. ¿Por qué un nuevo Código mercantil? – . 2. 1. Necesidad de reordenar y actualizar la legislación mercantil. – 2.2. Necesidad de hacer efectiva la unidad de mercado. – 3. La ampliación del criterio de la mercantilidad. – 4. ¿Por qué unas normas sobre obligaciones y contratos mercantiles en el proyectado Código mercantil? – 4.1. Breve referencia al contenido del Libro IV. – 4.2. La indiscutible constitucionalidad del Libro IV. – 4.3. ¿Había otras alternativas para alcanzar la unidad de mercado? – 5. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Ciento treinta años después de la promulgación de nuestro vigente Código de Comercio contamos con un Anteproyecto de Ley de un nuevo Código Mercantil (en adelante, ACM), aprobado por el Gobierno el 30 de mayo de 2014. Como es sabido, este ACM se basó en la Propuesta de Código Mercantil de 2013 (Propuesta de CM, en lo sucesivo)¹ elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, de la que en su calidad de Vocal Permanente, formó parte el profesor ILLESCAS².

Además de unificar y modernizar la materia mercantil, poniendo fin a la

* Profesora TEU de Derecho Mercantil de la Universidad de Extremadura.

¹ El ACM presenta diferencias importantes con respecto a la Propuesta de CM, siendo el resultado de los considerables cambios introducidos en esta última tras el proceso de información pública.

² Sirva este trabajo como modesta aportación al Libro Homenaje dedicado al profesor ILLESCAS, y como muestra de mi respeto y admiración. Asomarse a su currículum produce vértigo, pero creo que no exagero al afirmar que por muy alto que vuelen sus méritos académicos y profesionales, aún lo hacen más sus cualidades personales.

tradicional dispersión normativa, el proyectado Código mercantil responde al propósito fundamental de asegurar en el ámbito jurídico-privado la unidad de mercado que promueve la Constitución (art. 139.2 CE), estableciendo unas mismas normas que sean aplicables a las operaciones mercantiles en todo el territorio nacional. Todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.6ª CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación mercantil.

Como veremos, en aras de la unidad de mercado y por los propios condicionamientos constitucionales, la delimitación de la materia mercantil se hace por referencia, no ya a los empresarios “mercantiles”, ni siquiera a los empresarios en sentido amplio, sino a los llamados “operadores de mercado”, un concepto de amplio espectro que tiene como consecuencia una sustancial ampliación del perímetro de lo mercantil. Cuestión ésta que viene siendo muy criticada por importantes sectores de la doctrina que sostienen que se trata de una injustificada ampliación que opera “en detrimento” del Derecho civil.

Especial polémica ha desatado asimismo el contenido de algunos libros del ACM, y en particular, del Libro IV, que en la línea de lo que viene siendo una constante en nuestra codificación mercantil, establece unas normas sobre obligaciones y contratos mercantiles en general. Este libro ha sido criticado por muy diversas razones, y fundamentalmente, por entenderse que contiene una regulación excesiva y totalmente inadecuada de la materia, que algunos autores han llegado a tachar nada menos que de inconstitucional por no respetar la distribución de competencias que nuestra Constitución establece en materia de legislación civil y de legislación mercantil.

Por supuesto, es entendible que en un contexto tan agitado y convulso como el actual se cuestione ya no sólo la necesidad de promulgar un nuevo Código mercantil, sino, sobre todo, la de promulgar un Código de tan dilatado alcance como el concebido por en el ACM. ¿Es realmente necesario un Código mercantil de tan amplio espectro para alcanzar los objetivos que se persiguen con su promulgación?. Habrá que ver, por tanto, hasta qué punto estaría justificado este nuevo Código en el momento y en el contexto actual, y si el mismo encaja dentro del marco de actuación que la propia Constitución atribuye al Estado en materia de legislación mercantil. Cuestiones ambas que de confirmarse justificarían la promulgación del proyectado Código (más allá de sus defectos e inconvenientes), si no como la solución perfecta, si al menos como el cauce más idóneo y efectivo del que dispone el Estado en el momento y en el contexto actual para alcanzar la unidad de mercado.

Por razones de orden, centraremos nuestra atención en tres aspectos controvertidos y cuestionables en opinión de algunos sectores de la doctrina: la necesidad de un nuevo Código mercantil (2), la sustancial ampliación del criterio de la mercantilidad (3) y la regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en el proyectado Código mercantil (4). Finalmente, este trabajo se cierra con unas conclusiones (5).

2. ¿POR QUÉ UN NUEVO CÓDIGO MERCANTIL?

Inevitable preguntarse por qué se ha impulsado la elaboración de un nuevo Código mercantil o, lo que es lo mismo, cuáles son los objetivos, propósitos o razones que vendrían a justificar esta nueva codificación o recodificación. Pues bien, estas razones se confiesan abiertamente en la E de M. del ACM, y pueden reconducirse, básicamente, a dos: de una parte, poner fin al arcaísmo y la dispersión normativa existente en la materia; de otra parte, hacer efectiva la unidad de mercado en el ámbito jurídico-privado mediante la legislación mercantil que la Constitución atribuye al Estado³. Todo ello en aras de aumentar la seguridad jurídica y la agilidad del tráfico económico.

2. 1. Reordenar y actualizar la legislación mercantil

La promulgación de un nuevo Código vendría justificada por la necesidad de reordenar y actualizar nuestra legislación mercantil, poniendo fin al anacronismo y dispersión existente en la materia. Ciento treinta años de profundos y acelerados cambios hacen que resulte más que patente la necesidad de adecuar el viejo Código a la nueva realidad política y económica, pues el recurso a la promulgación de un sinfín de leyes especiales no ha sido satisfactorio, dadas las divergencias y la falta de coherencia entre el derecho codificado y el contenido en muchas de esas leyes especiales, y a la vista de la inflación legislativa que ha provocado. En definitiva, nos encontramos ante un Código de comercio (todo lo venerable que se quiera, pero más que arcaico) y ante toda una jungla de leyes especiales que, aunque promulgadas para salir al paso de las nuevas exigencias del tráfico económico, no han conseguido poner fin al caótico panorama que, en conjunto, ofrece nuestra legislación mercantil, con el correspondiente quebranto de la seguridad jurídica. Desde esta perspectiva, parece evidente que la inclusión de nuestras normas mercantiles en un mismo cuerpo legal dotará de seguridad jurídica al tráfico económico⁴, en el entendimiento, claro está, de que la incorporación de esas normas al nuevo Código no puede acometerse de cualquier modo y manera. Es preciso modernizar y actualizar la legislación mercantil, coordinando todas las materias que se incorporan, tanto las que se regulan por primera vez como las que ya cuentan con regulación (dentro o fuera del Código actual), de forma que el texto resultante sea coherente y responda a la nueva realidad del mercado. Sólo así la promulgación del futuro Código fomentará la seguridad jurídica⁵.

³ Razones ambas que ya estaban en la Propuesta de CM, dado que la Sección de lo Mercantil de la Comisión General de Codificación, cuando asume el encargo del Ministerio de Justicia de elaborar el texto del nuevo Código mercantil, no hace sino seguir al pie de la letra los designios de la Orden de 7 de noviembre de 2006.

⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Acerca del nuevo Código Mercantil», en AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil, Libro homenaje al Prof. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, 2013, pp. 29-34, esp. p. 30.

⁵ También en esta línea de opinión BERCOVITZ, «Presentación del Anteproyecto de Código Mercantil», en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.), Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, 2014, pp. 37-54, esp. p. 42.

Es sabido, por otra parte, que por mucho que se venga cuestionando la idoneidad del método codificador o recodificador en nuestros días⁶, lo cierto es que no han dejado de promulgarse nuevos Códigos, incluso de comercio (sin ir más lejos, el francés de 2000 y el austriaco de 2007, en nuestro entorno próximo). Luego, si por la vía de un nuevo Código mercantil se logra reordenar coherentemente y actualizar convenientemente la materia, incrementando la seguridad jurídica, ya sería un logro digno de aplauso.

Ahora bien, otra cosa es que el proyectado Código mercantil (en los términos en que lo concibe el ACM) consiga alcanzar plenamente este objetivo, cuando no puede dejar de reconocerse que presenta evidentes carencias e incoherencias. Entre otras cuestiones, se ha reprochado que el ACM no responde ni al concepto tradicional ni al moderno de Código porque no vertebra coordinadamente las materias que regula, asemejándose más a una mera refundición asistemática de muy diversas normativas sectoriales⁷, o que no se trata de un verdadero texto unificador, porque califica como mercantiles materias que luego no incorpora, con lo que en realidad ni codifica ni unifica la materia pretendidamente regulada⁸. En efecto, es evidente que el ACM renuncia a una recopilación exhaustiva de la legislación mercantil (así lo reconoce el art. 001-4), dejando fuera importantes materias, pese a tratarse en algunos casos de temáticas que forman parte del “núcleo duro” del Derecho mercantil, y aun cuando la mayoría de ellas sí estaban reguladas en la Propuesta de CM⁹.

Aunque se han aducido diversos motivos para justificar la exclusión de tales materias, éstos no siempre resultan suficientemente convincentes. La exclusión podría estar justificada en algunos casos¹⁰, pero en otros, como por ejemplo, la defensa de

⁶ Recientemente, ALFARO, quien sostiene que codificar el Derecho Privado sólo tiene sentido “cuando hay un cambio de régimen político y económico que altera fundamentalmente el sistema económico y a sus instituciones básicas (propiedad y contratos)”, lo que no ha sucedido en nuestro país, donde rige el sistema de economía de mercado desde hace mucho tiempo, y cuando además -añade este autor- “Las nuevas tecnologías han reducido muy notablemente los costes de la dispersión normativa, permitiendo el fácil acceso a la normativa vigente, sin necesidad de una codificación”. *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El Anteproyecto de Código Mercantil (I)», 5 de mayo de 2014, en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/06/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html> (consultada por última vez el 22 de diciembre de 2014).

⁷ GRUPO ACTUALIZA, «Alegaciones a la Propuesta de Código mercantil hechas por el Grupo Actualiza», *ADC*, t. LXVII, 2014, «fasc. I, pp. 219-225, esp. p. 220.

⁸ GARCÍA RUBIO, M^a.P., «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, enero-marzo de 2014, pp. 7-27, esp. p. 9 y 13.

⁹ Se han excluido de regulación dentro del ACM la defensa de la competencia; el contrato de distribución; los turísticos; los contratos de transporte (terrestre, marítimo y aéreo); algunos contratos bancarios de garantía; las operaciones del mercado de valores; y las anotaciones en cuenta. Tampoco se regulan las operaciones con consumidores. Así pues, la regulación de todas estas materias queda remitida a su respectiva normativa específica (art. 001-4).

¹⁰ Entendemos que podría estar justificada la exclusión de materias como las siguientes: 1) El Derecho concursal (por su componente de Derecho procesal -y civil- y porque su incorporación supondría exceder los límites razonables del futuro Código). 2) Los contratos de transporte teniendo en cuenta: que el Derecho marítimo siempre se consideró como una parte autónoma dentro de la legislación mercantil, razón por la que recientemente se publicó la Ley 14/2014, de Navegación Marítima; la existencia de una ley relativamente reciente sobre el transporte terrestre de mercancías (la Ley 15/2009); la dificultad de formular unas normas mínimas para el transporte terrestre de pasajeros, por la diversidad de instancias (centrales, autonómicas, locales) con competencia en la materia y la variedad de medios empleados, así

competencia, o de contratos como los turísticos y los de distribución, es más difícil de entender, no descartándose que obedezca más a razones de índole política que a consideraciones de tipo científico o jurídico¹¹.

Mención especial merecen las normas de protección de los consumidores, calificadas como mercantiles aunque no incorporadas al ACM. Exclusión justificada sobre la base de que, siendo estas normas fundamentalmente imperativas y siendo la Ley de protección de los consumidores de 2007 (LGDCU) un texto relativamente nuevo y prácticamente equiparable a un Código sobre la materia, no parece oportuna su derogación y traslación de su contenido al proyectado Código mercantil (E. de M. I-34). A lo que habría que añadir otra razón de peso que el ACM parece olvidar, y es que se trata de una materia sometida (ésta mucho más que otras) al permanente impacto de las directivas comunitarias (testimonio reciente de ello, la reforma de la LGDCU por la Ley 3/2014, a fin de adaptarla a la Directiva 2011/83, sobre derechos de los consumidores).

Con todo, no deja de resultar un tanto incongruente que el texto legal «*que acota con criterio unitario la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula*» se aparte de esta consigna. Vaya en su descargo que, frente a las grandes codificaciones racionalistas del siglo XIX (que respondían al perfil de texto único, con vocación sistemática y de permanencia), la actual codificación sigue otros derroteros. Hoy sería impensable esa idea decimonónica de Código, y ya no tanto porque la propia realidad que ha de regular es, por definición, contingente, sino porque la misma extensión y heterogeneidad de la materia mercantil hace muy difícil su plena codificación¹². De ahí la tendencia a una codificación sin grandes pretensiones de perennidad, problema que ya hoy se aminora mediante el sistema de la numeración separada de artículos (que facilita futuras modificaciones) y que podría técnicamente remediarse en un futuro mediante Códigos “virtuales”¹³.

En cualquier caso, y aun cuando sigue habiendo dispersión normativa pues la codificación o unificación de algunas materias es nula o deficiente en el ACM, es obvio que estamos ante un conjunto normativo que aglutina una parte muy significativa de las normas con relevancia en el ámbito mercantil. Luego, aun no produciéndose la

como su sujeción al Derecho de la UE; algo similar ocurre con el transporte aéreo, sujeto tanto a normativa comunitaria como internacional, y pendiente de una nueva Ley de Navegación Aérea. 3) Las operaciones del Mercado de Valores, que disponen de normativa específica y de un ente regulador y supervisor, la CNMV. 4) Las normas de protección del consumidor, por la propia fisonomía de esta materia que, además cuenta con un marco normativo relativamente reciente.

¹¹ En este sentido, PAZ-ARES, C., «La codificación del Derecho de la competencia: valoración general» en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, cit., pp. 251-256, esp. pp. 254-255; y en esta misma obra colectiva, respecto a los contratos turísticos, MARTÍNEZ NADAL, A., «La regulación de los contratos turísticos en la Propuesta de Código Mercantil de la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación», p. 481, y respecto a los contratos de distribución, GÓMEZ SEGADÉ, J.A., «Los contratos de colaboración», p. 485.

¹² Así también, GONDRA ROMERO, J.M^a., «La deconstrucción del concepto del Derecho Mercantil en aras de la unidad de mercado», *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 27-51 (consultado en su versión electrónica).

¹³ Ello sería posible mediante un portal electrónico mantenido y actualizado por el Ministerio de Justicia en el que diariamente se vayan consolidando y refundiendo las normas vigentes y dotado de un índice analítico y un tesoro potentes que permitan de manera efectiva localizar toda la normativa en vigor aplicable a una determinada materia. *Vid.* SÁNCHEZ GRAELLS, A., en <http://howtocrackanut.blogspot.com.es/2012/01/nuevo-codigo-mercantil-virtual-es.html> (Consultada por última vez el 22 de diciembre de 2014).

codificación total de la materia mercantil -lo que sería prácticamente imposible en nuestros días-, sí se consigue una elevada codificación de la misma¹⁴, que sin duda redundará en beneficio de la seguridad jurídica.

2.2. Hacer efectiva la unidad de mercado

Al igual que está justificada la necesidad de un mercado europeo único, también lo está la configuración unitaria del mercado español, cuya afirmación y defensa vienen impuestas por exigencias constitucionales, como viene postulando un relevante sector de la doctrina¹⁵.

En efecto, el artículo 139.2 CE impone la exigencia de mantener la unidad de mercado, lo que a su vez exige la unidad de su regulación jurídica, y ésta sólo puede garantizarse mediante un conjunto de normas que sean aplicables a las operaciones mercantiles en todo el territorio nacional. Como se motiva en el ACM, no sería compatible con la exigencia constitucional de la unidad de mercado que a las operaciones mercantiles hubieran de aplicarse reglas distintas en función de la parte del territorio nacional donde tuviera su domicilio o su sede la otra parte contratante.

Pues bien, en nuestro actual sistema jurídico parece claro que esto hoy sólo puede garantizarse a través de la legislación mercantil, por ser ésta de indiscutible competencia estatal (art. 149.1.6ª CE), al contrario de lo que sucede con la legislación civil, en la que el Estado, en relación con la materia contractual, sólo tiene atribuida la competencia exclusiva en lo referente a «las bases de las obligaciones contractuales» (art. 149.1.8ª CE). El resto de la materia contractual civil, como es sabido, es competencia tanto del Estado como de las CC.AA que, en virtud del reconocimiento constitucional de sus derechos civiles forales o especiales, tienen atribuida la competencia en Derecho civil, pudiendo, por consiguiente, legislar en materia contractual, siempre que respeten esas “bases” (art. 146.1.8ª CE).

En definitiva, mientras que la legislación mercantil es estatal y única en todo el ámbito nacional, la legislación civil, por el contrario, es fragmentada y plural. Y de ahí que el logro de la unidad de mercado, como decimos, se confíe a la legislación mercantil, materia en la que el Estado tiene la competencia exclusiva. Desde este planteamiento estaría justificada la promulgación de un nuevo Código mercantil en la medida en que venga a asegurar esa regulación unitaria, imprescindible para alcanzar la unidad de mercado, evitando así la coexistencia de normativas dispares que generan inseguridad jurídica y tienden a fracturar la unidad de mercado.

Es evidente que a través de la legislación civil no podría alcanzarse tal objetivo, porque ésta no puede garantizar ese régimen contractual homogéneo en todo el territorio nacional dado su carácter fragmentado y plural (sólo un ejemplo: el Código civil de Cataluña dispone en su art. 111.4 que la regulación contenida en el mismo constituye el

¹⁴ También en este sentido, el Dictamen del Consejo Económico y Social (Dictamen 5/2014, p. 4).

¹⁵ Por todos, el espléndido trabajo de JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., «La unidad del mercado nacional en la Constitución Española», en VV.AA, *La España de las autonomías 25 años después* (coord. Joan Lerna Blasco *et al*), 2005, pp. 93-100. Trabajo en el que el autor hace amplia referencia tanto a la jurisprudencia del TS y del TC, como a la doctrina jurídica que, posicionada sobre el tema, suscribe este planteamiento.

Derecho común que rige en esa Comunidad Autónoma). Y la legislación civil es fragmentada y plural, no ya sólo porque se trate de una competencia compartida entre el Estado y algunas CC.AA, sino también, y sobre todo, porque el límite de «las bases de las obligaciones contractuales» es tan difuso y ambiguo que hasta ahora no ha servido para frenar las extralimitaciones de competencias por parte de esas CC.AA, provocando divergencias normativas en materia contractual que generan inseguridad jurídica y perturban la unidad de mercado. Son bien conocidos, en efecto, los excesos regulatorios que sistemáticamente se vienen cometiendo por parte de algunos Parlamentos autonómicos, difíciles de combatir en muchos casos por la vía del recurso de inconstitucionalidad, dada la fina línea entre lo que son las “bases” (competencia exclusiva del Estado) y las competencias constitucionalmente reconocidas a esas CC.AA para «la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales». Aunque tampoco faltan, desde luego, los que podríamos denominar “excesos regulatorios tolerados”, esto es, cuando por razones políticas el recurso de inconstitucionalidad ni siquiera llega a plantearse para no hacer peligrar el apoyo que el Gobierno central de turno necesita de los poderes políticos autonómicos¹⁶, con la penosa y escandalosa consecuencia de que normas claramente inconstitucionales adquieren el *status* de normas constitucionales¹⁷.

Y esta es hoy la situación, “atípica” y “particular” (nos guste o no), en que se encuentran nuestro mercado y nuestro Derecho privado, situación que, en buena lógica, se intenta remediar a través del proyectado Código mercantil que, como no podía ser de otra manera, establece unas normas o principios básicos contractuales aplicables a las operaciones mercantiles en todo el territorio nacional. Como veremos, estas normas son, básicamente, las contenidas en el Libro IV del ACM, que lleva por rótulo *De las obligaciones y contratos mercantiles en general* (y que se complementan con las incluidas en el Libro V, *De los contratos mercantiles en particular*).

3. LA AMPLIACIÓN DEL CRITERIO DE LA MERCANTILIDAD

Es fácil comprender que los criterios de delimitación de la materia mercantil han ido cambiando a lo largo del tiempo en función de la propia evolución del Derecho mercantil, categoría esencialmente histórica que ha tenido que ir adaptándose a las nuevas necesidades del tráfico económico. Como se ha dicho, es evidente que hoy no podemos pretender anclar el futuro Código mercantil en los criterios delimitadores de finales del siglo XIX¹⁸ (el comerciante y el comercio), ni siquiera en los que se

¹⁶ También sobre esta cuestión, BERCOVITZ, «Presentación del Anteproyecto de Código Mercantil», cit., pp. 46-47.

¹⁷ Sobre los excesos regulatorios (frecuentemente inconstitucionales) por parte de las CC.AA, el ingenioso trabajo de YZQUIERDO TOLSADA, M., «Los excesos autonómicos en el Derecho civil y la ortopédica solución de la huida al Derecho mercantil (1)», *Diario La Ley*, núm. 8439, 11.12.2014. Aunque nosotros hemos utilizado la versión electrónica, accesible en LA LEY grupo Wolters Kluwer, <http://www.diariolaley.laley.es/Content/DocumentoLaunch.aspx?params> (consultada por última vez el 22 de diciembre de 2014).

¹⁸ BERCOVITZ, «Presentación del Anteproyecto de Código Mercantil», cit., p. 42.

acogieron más tarde con el desarrollo de la industria y los servicios (el empresario y la empresa *-rectius*, el empresario y los actos de empresa-), resultando exigible que esa delimitación se haga hoy tomando como referencia el mercado, sus operadores y la actividad profesional propia de éstos¹⁹.

Este es, en efecto, el planteamiento del ACM, que en concordancia con las modernas tendencias doctrinales, con los postulados de la constitución económica en que ha de insertarse el cuerpo legal y con la realidad del tráfico, da por superada la distinción entre empresarios “mercantiles” y “civiles” y acoge el nuevo concepto de operadores de mercado, un concepto de amplio espectro que comprende a los empresarios pero también a los restantes sujetos que, no siendo empresarios en el sentido estricto del término, actúan de forma organizada y profesional poniendo bienes y servicios en el mercado. Sujetos que hoy están, en buena medida, equiparados a los empresarios, como podemos observar en el Derecho de la UE y en determinados ámbitos del nuestro, como el Derecho industrial y el Derecho de los consumidores (E. de M. I-12).

La materia regulada es, por tanto, la referida a las relaciones jurídico-privadas de los operadores económicos, nuevo concepto con arreglo al cual se delimita el ámbito subjetivo del proyectado Código mercantil que, de ver la luz, resultará aplicable a todos aquellos sujetos (empresarios o no) que producen bienes o prestan servicios para el mercado de forma organizada y profesional. Por tanto, en el concepto de operadores de mercado entran, además de los empresarios “mercantiles”, los empresarios dedicados a la agricultura (incluida la ganadería) y la artesanía cuya actividad se despliegue en el mercado; los profesionales que ejercen actividades intelectuales (sean científicas, liberales o artísticas), cuyos bienes o servicios destinen al mercado; las personas jurídicas de cualquier naturaleza y objeto (como asociaciones y fundaciones) que asimismo destinen sus bienes y/o servicios al mercado; e incluso los entes sin personalidad jurídica (como fondos de inversión y uniones temporales) cuando por medio de ellos se pongan bienes y/o servicios en el mercado²⁰.

Pero, inevitablemente, este nuevo paradigma de la mercantilidad (los operadores económicos y sus operaciones de mercado) tiene como consecuencia el ensanchamiento de la materia mercantil²¹, justificado sobre la base de que en el mercado operan tanto los empresarios (todos ellos sin distinción alguna, y cualquiera que sea el tipo de bienes que produzcan o el tipo de servicios que presten), como otros muchos sujetos que, de forma similar, ofrecen sus bienes y servicios en el mercado²². Bien pensado, el criterio que

¹⁹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍOS, Á «El Código Mercantil», en *RDM*, núm. 286, 2012, pp. 15-22, esp. p. 19; GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Los contratos de intercambio de bienes en el Anteproyecto de Código Mercantil», en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, cit., pp. 343-366, esp. pp. 349-350.

²⁰ Sobre estas cuestiones, OLIVENCIA RUIZ, M., «Delimitación de la materia mercantil», *Hacia un nuevo Código Mercantil*, cit., pp. 57-67, esp. p. 47 (también en «El Título Preliminar de la Propuesta de Código Mercantil», *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 11-26); VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la “Propuesta de Código Mercantil”», en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, cit., pp. 315-326, esp. pp. 318-319.

²¹ En efecto, la simple lectura del art. 001-2 (ámbito subjetivo: todos los operadores de mercado aquí comprendidos) y del art. 001-3 (ámbito objetivo: todas las actividades de mercado aquí incluidas) nos da una idea de la sustancial ampliación de la materia mercantil en el ACM.

²² Así, OLIVENCIA., «Delimitación de la materia mercantil», *Hacia un nuevo Código Mercantil*, cit., p. 61.

sigue el ACM no es sino fiel reflejo de la propia realidad, pues es un hecho que la expansión natural del Derecho mercantil ha ido invadiendo otras zonas del Derecho privado, y que hoy, junto a los empresarios, muchos otros operadores ofrecen sus bienes y servicios de manera profesional y actuando con criterios de mercado (ya sea en relaciones empresariales o en relaciones con consumidores).

Con este nuevo planteamiento desaparece de un plumazo la clásica problemática de los actos mixtos, desde el momento en que para el proyectado Código mercantil son mercantiles los contratos en que intervienen operadores de mercado en actividades de producción de bienes y servicios para el mercado, independientemente de quién sea su contraparte contractual. Y, en lógica consecuencia, el ACM califica como mercantiles los contratos con consumidores, opción correcta a nuestro juicio en un sistema dualista y “atípico” de Derecho privado como es el nuestro²³.

Luego, es evidente que el ACM (al igual que previamente la Propuesta de CM) sigue el criterio interpretativo general de considerar mercantiles todos aquellos contratos realizados por un empresario u operador económico en el marco de su actividad empresarial/profesional, por lo que, de prosperar, el futuro Código mercantil resultará aplicable a la práctica totalidad de la actividad económica del mercado, dejando fuera sólo las operaciones entre particulares (que, aunque menos relevantes económicamente, obviamente, también son de mercado).

Como era previsible, este planteamiento ha sido muy criticado por la doctrina, sobre la base de que supone (dicho sea en términos de síntesis): concebir el Derecho mercantil como Derecho privado del mercado, relegar al Derecho general (civil) a un papel meramente residual, subvertir el significado de ambos términos (general/especial) y la relación entre el Derecho civil y el mercantil²⁴. Críticas que podemos entender, y

²³ Opinión que sostenemos sobre la base del siguiente razonamiento: la protección del consumidor tiene sentido y está justificada frente al empresario/profesional (en el contexto de un tráfico masivo y profesionalizado), pero nunca frente a otro particular, y sabido es que el Derecho civil regula relaciones entre particulares. Precisamente por ello, las normas tuitivas de los consumidores son aplicables a las obligaciones y contratos mercantiles, no a los civiles. De hecho, la intervención de un consumidor en un contrato no priva a este contrato de su carácter mercantil, si bien activa la aplicación de las correspondientes normas sectoriales –mercantiles- sobre protección de los consumidores. Ahora bien, cuestión distinta es que resulte conveniente unificar el Derecho de contratos, en cuyo caso, todas las relaciones contractuales estarían sometidas a un mismo régimen, sin perjuicio de las oportunas matizaciones que pudieran establecerse en función de que la contraparte sea un empresario/profesional o un consumidor. A favor de la calificación como mercantiles de las normas (de Derecho privado) protectoras de los consumidores, por todos, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., y DÍAZ MORENO, A., «Carácter mercantil de las normas reguladoras de las condiciones generales de la contratación y de la tutela de la parte débil en los contratos celebrados por consumidores y usuarios», en *Estudios de Derecho Mercantil, Libro homenaje al Prof. José Antonio Gómez Segade*, cit., pp. 957-965.

²⁴ Entre otros, GRUPO ACTUALIZA, «Alegaciones a la Propuesta de Código mercantil ...», cit., pp. 220-221; GARCÍA RUBIO, «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos ...», cit., pp. 9-13; GONDRA, «La deconstrucción del concepto del Derecho Mercantil ...», op. cit. (consultado en su versión electrónica por última vez el 20 de diciembre de 2014); OLIVA BLÁZQUEZ, F., «El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos», *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, núm. 3, julio-septiembre 2014, pp. 37-66, esp. p. 51; ALFARO, «El Anteproyecto de Código Mercantil (I)», 5 de mayo de 2014, <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/06/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html>, cit., (Consultado la última vez el 22 diciembre de 2014); YZQUIERDO TOLSADA, M., El Anteproyecto de Código mercantil y los pecados capitales, en <http://hayderecho.com/2014/06/30/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-y-los-pecados-capitales/> (Consultado el día 22 de diciembre de 2014).

hasta compartir en cierta medida, pero somos conscientes de que versan sobre cuestiones que, en realidad, no son sino el precipitado inevitable de la opción elegida por el legislador, que no es otra que el mantenimiento del sistema dualista civil-mercantil. Qué duda cabe de que los problemas e inconvenientes derivados de regular por separado la materia contractual mercantil (ACM) y la civil (Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de 2009, aunque en *stand by* y sin visos de prosperar por el momento) se resolverían unificando nuestro Derecho de contratos. Y en este sentido, es evidente que ninguno de estos dos textos camina en la dirección correcta, que no es otra, a nuestro juicio, que la de apostar por un modelo de obligaciones y contratos unificado, donde se dé por superada la división entre lo civil y lo mercantil, sin perjuicio de las oportunas matizaciones que pudieran establecerse en función de que la contraparte sea un empresario/profesional o un consumidor, en la línea de lo que ya han hecho otros países de nuestro entorno y de las modernas orientaciones de reforma que imperan tanto en el ámbito europeo como en el internacional.

Pero, no hay duda de que, aunque el punto de partida fuera que civilistas y mercantilistas trabajaran juntos, las sustanciales divergencias entre el ACM (y previamente, la Propuesta de CM) y la Propuesta de reforma civil de 2009 denotan la absoluta falta de coordinación entre la Sección de Derecho Civil y la de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en la preparación de sus trabajos, excusable, en cualquier caso, pues aun siendo estas Secciones el órgano consultivo del Ministerio de Justicia, no dejan de actuar como “mandatarias”, asumiendo un encargo que lleva implícita “una obligación de resultado”, obligación que, obviamente, no ha sido la de unificar los contratos civiles y mercantiles²⁵. Pero, es evidente que las sustanciales diferencias entre el ACM y la Propuesta de reforma civil también revelan cuál viene siendo la postura del Gobierno español en este tema. Y la postura del Gobierno español (de cualquier signo político) en este tema, tanto antes como ahora, viene siendo la de no impulsar la unificación de nuestro Derecho privado patrimonial, y ni siquiera la unificación de la materia contractual. Esta falta de voluntad política podría obedecer a la imposibilidad constitucional o, cuanto menos, a la enorme dificultad de abordar tal unificación sin empeorar el actual estado de la cuestión. Un tema, sin duda, envenenado, por las consecuencias que tendría para las CC.AA con competencias en Derecho civil y, por tanto, en materia contractual. Pero, en cualquier caso, si a alguien hay que imputarle la responsabilidad por no abordar esta reforma y persistir en el mantenimiento del sistema dualista, no es ni a la Sección de lo Mercantil ni la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación, sino a quien toma las decisiones de

²⁵ De ahí que no podamos compartir las críticas a la actuación de la Sección de lo Mercantil de la Comisión General de Codificación formuladas por algunos autores, entre otros, ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación», *Diario La Ley*, núm. 8172, de 17.10. 2013, aunque nosotros hemos utilizado la versión electrónica, accesible en LA LEY grupo Wolters Kluwer, en http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin56/Articulos_56/Albiez-Dohrmann.pdf (consultado el 18 de diciembre de 2014); y GARCÍA RUBIO, «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos ...», cit., p. 8.

política jurídica. Luego, cuidado, no matemos al mensajero, ni nos empecinemos en batirnos con el enemigo equivocado.

4. ¿POR QUÉ UNAS NORMAS SOBRE OBLIGACIONES Y CONTRATOS MERCANTILES EN GENERAL EN EL PROYECTADO CÓDIGO MERCANTIL?

El Libro IV del ACM, *De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general*, está dividido, en cuanto a su estructura, en dos títulos: el Título I, *Disposiciones generales* (arts. 411-1 a 418-6) y el Título II, *De las formas especiales de contratación* (arts. 421-1 a 450-9). Y en lógica concordancia, el Libro V contiene una regulación (aunque incompleta) de los contratos mercantiles.

Dada la necesaria limitación de este trabajo, nuestro propósito no es entrar en el análisis pormenorizado del Libro IV, sino tan sólo el de hacer algunas observaciones en relación con su contenido y su propia razón de ser, centrando la atención en algunas cuestiones polémicas y, más particularmente, en su ajuste al marco constitucional.

4.1. Breve referencia al contenido del Libro IV

Ya de entrada avanzamos que, a nuestro juicio, el contenido del Libro IV abarca materias cuya inclusión difícilmente puede cuestionarse hoy en un Código mercantil (y lo mismo cabría afirmar en relación con el Libro V). Y aunque las críticas tanto al contenido como a la propia razón de ser del Libro IV han sido especialmente furibundas, no vemos, en realidad, motivos para tanta alarma, y ello por dos órdenes de razones. En primer lugar, porque ésta ha sido la pauta a seguir ya desde los inicios de la codificación mercantil: incluir las normas generales que han de aplicarse a las obligaciones y contratos mercantiles, por entenderse que esto es fundamental para poder asegurar la unidad de mercado (así lo hicieron en su día tanto el Código de comercio de 1829 como el vigente de 1885). En segundo lugar, porque el establecimiento de esas normas tiene su fundamento en el artículo 149.1.6ª CE, título competencial desde el que no parece discutible que el Estado pueda establecer unas normas generales relativas a las obligaciones y contratos mercantiles, propósito del Libro IV (como tampoco que pueda establecer una regulación de los contratos mercantiles, propósito del Libro V).

En efecto, el Título I del Libro IV contiene unas disposiciones generales aplicables al conjunto de la contratación mercantil. Así intenta explicarlo, aunque pésimamente, la mal redactada E. de M. I-36, que viene a decir que con tales normas se trata de asegurar la homogeneidad en todo el mercado de unos mismos principios básicos contractuales, evitando así que puedan plantearse regulaciones distintas en esta materia por parte de los derechos civiles autonómicos. La inclusión de estas normas generales está justificada dado que, añade la E. de M. I-36, «son fundamentales por cuanto constituyen los criterios básicos que son aplicables a los contratos mercantiles en particular». En fin, la idea es clara: se trata, en definitiva, de que esas normas contractuales aplicables a las operaciones mercantiles sean las mismas en todo el ámbito

nacional. No hará falta insistir en los obstáculos que representan las disparidades normativas en materia contractual y el efecto disuasorio que provocan en el tráfico económico, tanto en perjuicio de los empresarios/operadores de mercado como de los consumidores.

Por otra parte, y como se ha dicho, a través de estas disposiciones generales contenidas en el Título I se ha intentado seguir el *íter* contractual, regulando aquellos aspectos especialmente relevantes para que el contrato, como instrumento indispensable del tráfico mercantil, sirva a las necesidades de este tráfico, en el que se presenta, no ya como un acto aislado, sino integrado en una actividad profesional²⁶. En esta lógica, esas normas van referidas a las distintas fases de la relación contractual mercantil: desde la fase precontractual hasta los supuestos de incumplimiento o de morosidad en el cumplimiento, pasando por la perfección, la modificación, la interpretación, el cumplimiento del contrato, y su extinción y excesiva morosidad. Se trata, en cualquier caso, de normas que tienen un especial significado en un tráfico profesional, organizado y masificado, en el que el contrato juega un rol fundamental. Pero con un matiz importante, y es que estas normas tienen, por lo general, carácter dispositivo, por lo que sólo entrarán en juego en ausencia de acuerdo entre las partes, y por lo que respecta a las relaciones con consumidores, sólo cuando no colisionen con las normas protectoras de éstos.

Estamos, por consiguiente, no ante una regulación exhaustiva, sino ante un conjunto de normas simplificado y flexible aplicable a los contratos mercantiles, sin perjuicio de que las partes puedan con carácter general renunciar a ellas, y sin perjuicio, obviamente, del carácter subsidiario de las normas del Código civil. Es obvio que el contenido del Libro IV no pretende establecer una teoría general del contrato ni invadir o suplantar la regulación propia del Código civil, sino tan sólo articular, bajo el principio general de disponibilidad de sus normas, algunas reglas específicas que resultan básicas en sede de obligaciones y contratos mercantiles. De ahí que, como se ha dicho, estas normas se dirijan a regular aquellos aspectos que tienen especial relevancia o, al menos, una incidencia muy clara en el moderno tráfico mercantil²⁷.

En cuanto al contenido del Título II (*De las formas especiales de contratación*), consideramos que en el ACM no podía faltar una regulación, siquiera mínima, de la moderna contratación electrónica (surgida en el ámbito mercantil, en el aun hoy es donde tiene una mayor importancia económica), como tampoco de la contratación en pública subasta y la contratación a través de máquinas automáticas, como formas especiales de contratación en el ámbito mercantil en las que, además, la formación del consentimiento contractual presenta sus propias especificidades. Y por ser típicas de la contratación mercantil moderna, tampoco podían faltar en el ACM unas previsiones referidas a las condiciones generales de la contratación, surgidas en el marco del tráfico profesional y estandarizado, que es el que despliegan todo su potencial (si bien esta regulación es mejorable en nuestra opinión). Igualmente justificada están las previsiones relativas a las cláusulas de confidencialidad y exclusiva, sin duda, propias de un tráfico

²⁶ VÉRGEZ, «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en la “Propuesta de Código Mercantil”», cit., pp. 315-326, esp. p. 320.

²⁷ VÉRGEZ, *ibídem*.

profesional realizado en torno al mercado, así como la incorporación de unas normas muy concretas y específicas sobre la cesión de créditos mercantiles, tan utilizada para la financiación de las operaciones mercantiles.

Con todo, y aunque no cuestionamos la opción del ACM de incluir las normas básicas sobre obligaciones y contratos mercantiles, es cierto que estas normas coinciden en algunos casos con las establecidas por la legislación civil, con la consiguiente duplicidad e inflación normativa²⁸. Se ha dicho que el hecho de que pueda haber una coincidencia coyuntural entre algunas de las normas contenidas en el Libro IV y las establecidas en la legislación civil no significa que las primeras queden privadas de su carácter mercantil (como explica la E.de M. V-3), sino simplemente que esas normas resultarán aplicables tanto en el ámbito civil como en el mercantil²⁹. En fin, más de lo mismo, pues en cualquier caso, y aun cuando ha de reconocerse que esa coincidencia de normas ha existido siempre y no sólo a partir del ACM, creemos que, tanto antes como ahora, la duplicidad normativa es otro de los efectos indeseables que sólo podremos erradicar unificando los contratos civiles y mercantiles, a fin de superar la tradicional dicotomía civil-mercantil, evitar las superposiciones normativas y simplificar nuestro Derecho de contratos.

Luego, qué sentido tiene incluir en el ACM unas normas generales sobre obligaciones y contratos mercantiles?. Consideramos que, partiendo de la opción elegida, que no es otra que el mantenimiento del sistema dualista, tiene todo el sentido. En primer lugar, porque en un sistema dualista como el nuestro, es razonable que esta materia se incorpore al Código mercantil, tanto porque la materia contractual es materia mercantil, como porque presenta sus propias peculiaridades con respecto a la civil. En segundo lugar, porque de no incorporarse estas normas al Código mercantil, difícilmente éste podría responder al propósito de alcanzar la unidad de mercado, propósito que no puede confiarse a la legislación civil, pues, como se ha advertido, de incluirse tales normas exclusivamente en el Código civil, existe riesgo de que no rijan en todo el ámbito nacional, ya que podrían incorporarse normas distintas a la regulación general de obligaciones y contratos por parte de algunas CC.AA³⁰, riesgo más que evidente a la vista del amplio currículum sobre extralimitación de competencias que algunas poseen. Y nada sería más perjudicial para la seguridad jurídica que debe imperar en las transacciones mercantiles que éstas pudieran quedar sometidas a normas contractuales distintas en función del lugar del territorio nacional donde las partes tengan su domicilio o su establecimiento, o donde se celebre el contrato. Por tanto, y ante la necesidad de conjurar dicho riesgo, es lógico y conveniente que se incorporen al proyectado Código mercantil las normas que se consideran fundamentales para asegurar

²⁸ Críticamente, GRUPO ACTUALIZA, «Alegaciones a la Propuesta de Código mercantil ...», cit., pp. 222-223. No obstante, y como se ha advertido, esta duplicidad normativa viene motivada también por el hecho de que ambos textos han tomado como fuente de inspiración los PCCI de Unidroit (BERCOVITZ, «Acerca del nuevo Código Mercantil», p. 33).

²⁹ ALONSO LEDESMA, C., «La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en el Anteproyecto de Código Mercantil», en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, cit., pp. 299-313, esp. p. 303. Con opinión contraria, GARCÍA RUBIO, «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil», cit., p.18.

³⁰ BERCOVITZ, «Acerca del nuevo Código Mercantil», en *Estudios de Derecho Mercantil, Libro homenaje al Prof. José Antonio Gómez Segade*, p. 33.

una regulación única (aunque sea básica y de carácter dispositivo) de las operaciones mercantiles en todo el territorio nacional³¹, máxime cuando esto se hace, como veremos, dentro del más escrupuloso respeto al marco constitucional.

Ahora bien, cuestión distinta es que el establecimiento de este régimen uniforme se pudiera haber ensayado a través de alguna otra fórmula que no dejase fuera al Derecho civil, cuestión de la que nos ocupamos *infra*, al analizar otras posibles alternativas para lograr la unidad de mercado.

4.2. La indiscutible constitucionalidad del Libro IV

No cabe negar que algunas de las normas contenidas en el Libro IV (al igual que otras muchas del texto del ACM) presentan graves defectos, incoherencias y deficiencias que, sin duda, reclaman ser solventados antes de que el proyectado Código vea la luz. Pero lo que no podemos compartir es la acusación de inconstitucionalidad que algunos autores han formulado contra el Libro IV, so pretexto de que este libro establece una regulación de las obligaciones y contratos mercantiles contraria a la atribución de competencias establecidas en la Constitución. Como veremos, esta crítica se fundamenta en una errónea y equivocada interpretación del artículo 149.1 CE, cuyo tenor literal, por lo que aquí interesa, es el siguiente:

Artículo 149.1. «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

6ª) Legislación mercantil

8ª) Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso (...) las bases de las obligaciones contractuales».

A la vista del artículo 149.1 CE es incuestionable que la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil está en el artículo 149.1.6ª, no en el 149.1.8ª. Son dos títulos competenciales diferentes (el primero sólo y exclusivamente se refiere a la legislación mercantil, en tanto que el segundo sólo y exclusivamente lo hace a la legislación civil). No puede forzarse el tenor de estos preceptos constitucionales para pretender que digan lo que no dicen y que signifiquen lo que no significan.

En lógica con lo anterior, partimos de que el Estado tiene la competencia exclusiva (y excluyente) en materia de legislación mercantil (art. 149.1.6ª CE), dentro de la que se comprende, como es natural, la materia de obligaciones y contratos mercantiles, incluidas las bases o contenidos básicos de esta materia, puesto que el referido precepto establece la competencia plena, sin excepción o limitación alguna. Como venimos reiterando, la situación es muy diferente en relación con la legislación civil, ya que ésta no es en toda su extensión competencia exclusiva del Estado. En efecto, la competencia exclusiva del Estado en materia de obligaciones y contratos civiles se limita a «las bases de las obligaciones contractuales» (obviamente, civiles, conforme al art. 149.1.8ª CE), pudiendo las CC.AA con competencias en legislación

³¹ En esta misma línea, ALONSO LEDESMA, «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en el Anteproyecto de Código Mercantil», cit., p. 300.

civil establecer normas sobre materia contractual (obviamente, civil), siempre que respeten esas “bases”.

Luego, nos preguntamos, ¿desde qué lógica y en qué universo puede entenderse que la materia contractual mercantil, y en particular, “las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos mercantiles” (Libro IV del ACM) están en el artículo 149.1.8^a CE, y son, por tanto, legislación civil?. Sinceramente, no creemos que los preceptos citados admitan otra interpretación distinta de la que acabamos de exponer, por mucho que se reconozca (nadie lo discute) que al Código civil corresponde el establecimiento de los “principios básicos generales” a los que la legislación mercantil habrá de recurrir en tanto que las normas de aquél constituyen su “derecho subsidiario”. Pero lo que no resulta admisible es que, por la vía de una interpretación “peculiar” (léase peculiarmente interesada) de aquellos preceptos constitucionales, el Código civil (derecho subsidiario del mercantil, pero derecho subsidiario a fin de cuentas) pase a erigirse en la primera fuente del Derecho de contratos mercantil, que es a lo que, en definitiva, conduce la tesis defendida por quienes sostienen que parte de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil (y, en concreto, la referida a las “bases” de las obligaciones y contratos mercantiles) está en el artículo 149.1.8^a CE y no en el artículo 149.1.6^a CE. Craso error.

Es sabido, por otra parte, que en lo que se refiere a la cuestión competencial venimos arrastrando un serio problema político: la sistemática extralimitación de competencias por parte de algunas CC.AA con competencias en Derecho civil y la incapacidad institucional para poner fin a estos abusos regulatorios que con frecuencia derivan en normas autonómicas inconstitucionales. Ciertamente que este problema está ahí desde que se promulgó nuestra Constitución, pero no podemos compartir la tesis de que el verdadero propósito al que responde el proyectado Código mercantil y, en particular, su Libro IV (que algunos tachan nada menos que de inconstitucional), sea impedir – como sostienen estos autores- que esas CC.AA puedan seguir legislando en materia de obligaciones y contratos, materia que al estar, en su opinión, tan ampliamente regulada en el Libro IV, quedaría blindada frente a los posibles abusos regulatorios autonómicos y frente al riesgo de normas autonómicas inconstitucionales³². Nada más lejos de la realidad cuando la materia mercantil ya está blindada por el propio artículo 149.1.6^a CE y cuando el ACM y, cómo no su Libro IV, se fundamentan justo en este precepto

³² En este sentido, el GRUPO ACTUALIZA, «Alegaciones a la Propuesta de Código mercantil ...», cit., pp. 223-224; GONDRA, «La deconstrucción del concepto del Derecho Mercantil ...», op. cit. (versión electrónica); YZQUIERDO TOLSADA, «Los excesos autonómicos en el Derecho civil y la ortopédica solución ...», op. cit. (versión electrónica); OLIVA BLÁZQUEZ, «El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación ...», cit., pp. 58-59; Para ALFARO, «El Anteproyecto de Código Mercantil (I)», 5 de mayo de 2014, <http://derechomercantiles.ana.blogspot.com.es/2014/06/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html>, (consultada por última vez el 22 de diciembre de 2014), la única razón de peso para promulgar un nuevo Código mercantil es política: ocupar el espacio legislativo que la Constitución reserva al Estado (“legislación mercantil”) para evitar que las CC.AA, especialmente las que tienen competencia en materia de Derecho Civil foral, desborden sus competencias. *Vid.* también GARCÍA RUBIO, «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil», cit., pp.17-19), para quien el Libro IV del ACM es inconstitucional; y TENA ARREGUI R., «Un Código nuevo en odres viejos», *RDM*, núm. 290, 2013, p. 77, quien cree que es más probable que, de promulgarse el proyectado Código mercantil, éste será recurrido por la CC.AA ante el TC.

constitucional (éste es su título competencial habilitante, no necesitan otro). Difícilmente podrá el contenido del Libro IV privar de sus competencias a las CC.AA cuando éstas carecen de competencia en materia mercantil (y, por tanto, en materia de obligaciones y contratos mercantiles), como tampoco podría privar de competencias al Estado cuando, por la vía de artículo 149.1.8ª CE, el Estado no tiene competencias en materia mercantil, ni básicas ni no básicas. Por supuesto, nada le impide al Estado ni a esas CC.AA seguir legislando sobre materia contractual civil, dentro de los límites establecidos en su título competencial habilitante, que no es otro que el artículo 149.1.8ª CE³³. Es curioso, pero parece que hubiera un cierto interés por ocultar que ese infructuoso “duelo de titanes” el Estado no lo mantiene contra sí mismo, sino contra los Parlamentos autonómicos que vienen extralimitando sus competencias en materia de legislación civil. Y se podrán poner todos los ingeniosos pretextos y excusas que se quieran para defender posturas autonómicas que no pasan de ser “pulsos” al Estado y/o meras retóricas victimistas, pero esto no cambia las cosas: ni las CC.AA pueden legislar sobre materia mercantil ni el propio Estado puede hacerlo por la vía del artículo 149.1.8ª CE, y ello no porque se lo impida el proyectado Código mercantil, sino porque ya se lo impide el propio artículo 149.1.6ª CE.

En cualquier caso, convendrá insistir en que el Libro IV del ACM no contiene una teoría general del contrato, sino sólo unas disposiciones generales o básicas que son fundamentales en sede de contratación mercantil o, cuando menos, tienen en ésta una relevancia especial. Dicho libro no establece una regulación exhaustiva de las obligaciones y contratos mercantiles, sino tan sólo una regulación de referencia de carácter fundamentalmente dispositivo. Y esto es perfectamente constitucional, no puede haber invasión alguna de competencias cuando la legislación mercantil (en toda su extensión, sin límite, excepción o matización alguna) es de indiscutible competencia estatal.

No se trata, por tanto, de una conjura orquestada para invadir competencias de las CC.AA (que, obviamente, carecen de ellas en materia de legislación mercantil), o para arrebatarse al Derecho civil lo que es suyo conforme al artículo 149.1.8ª CE (sorprendente visión del problema cuando son las CC.AA las que han venido arrebatando competencias en materia de legislación civil). Se trata sólo de articular una regulación uniforme de las operaciones mercantiles en todo el ámbito nacional a fin de asegurar por esta vía la unidad de mercado. Hacerlo a través de un nuevo Código mercantil (aun no siendo la tendencia imperante en nuestros días) no es sólo una opción perfectamente legítima (el art. 149.1.6ª CE no ofrece la menor duda al respecto), sino

³³ Cuestión distinta es que el difuso y confuso límite que representan las “bases” a las que se refiere el artículo 149.1.8ª CE resulte claramente insuficiente como criterio delimitador de las competencias del Estado y de las CC.AA en materia de legislación civil. Es este precepto constitucional el que plantea problemas de delimitación (con los correspondientes abusos regulatorios por parte de las CC.AA), y no el artículo 149.1.6ª CE, que deja meridianamente claro que la legislación mercantil –toda ella– es de indiscutible competencia estatal.

que, además, se presenta hoy, si no como la única vía, sí como la más idónea y efectiva en el “peculiar” y “atípico” contexto español para alcanzar la unidad de mercado³⁴.

4.3. ¿Había otras alternativas para alcanzar la unidad de mercado?

Dadas las abundantes críticas al proyectado Código mercantil y, en particular, a su Libro IV, cabe preguntarse si podía haberse procedido, por un lado, a reordenar y modernizar la legislación mercantil, y por otro, haberse explorado otras alternativas para alcanzar la unidad de mercado. Veamos.

1. Por la vía que ofrece el artículo 150.1 CE, conforme al cual el Estado podría elaborar una ley marco por la que se les atribuyera a algunas CC.AA la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas siempre que respetasen los principios, bases y directrices establecidos en esa ley marco. Ciertamente es que esta es una vía de la que el Estado apenas ha hecho uso, aunque sin duda es una herramienta que ofrece la Constitución y que podría ser útil para poner freno a los excesos regulatorios autonómicos, y en este sentido, beneficiosa para la unidad de mercado³⁵. Con todo, no creemos que esta fórmula sea la mejor para afrontar el problema político de fondo, y en cualquier caso, es obvio que no ha habido voluntad política de utilizarla en toda la historia de la democracia española.

2. Por la vía de la competencia exclusiva atribuida al Estado sobre las “bases de las obligaciones contractuales” (art. 146.1.8ª CE). Como venimos diciendo, por esta vía no podría alcanzarse la unidad de mercado ya que el ambiguo límite de las “bases” no ofrece un apoyo seguro a la hora de determinar hasta dónde llegan las competencias del Estado y hasta dónde las de las CC.AA sobre la legislación civil y, en particular, sobre la materia contractual³⁶. En este sentido, la Propuesta de Modernización del Código civil sobre obligaciones y contratos de 2009 (en *stand by* y sin visos de prosperar por el momento), además de otros problemas en los que ahora no podemos entrar, no descarta, desde luego, el riesgo de que las CC.AA sigan invadiendo las competencias de Estado en materia de obligaciones y contratos. Sin duda, y por “mérito” de los derechos forales, el Derecho civil es un campo abonado para la heterodoxia jurídica, sin que nada hasta ahora haya podido remediarlo.

3. Mediante la unificación del Derecho civil y del mercantil, promoviendo el Gobierno dicha unificación al amparo de la competencia que el Estado tiene sobre la legislación civil (art. 149.1.8ª CE) y la legislación mercantil (art. 149.1.6ª CE),

³⁴ En palabras de BERCOVITZ (Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Madrid el 25 de octubre de 2012), «la diversidad de los derechos civiles y los excesos en la regulación de los mismos, hacen que la codificación mercantil sea la única respuesta válida para conseguir la unidad de mercado.

³⁵ Vid. YZQUIERDO TOLSADA, «Los excesos autonómicos en el Derecho civil y la ortopédica solución ...», op. cit. (versión electrónica).

³⁶ Con opinión contraria, GARCÍA RUBIO, «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos ...», cit., pp. 17 y ss., GONDRA, «La deconstrucción del concepto del Derecho Mercantil ...», cit. (consultado en su versión electrónica); OLIVA BLÁZQUEZ, «El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación ...», cit., p. 60; ROCA GUILLAMÓN, J., «Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (notas para una reflexión)», en Derecho de obligaciones. XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Zaragoza, 16 y 17 de noviembre de 2012, Edit. um, Murcia, 2013, pp. 193 a 279, esp. p. 251.

resultaría también sumamente discutible al no tener el Estado la competencia plena y exclusiva sobre toda la legislación civil (sino sólo sobre las “bases”). De ahí que se haya dicho que la propia Constitución parece “bloquear” esta unificación, dado que la legislación civil no es única, sino plural. En cualquier caso, y como atinadamente ha advertido ROJO, sería insensato pretender unificar el Derecho privado en un Estado en el que el Derecho civil es plural³⁷.

4. Por la vía (más limitada) de unificar el Derecho de contratos y obligaciones al amparo de los artículos 149.1.6ª y 149.1.8ª CE, lo que sería factible a nuestro juicio, si el Gobierno promueve la unificación de la materia contractual apoyándose en ambos títulos competenciales. Con todo, no desconocemos que también esta es una vía muy controvertida, pues conduce prácticamente al mismo resultado que pretende alcanzarse mediante el proyectado Código mercantil, aunque contaría con el “aval” de la legislación civil estatal y con la ventaja de erradicar la actual dicotomía existente en la materia y, en buena medida, la duplicidad normativa. Pero es muy probable que esta solución agravara el problema político, pues aun suponiendo que cesaran las invasiones autonómicas de competencias civiles del Estado, nos encontraríamos con un buen número de normas autonómicas inconstitucionales que habrían de entenderse derogadas, lo que con toda seguridad conduciría a enrarecer aún más el clima de conflicto entre el Estado y las CC.AA³⁸.

En cualquier caso, y aun cuando es evidente la dificultad de unificar el Derecho de obligaciones y contratos, realmente es la solución más razonable y adecuada, por lo será inexcusable abordarla más tarde o temprano. Y ya no porque por esta vía se consiguiera frenar las extralimitaciones de competencias por parte de los Parlamentos autonómicos, sino porque un Código de obligaciones y contratos no tardaría en revelarse como la solución más justa para todos los intereses en juego y también la más racional desde un punto de vista económico. En este sentido, la lúcida apreciación de

³⁷ ROJO, «El Código Mercantil», *Otrosí*, octubre-diciembre, 2102, pp. 17-21, esp. p. 19.

³⁸ En nuestra opinión, y dado que nuestra Constitución apuesta por el reconocimiento de los “derechos forales”, habrá que buscar la manera de reconducirlos a una dimensión razonable, en la línea marcada por la STC 31/2010, de 28 de junio, en la que en relación con el Estatuto de Autonomía de Cataluña, este Tribunal vino a incidir de nuevo en la cuestión de los límites que la Constitución impone a las CC.AA, estableciendo que la competencia legislativa de la Generalitat en materia de Derecho civil “sólo puede tener el alcance que es propio de las funciones de “conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil existente en Cataluña al constituirse ésta en Comunidad Autónoma, que son las que constitucionalmente les reconoce y garantiza el artículo 149.1.8ª CE”. Esto implica que las CC.AA a las que este precepto constitucional se refiere son las que tenían Derecho foral cuando la Constitución se promulgó (no las que lo hayan tenido en algún momento del curso de los tiempos), y que esa competencia legislativa se circunscribe al desarrollo de las instituciones que constituían ese derecho propio antes de la promulgación de la Constitución. También sobre esta cuestión, YZQUIERDO TOLSADA, «La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatut y sus efectos sobre Derecho Civil (y Mercantil) español» (Conferencia dictada el 30 de octubre de 2014 en la Academia Matritense del Notariado). Una reseña de esta conferencia puede encontrarse en EL NOTARIADO DEL SIGLO XXI, núm. 58, Noviembre-Diciembre de 2014, accesible en <http://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/3904-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-sobre-el-estatut-y-sus-efectos-sobre-el-derecho-civil-y-mercantil-español> (última consulta el 22 de diciembre de 2014).

ILLESCAS, aunque efectuada en otro contexto, resulta aplicable también en éste: “El acierto legislativo es pues una exigencia no sólo de justicia sino de economía”³⁹.

5. CONCLUSIONES

La promulgación de un nuevo Código mercantil viene justificada, a nuestro juicio, tanto por la necesidad de reordenar y actualizar la legislación mercantil (adaptándola a la nueva realidad política y económica), como por la de hacer efectiva la unidad de mercado avalada por la Constitución.

Dada la “peculiar” coyuntura española, la unidad de mercado no puede alcanzarse a través de la legislación civil, ya que en esta materia la competencia exclusiva del Estado se limita a «las bases de las obligaciones contractuales» (civiles), un impreciso límite fácil de franquear (y, de hecho, constantemente franqueado) por los Parlamentos autonómicos, lo que viene generando disparidad normativa e inseguridad jurídica, incompatibles con la unidad de mercado. De ahí que el logro de tal objetivo se confíe a la legislación mercantil, que por ser de indiscutible competencia estatal (plena, sin limitación, excepción o matización alguna, conforme al art. 149.1.6ª CE) sí puede garantizar el establecimiento de una regulación uniforme aplicable a las operaciones mercantiles en todo el ámbito nacional, como reclama la unidad de mercado. A tal propósito responde el ACM y, en particular, su Libro IV (*De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general*).

Es cierto que, en aras de la unidad de mercado, el ACM delimita su ámbito de aplicación no ya por referencia a los empresarios, sino por referencia al mercado y a los operadores económicos, lo que tiene como consecuencia una sustancial expansión de la materia mercantil, no *ab infinitum* como exageradamente se ha afirmado y criticado, pero sí lo bastante como para que el remedio pueda resultar efectivo.

Y puesto que la legislación mercantil es de indiscutible competencia estatal (toda ella, sin límite ni excepción alguna), nada impide que el Libro IV pueda establecer una regulación uniforme, o si se quiere, un marco regulatorio básico de carácter fundamentalmente dispositivo, aplicable a las operaciones mercantiles en todo el ámbito nacional, pues es evidente que la materia contractual mercantil (y dentro de ella, las “bases” de las obligaciones mercantiles) son legislación mercantil. Luego, ésta es la razón que justifica tanto el contenido como la razón de ser del Libro IV, libro que no plantea problema alguno de inconstitucionalidad ya que se fundamenta (al igual que el ACM en su conjunto) en la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil. Por tanto, ni quedan afectadas las “bases” del artículo 149.1.8ª CE ni se priva a los Parlamentos autonómicos de seguir legislando sobre obligaciones y contratos dentro de los límites marcados por el artículo 146.1.8ª CE.

En efecto, convendrá insistir, que las competencias que las CC.AA tienen constitucionalmente reconocidas (que no son otras que las referidas en el art. 149.1.8ª

³⁹ ILLESCAS ORTIZ, R., «La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pp. 291-306, esp. p. 300.

CE) quedan intactas, no viéndose afectadas por la promulgación del proyectado Código mercantil, aunque eso sí, ahora habrá ya menos margen y posibilidad para que las CC.AA extralimiten sus competencias, con lo que es de esperar que se reduzcan los abusos regulatorios y, con ello, el riesgo de normas autonómicas inconstitucionales. En este sentido, no creemos que la promulgación del proyectado Código mercantil venga realmente a agravar el problema político que venimos a arrastrando. Y decimos esto porque si preocupante es que a algunas CC.AA no les guste el nuevo Código, aún lo es más que sus Parlamentos autonómicos, en un ansia desmedida y voraz por anexionarse competencias, vengan de manera desafiante socavando las del Estado y dictando normas que, en muchos casos, son incluso inconstitucionales. Algo absolutamente intolerable y lamentable en un Estado que se dice democrático, y esto sí que debiera preocuparnos de verdad.

De todo ello se desprende que la promulgación de un nuevo Código mercantil (aun no siendo la tendencia hoy imperante) no es sólo una opción perfectamente legítima (el art. 149.1.6ª CE no ofrece ninguna duda al respecto), sino que, además, se presenta, si no como la única vía, sí como la más idónea y efectiva en el “peculiar” y “atípico” contexto español para alcanzar la unidad de mercado. En efecto, en las actuales circunstancias en que se encuentran nuestro mercado y nuestro Derecho privado, es muy probable que el proyectado Código mercantil sea el único cauce del que dispone el Estado para establecer un régimen uniforme aplicable a las operaciones mercantiles en todo el ámbito nacional, como viene reclamando la unidad de mercado.

Ahora bien, con esto no estamos diciendo que esta sea la solución perfecta, ni mucho menos que pueda ser la definitiva, ya que, a nuestro juicio, la solución más razonable y justa para todos los intereses en juego pasa por la unificación de nuestro Derecho de contratos, pese a las muchas dificultades que puedan existir para abordarla.

UNAS PRIMERAS REFLEXIONES SUGERIDAS POR EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL

GUILLERMO JESÚS JIMÉNEZ SÁNCHEZ
ALBERTO DÍAZ MORENO *

Resumen

En este trabajo se pretende exponer y discutir, de manera sucinta, algunos de los argumentos que pueden esgrimirse desde una perspectiva crítica en relación con el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014. A tal efecto se presta especial atención a la controversia mantenida en la doctrina francesa en torno al *Nouveau Code de Commerce* francés de 2000.

Contenido

1. Planteamiento. – 2. La idea directriz del Anteproyecto. – 3. Los obstáculos para la transformación del Anteproyecto en Ley. Especial referencia a la acogida crítica del *Nouveau Code de Commerce* en algunos sectores de la doctrina francesa. – 4. Una reflexión final.

1. PLANTEAMIENTO¹

Por Orden de 7 de noviembre de 2006 el Ministro de Justicia encomendó a la Sección Segunda, de *Derecho Mercantil*, de la Comisión General de Codificación la elaboración de un texto que sustituyera el viejo (y seguramente, pese a tal condición, escasamente venerable²) Código de comercio de 1885. El nuevo Cuerpo legal, bajo la rúbrica *Código Mercantil*, habría de delimitar e integrar –en caso de que llegara a entrar efectivamente en vigor- la legislación de dicha naturaleza, entendiendo por tal la destinada a la regulación de “*las relaciones jurídico-privadas vinculadas a las exigencias de la unidad de mercado*”, modernizándola y completándola en cuanto fuese oportuno.

* Catedráticos de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

¹ Este trabajo fue cerrado el 1 de octubre de 2014 teniendo a la vista el texto del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, informado en Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014 y publicado por el Ministerio de Justicia:

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292427025146?blobheader=application%2Fpdf&blobheaderna me1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_C%C3%93DIGO_MERCANTIL_TEXTO_WEB%2C2.PDF.

² Que “*el Código* [de 1885] *no merece respeto*” constituye una de las ideas-fuerza en las que hace descansar ROJO su defensa de la Propuesta de Código Mercantil (*vid.* ROJO, A. “El Código Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 286, octubre-diciembre 2012, págs. 15 y sigtes. -uno de los primeros trabajos publicados en la nueva sección dedicada al «Código mercantil», cuya “Presentación” se lleva a cabo en la pág. 11 de este número de la citada *Revista*-).

La sistemática de este Código habría de responder, siempre según la citada Orden ministerial, a “*la numeración de los libros, títulos, capítulos y artículos característica de la nueva codificación francesa*”. Y su redacción, para la cual quedó autorizada la Sección a organizar “*el sistema de trabajo que estime más conveniente*”, fue fruto del esfuerzo colectivo, no sólo de los miembros de la Sección, sino de otros muy autorizados juristas integrados en las Ponencias y en los Grupos de Trabajo creados al efecto. Ponencias y Grupos de Trabajo a los cuales se encomendó la preparación de unos textos que fueron posteriormente elevados para su aprobación a la Sección y finalmente sometidos a la revisión última de la *Ponencia de coordinación*, encargada de ésta tarea y de dar unidad al Cuerpo resultante de un trabajo colectivo extremadamente complejo.

La extensa y expresiva *Exposición de Motivos* que acompaña al Anteproyecto del Ley hace una breve historia de la promulgación del Código de Comercio de 1885 y de los profundos y acelerados cambios que han determinado la pérdida, si no de su vigencia, sí de su vigor. Fenómeno en gran parte inevitable secuela de su paulatino *vaciamiento*³ a través de un progresivamente incrementado número de leyes *extravagantes*, reguladoras tanto de materias no contempladas en el Código como sustitutivas de normativas que el trascurso del tiempo, o mejor los cambios sociales y económicos producidos a lo largo del tiempo, habían hecho obsoletas.

Con el nuevo Cuerpo legal se pretende poner fin a la insatisfactoria situación de arcaísmo legislativo denunciada, superar la inseguridad jurídica que es fatal consecuencia de la dispersión normativa por la proliferación de leyes *extracódigo*, y, *last, but not least*, adecuar la regulación española a las exigencias de que sea un único Código (de la materia mercantil) el vigente en un mercado nacional único⁴. Un solo Código, en el cual se incluya la regulación de “*ámbitos económicos hasta ahora excluidos del Derecho mercantil por razones históricas que se consideran superadas, como la agricultura y la artesanía*”⁵ y en el cual se contemplen (éste es para Bercovitz⁶ uno de sus más destacables factores positivos) junto al empresario otros “*operadores del mercado*”, como “*los profesionales que ejercen actividades intelectuales, sean científicas, liberales o artísticas, cuyos bienes o servicios destinen al mercado*”, “*las personas jurídicas que, cualquiera sea su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en el Código*”, “*e incluso a los entes sin personalidad jurídica por medio de los cuales [estas actividades] se realicen*”⁷. Un único Código así construido que atienda a las circunstancias económico-sociales de nuestro tiempo, que configure en el Ordenamiento jurídico de la España actual el *Cuerpo* esencial de la legislación mercantil, competencia exclusiva del Estado (tal y como estatuye el artículo 149.1.6^a de la Constitución), y que consiguientemente responda a la exigencia

³ Cfr. *Exposición de Motivos*, I.5.

⁴ Cfr. *Exposición de Motivos*, I.7.

⁵ Cfr. *Exposición de Motivos*, I.15.

⁶ Vid. BERCOVITZ, “Acerca del nuevo Código Mercantil”, en VV.AA. *Estudios de Derecho Mercantil: Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, Madrid, 2013, pp. 29 y ss.

⁷ Cfr. *Exposición de Motivos*, I.15.

insoslayable de salvaguardar el *principio de unidad del mercado nacional*⁸ (principio reiteradamente reconocido como postulado constitucional en la doctrina del intérprete último de nuestra *Ley de leyes*, el Tribunal Constitucional⁹).

El Código se estructura en siete Libros. La Exposición de Motivos que los precede especifica así sus contenidos:

(i) El primer Libro se consagra a “*la regulación de las empresas, [de] la representación de los empresarios, [de] los negocios sobre las empresas, [de] la contabilidad y [del] Registro mercantil*”.

(ii) El segundo “*está dedicado a las sociedades mercantiles*”.

(iii) El tercero “*se refiere al Derecho de la competencia, tanto a la competencia desleal como a la defensa de la competencia*”, e incluye “*algunos preceptos referidos a las instituciones de la propiedad industrial*”.

(iv) El cuarto “*tiene por objeto las normas sobre obligaciones y contratos mercantiles en general*”.

(v) El quinto se destina a “*la regulación de los contratos mercantiles en particular*”.

(vi) El sexto comprende “*la regulación de los valores y de los instrumentos de crédito y pago*”.

(vii) Y el séptimo “*incluye las normas sobre prescripción y caducidad, instituciones éstas [observa la Exposición de Motivos] que se regulan en ese último Libro por cuanto [sus] normas [...] tienen aplicación con carácter general en toda la materia comprendida en el Código*”.

Como no podía ser menos, la concepción, la sistemática y el contenido de este Cuerpo legal (que, como en su tiempo proclamara la Exposición de Motivos de 1882¹⁰, “*considera al Derecho Mercantil bajo una faz completamente nueva*”¹¹), han sido ampliamente debatidos en detenidas e ilustrativas sesiones mantenidas por Grupos de Trabajo, Ponencias y el Pleno de la Sección (ciento veinte las sesiones del Pleno y prácticamente innumerables las reuniones de los Grupos de Trabajo y de las Ponencias). Sesiones en las cuales participaron, junto a los vocales permanentes de la Sección, buen número de especialistas (justamente calificados como tales por el Presidente de la Sección, Don Alberto Bercovitz¹²) integrados en los Grupos de Trabajo constituidos para colaborar en la preparación de los Libros del nuevo Código¹³. El resultado final

⁸ Cfr. Exposición de Motivos, I.6. Cfr. BERCOVITZ, “La Propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 289, julio-septiembre de 2013 p. 36.

⁹ *Vid.*, por todos, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “La unidad del mercado nacional en la Constitución Española”, en BALADO RUIZ-GALLEGOS (dir.), *La España de las autonomías. Reflexiones 25 años después*, Barcelona, 2005, pp. 99 y ss.

¹⁰ Exposición de motivos que, por razones sobre las cuales no es el caso detenernos ahora, se antepuso al Código de comercio de 1885.

¹¹ Cfr. Exposición de Motivos, I.9.

¹² *Vid.* BERCOVITZ, “Acerca del nuevo Código...”, *op. cit.*, p. 34, y “La Propuesta de Código Mercantil...”, *op. cit.*, p. 42.

¹³ *Vid.* la “Relación de los vocales de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación que han participado en la preparación de la Propuesta de Código Mercantil” que se acompañó a la Propuesta de Código mercantil elevada por la Comisión General de Codificación al Ministerio de Justicia en 2013.

elevado al Ministerio de Justicia no siempre fue alcanzado, y sin duda es oportuno destacar este extremo, por común convencimiento de los vocales participantes en las deliberaciones de la Sección, sino que a veces hubo que llegarse a él mediante votaciones de los miembros de ésta, expediente no seguido con frecuencia en la práctica de la Comisión General de Codificación.

Este complejo proceso dio lugar a que fuera incumplido el plazo fijado “*para la realización del [...] Código*” en la Orden Ministerial de 7 de noviembre de 2006: el de cuatro años desde aquella fecha. La Propuesta de la Comisión sólo pudo ser finalmente elevada al Ministerio de Justicia el 11 de junio de 2013; es decir, casi tres años después del vencimiento del término inicialmente señalado para ello. Y el texto de la Propuesta tardó casi un año en convertirse en Anteproyecto de Ley.

En el curso de los trabajos de la Sección de Derecho Mercantil la orientación y los parciales frutos de éstos tuvieron difusión (que, para ser fieles a la realidad, sólo cabría calificar de relativa o reducida) entre los círculos próximos a sus protagonistas. Pero superada esta fase, y habiéndose hecho públicas diversas tomas de postura en nuestra doctrina sobre la concepción que habría de presidir el nuevo Código¹⁴ y sobre determinados particulares de la propuesta de normativa contenida en él¹⁵ (posicionamientos doctrinales que, por referirse a un proyectado Cuerpo legal inacabado o no cerrado, no pueden ser o presentarse sino como parciales o proyectivos), no

¹⁴ Vid., entre otras, las páginas dedicadas por ROJO al análisis de *los principales problemas de política legislativa que plantea la idea de un «Código Mercantil»* en “El Código Mercantil”, cit., págs. 15 y ss., y ROJO, A. “El Derecho mercantil y el proceso de unificación del Derecho privado”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 291, enero-marzo de 2014 pp. 135 y ss.; MENÉNDEZ-URÍA, “Lecciones de Derecho Mercantil”, 11ª ed., Cizur Menor, 2013, vol. I, pp. 40 y ss.; BERCOVITZ, “La Propuesta de Código Mercantil ...”, *op. cit.*, pp. 35 y ss.; OLIVENCIA, “El título preliminar de la Propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 290, octubre-diciembre de 2013 pp. 11 y ss.; GONDRA, “La deconstrucción del concepto del Derecho mercantil en aras de la unidad de mercado”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 290, octubre-diciembre de 2013, pp. 27 y ss.; TENA, “Un Código nuevo en odres viejos”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 290, octubre-diciembre de 2013 pp. 69 y ss.

¹⁵ Vid., entre muchas otras, las de GALLEGO, “La compraventa mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 287, enero-marzo de 2013, pp. 9 y ss.; PÉREZ MILLÁN, “Codificación y descodificación de los títulos-valores”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 289, julio-septiembre de 2013, pp. 43 y ss.; GONZÁLEZ CABRERA, “Primeras reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores sociales en la Propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 41, julio-diciembre de 2013, pp. 331 y ss.; EMBID, “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 290, octubre-noviembre de 2013, pp. 53 y ss.; QUIJANO, “La sociedad cotizada ante el proyectado Código Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 288, abril-junio de 2013, pp. 11 y ss. y “La extinción de la sociedad sin declaración judicial de concurso en caso de falta de activo en la «Propuesta de Código Mercantil»”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 291, enero-marzo de 2014, pp. 11 y ss.; GARCÍA-PITA “La prescripción y la caducidad en el Libro VII de la «Propuesta de Código Mercantil»”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 291, enero-marzo de 2014, pp. 33 y ss.; BOQUERA. “La convocatoria de la junta general en la «Propuesta de Código Mercantil»”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 291, enero-marzo de 2014, pp. 77 y ss.; VÉRGEZ, “La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la «Propuesta de Código Mercantil»”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 292, abril-junio de 2014, pp. 11 y ss.; ALBERTO J. TAPIA HERMIDA, “Los contratos de seguro y de mediación de seguros en la «Propuesta de Código Mercantil»”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 292, abril-junio de 2014, pp. 23 y ss.; CONTRERAS DE LA ROSA, “El devenir funcional y estructural de la cesión global: de la atipicidad a la propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 42, enero-junio de 2014 pp. 84 y ss.

consideramos ya improcedente manifestar nuestro criterio sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil

Permítasenos introducir una digresión en lo que debería ser (y pretendemos, en la medida que nos sea factible, que así sea) un desarrollo lógico de nuestras reflexiones sobre el Anteproyecto de Código Mercantil. Ángel Rojo advierte en algunas de sus convocatorias para participar en el foro abierto al efecto en la *Revista de Derecho Mercantil*¹⁶ que cuando se difundió y fue sometida a pública consulta la Propuesta de Código Mercantil posiblemente se alcanzó involuntariamente un resultado contrario al perseguido: se redujo su eco en los círculos jurídicos y mediáticos. Acaso, como mordazmente sugiere el maestro de la Universidad Autónoma de Madrid en algunas líneas de su llamamiento, tal desinterés podría haberse debido a que, al convocarse públicamente una consulta, quienes inicialmente podrían haberse sentido inclinados a participar en la crítica, positiva o negativa, del Código Mercantil *in fieri* habrían dejado de considerarse incluidos en un privilegiado círculo de iniciados, y con ello habrían perdido (si alguna vez lo tuvieron) interés en tomar parte en un proceso abierto a todos o a muchos. Mas probablemente ello no sea hoy correcto; no sólo en la doctrina, sino también en amplios sectores profesionales, la Propuesta de Código Mercantil, primero¹⁷, y el Anteproyecto, después, han suscitado considerable interés y ya se han publicado los resultados de reflexiones y de tomas de postura sobre el proyectado Código y sobre concretos extremos de su contenido¹⁸.

2. LA IDEA DIRECTRIZ DEL ANTEPROYECTO

Pero, siguiendo la autorizada voz del profesor Rojo, detengámonos por un momento, concluida la fase de su elaboración por la Sección de Derecho Mercantil y publicado el correspondiente Anteproyecto de Ley, en el examen de la idea central a la que responde este proyectado Código, su estructuración y su contenido, así como en la reflexión sobre algunas de las que podrían ser líneas esenciales de una presumible oposición a convertir dicho Anteproyecto en Cuerpo legal.

Ante todo ha de señalarse que el futuro Código Mercantil no recoge la idea favorable a la unificación del Derecho Privado que desde finales del Siglo XIX, y durante buena parte del Siglo XX, gozó de amplia acogida en la literatura jurídica y en el Derecho europeos, así como en autorizados sectores de la doctrina española¹⁹. Tal

¹⁶ Al menos en la invitación que uno de nosotros ha recibido para intervenir en él.

¹⁷ Así PRATS ALBENTOSA, en su presentación de “El futuro Código Mercantil: entre la unidad de mercado y la seguridad jurídica” (*Escritura pública*”, nº 85, enero-febrero de 2014, p. 24), advierte que durante el periodo público de consultas “*se han recibido numerosas contribuciones y aportaciones*”, con las que “*la propuesta puede haber sido enriquecida*”.

¹⁸ Véanse al respecto las citas efectuadas, desde luego sin pretensión de exhaustividad, en las notas 14 y 15, a las que habría de añadir las numerosas referencias fácilmente obtenibles con un simple rastreo de los innumerables documentos publicados en la *web*.

¹⁹ *Vid.*, por todos (las referencias sobre este punto serían casi interminables y las polémicas entre los defensores y los detractores de la unificación del Derecho Patrimonial Privado resultan ajenas al rema central de las presentes *reflexiones*), VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, Milano, 1922, vol. I, p.

unificación tropieza hoy día en nuestra Patria con el insuperable obstáculo de la consagración a nivel constitucional (en el artículo 149.1.6^a, 9^a y 8^a) de nuestra *Ley de leyes*, de la atribución al Estado de competencia exclusiva respecto a la legislación mercantil, la legislación sobre propiedad intelectual e industrial y la legislación civil con diferentes matices. Mientras en los dos primeros casos la competencia estatal se configura en términos absolutos, en el tercero se predica con unas restricciones que, en cuanto hacen que “*en materia de obligaciones y contratos*” la competencia estatal se “*reduzca a [la regulación de] las «bases de las obligaciones contractuales», desaconseja[n] generalizar normas mercantiles, porque se corre el riesgo de que, una vez generalizadas, escapen del ámbito de esa competencia exclusiva del Estado. No es sensato unificar el Derecho privado en un Estado en el que el Derecho civil es plural*”²⁰.

Por ello la reacción frente al insatisfactorio estado de cosas ocasionado por el arcaísmo legislativo de los textos de nuestra codificación decimonónica, y la búsqueda de una solución que permita superar la inseguridad jurídica a que da lugar la dispersión de regulaciones originada por la proliferación de leyes extravagantes o *extracódigo*, si se enmarcan en el cuadro constitucional descrito, han de aspirar a que sea una sola (única) la legislación mercantil vigente en el mercado nacional único. Tales reacción y solución han de materializarse, para quienes propugnan esta línea de pensamiento, en la sustitución del viejo Código de 1885 por un nuevo Cuerpo legal adecuado a los requerimientos o las circunstancias del moderno tráfico mercantil, tráfico cuya identificación conceptual ha de construirse en torno a la “*materia mercantil*”, la regulación de la cual corresponde exclusivamente a la legislación estatal²¹.

El carácter histórico del Derecho mercantil, reconocido unánimemente en la doctrina²², consecuencia de la constante evolución de las normas mercantiles al compás de la evolución de las circunstancias sociales y económicas de la sociedad, de las sociedades del Mundo Occidental y de aquéllas sobre las que han ejercido decisiva influencia sus instituciones, posiblemente debería precisarse. Si en estas sociedades el

1 y ss. (“Introduzione”, en la cual reproduce, al reflexionar sobre “*L’unità del diritto privato*” su célebre “*Proklusion* pronunciada en Bolonia en 1892) y RUBIO, *Introducción al Derecho Mercantil*, Barcelona, 1969, pp. 218 y ss.

²⁰ Cfr. ROJO, “El Código Mercantil”, *op. cit.*, p. 18.

²¹ Vid. ROJO, “El Código Mercantil”, *op. cit.*, pp. 18 y ss.

²² Vid., por todos, ASCARELLI “La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale”, *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, vol. XXXII, año 1934, *Parte prima*, p. 6 y ss.; GARRIGUES, “Qué es y que debe ser el Derecho mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 71, enero-marzo de 1959, p. 45 y ss.; RUBIO, “Introducción...”, *op. cit.*, pág. 129; OLIVENCIA, “Historicidad, relatividad y sentido de la existencia de un Derecho mercantil separado del civil”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ y DÍAZ MORENO (coord.), *Derecho Mercantil*, vol. 1º, Ariel, 15ª ed., p. 68 y ss.

En el “*préambule*” al volumen en el cual se recogen las aportaciones al Coloquio desarrollado en el año 2007 en Perpignan durante el Congreso Regional de los Tribunales de Comercio celebrado con ocasión del bicentenario del *Code de Commerce*, ALAIN DEGAGGE resalta cómo este Cuerpo legal “*est lié à l’Histoire, ne serait-ce que parce que sa publication s’inscrit dans un processus dont l’histoire, précisément, n’est pas et ne sera, sans nul doute, jamais close*” (cfr. “Le Code de commerce et l’Histoire”, en YVES PICOD (dir.), *Le Code de Commerce: son histoire et l’évolution parallèle du droit de la concurrence déloyale*, Saint-Estève, 2009, pág. 7).

desarrollo de ciertos tráficó profesionales ha requerido o requiere el establecimiento frente a la regulación jurídico-privada general o común de normas jurídico-privadas especiales, tales normas han de ser calificadas, en principio, de mercantiles, como de mercantil ha de ser calificado, también en principio, el estatuto jurídico-privado de los profesionales protagonistas de dichos tráficó²³. Pero si la expansión del tráficó mercantil lleva consigo la generalización de normas establecidas para atender a las circunstancias específicas que lo caracterizaban desaparece la razón de ser de la “*especialidad*” de las reglas mercantiles, y estas reglas devienen o han de devenir comunes o generales (es el proceso que Tulio Ascarelli describió brillantemente al manifestar que “*el Derecho mercantil muere en el momento de su mayor triunfo*”²⁴; y que para Rojo²⁵ pone en evidencia el carácter *contingente* del Derecho mercantil).

Ahora bien, dicho esto, ¿qué tráficó profesionales y qué estatutos empresariales son los que reclaman, mientras así sea, mientras sea o haya sido reclamada como tal, la existencia de una regulación mercantil especial o diferenciada de la general o común?

Las viejas concepciones decimonónicas habían definido la regulación o el Derecho mercantil como el Derecho de los “*actos de comercio*”²⁶. Pero para calificar como tales a los diversos “*actos*” u operaciones del tráficó y, reflejamente, como “*comerciantes*” a quienes los realizaban habitual o profesionalmente, tuvieron que servirse de una multiplicidad de factores contradictorios o incongruentes²⁷, lo que llevó a Nussbaum a afirmar que el concepto de Derecho mercantil se había disuelto (desintegrado) en un cúmulo de las más heterogéneas materias²⁸.

Una esencial superación de estas insatisfactorias aproximaciones a la “*esencia de la mercantilidad*” se obtuvo con la identificación del tráficó mercantil con el tráficó empresarial y de la figura del comerciante con la figura del empresario²⁹. Pero la reducción del contenido de la normativa mercantil a la regulación del estatuto de los “*empresarios mercantiles*” y a la del tráficó propio de estos empresarios, en virtud de una inercia histórica que excluía del ámbito de lo mercantil a determinadas actividades económicas, como las agrícolas, las artesanales o las de las profesiones intelectuales (científicas, liberales, o artísticas), no dejó de generar cierta insatisfacción conceptual³⁰ a la que ha querido ponerse remedio mediante la identificación de “*los sujetos mercantiles*” con quienes “*ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente para el mercado una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de*

²³ Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Aproximación al tema del concepto del Derecho Mercantil”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, p. 340 y ss.

²⁴ Cfr. “La funzione del diritto speciale...”, cit., pág. 6.

²⁵ Vid. “El Código Mercantil”, *op. cit.*, p. 19.

²⁶ Vid., por todos, OLIVENCIA, *op. cit.*, p. 49 y ss.

²⁷ Vid., por todos, OLIVENCIA, *op. cit.*, p. 57.

²⁸ Vid. “Die Auflösung des Handelsrechtsbegriffs”, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, t. 76, 1915, p. 325 y ss. (especialmente p. 331).

²⁹ Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Aproximación al tema del concepto del Derecho Mercantil”, *op. cit.*, p. 340 y ss.

³⁰ Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Aproximación al tema del concepto del Derecho Mercantil”, *op. cit.*, p. 343 y ss.

*prestación de servicios para el mercado*³¹”. Porque la actividad mercantil ha llegado a ser en nuestro tiempo, se ha advertido, no “*solo la actividad empresarial, sino también la actividad de otros sujetos, genéricamente identificados como «operadores económicos»*”³².

3. LOS OBSTÁCULOS PARA LA TRANSFORMACIÓN DEL ANTEPROYECTO EN LEY. ESPECIAL REFERENCIA A LA ACOGIDA CRÍTICA DEL *NOUVEAU CODE DE COMMERCE* EN ALGUNOS SECTORES DE LA DOCTRINA FRANCESA

La expuesta es la concepción o toma de postura conceptual que subyace en el Anteproyecto del Código Mercantil. Texto que, continuando haciéndonos eco de las advertencias del Profesor Rojo en relación con la Propuesta, puede tropezar en el camino de su transformación en Cuerpo legal con dos serios obstáculos³³.

En primer término, con el prejuicio de que en nuestro tiempo, a diferencia de en el siglo XIX, no existe una “*vocación codificadora*”; con la extendida idea de que no es la nuestra una sociedad en la cual se encuentran afirmados los principios estables imprescindibles para que sea posible construir sobre ellos una nueva Codificación³⁴ (toman actualidad a través de esta advertencia algunas de las concepciones que, más allá de su formulación inicial por Thibaut y Savigny³⁵, fueron objeto del enriquecedor debate mantenido en tiempos pasados sobre la *vocación codificadora* o, dicho quizá con mayor precisión, sobre la posibilidad de las naciones de llevar a feliz conclusión una tarea codificadora digna de tal nombre en concretos instantes de su historia).

Y, en segundo lugar, con la defensa de la apertura del mayor ámbito posible para el juego de la autonomía de la voluntad. Una superposición a ésta de una regulación tan ambiciosa en su contenido como la del nuevo Código Mercantil, que en su misma denominación pone de relieve que su contenido ha de ser significativamente más extenso que el del Código de comercio al cual vendría a sustituir, podría introducir restricciones disfuncionales al libre juego de la voluntad de los protagonistas del tráfico de nuestro tiempo, superando así ampliamente los ya suficientes límites fijados por las disposiciones tuitivas de consumidores y usuarios³⁶.

Mas a las tomas de posturas críticas del esfuerzo neocodificador sustentadas con estas argumentaciones Rojo opone los siguientes contra-argumentos:

³¹ Cfr. artículo 001-2.1.a) y b) del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.

³² Cfr. ROJO, “El Código Mercantil”, *op. cit.*, p. 20.

³³ Vid. ROJO, “El Código Mercantil”, *op. cit.*, p. 21 y ss.

³⁴ Vid. ROJO, “El Código Mercantil”, *op. cit.*, p. 21 y ss.; GONDRA, “La deconstrucción el concepto de Derecho mercantil...”, *op. cit.*, p. 49 y ss.; TENA, “Un Código nuevo...”, *op. cit.*, p. 81 y ss.

³⁵ Vid. THIBAUT y SAVIGNY, “La Codificación. Una controversia programática basada en sus obras «Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania» y «De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho». Con adiciones de los autores y juicios de sus contemporáneos”, Madrid, 1970.

³⁶ Vid. ROJO, “El Código Mercantil”, *op. cit.*, pág. 22.

A la primera: que si bien es verdad que un Código debe estar integrado por un conjunto normativo unitario, cuyas líneas maestras sean sólidas y estables, su contenido esté configurado por preceptos coordinados y se encuentre destinado, al menos vocacionalmente, a tener vigencia durante varias generaciones, no lo es menos (y quizá lo sea más) que el Código de comercio decimonónico *es hoy una ruina*. Una mínima observación de las exigencias del tráfico económico actual reclama imperiosamente que la regulación obsoleta o dispersa que ha desplazado a la anteriormente codificada sea sustituida por una nueva regulación contenida en un nuevo Cuerpo legal adecuado a la realidad presente; Cuerpo que, aun cuando posiblemente no llegue a tener la dilatada o secular vida del de 1885, responda en el momento actual mucho mejor que éste a lo que demandan las circunstancias sociales y económicas de nuestro tiempo. Y para facilitar la adecuación a la evolución de tales circunstancias del contenido de las normas del nuevo Código, del Código Mercantil, tal Cuerpo legal se ha concebido *“como un texto abierto al porvenir, en el que la numeración de los libros, títulos, capítulos y artículos sea la seguida por la codificación francesa, de tal modo que la refacción de singulares partes o la introducción de otras nuevas no exija la promulgación de leyes especiales”*³⁷.

A la segunda: que, aun cuando *“en una situación de creciente «competencia entre legislaciones»” “pueden ser desaconsejables” “intervenciones masivas del legislador” “en la medida en que pueden producir «deslocalización de contratos» a través de la expresa elección del Derecho aplicable”, “[en] todo caso, a diferencia de los anteriores codificadores, el codificador contemporáneo opera en un espacio de soberanía que no se corresponde ya con el espacio en el que operan los sujetos mercantiles. En un mercado globalizado, el pecado de ingenuidad en que puede incurrir el codificador es pecado mortal. El codificador debe observar lo que se ha hecho en las legislaciones más significativas, y ponderar temas a incluir y soluciones a establecer. El equilibrio entre lo que debiera hacerse y lo que la prudencia aconseja que se haga debe ser pauta de conducta indeclinable”*³⁸.

Sin duda ha de reconocerse un valor especial a estas reflexiones de uno de nuestros más autorizados mercantilistas actuales, quien tuvo una presencia muy activa en la preparación de la Propuesta de Código Mercantil³⁹. Pero, aun siendo lectores sólo

³⁷ Cfr. ROJO, “El Código Mercantil”, *op. et loc.* ult, cits.

³⁸ Cfr. ROJO, “El Código Mercantil”, *op. cit.*, pág. 22.

³⁹ Tanto en los debates generales sobre ella como en los específicos de las Ponencias designadas para elaborar el contenido de los Libros II, dedicado a las sociedades mercantiles, y VI, consagrado a los valores e instrumentos de crédito y pago, de las que fue Presidente, y del Libro VII, en el cual se incluyen normas destinadas a la regulación de la prescripción y de la caducidad, así como en la adaptación para su definitiva inclusión en la Propuesta de Código del texto del Libro IV, referido a las obligaciones y a los contratos mercantiles en general, elaborado por la Ponencia designada al efecto, que fue presidida por don Fernando Sánchez Calero hasta que desgraciadamente su ausencia hubiera de dejar un sensible vacío entre nosotros, y en la Ponencia de Coordinación, a la cual ha correspondido establecer y aplicar los criterios formales precisos para supervisar las aportaciones de los distintos Grupos de Trabajo y dar unidad al texto finalmente aprobado por la Sección (*vid.* la “Relación de los vocales de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación...”, cit).

superficiales hasta la fecha de la Propuesta de Código Mercantil⁴⁰ y del Anteproyecto que trae causa de ella, no nos cabe menos (para ser fieles al compromiso de lealtad con el propio pensamiento exigible a quienes hacemos uso de la palabra en las aulas y de la pluma en las publicaciones jurídicas) que apuntar algunas reservas respecto de la *bondad* del proyectado nuevo Código, respecto a los efectos positivos de su concreción en el Cuerpo legal que en el Siglo XXI debería presidir la regulación de la “materia mercantil” en nuestra nación y, en definitiva, sobre cuál pudiera temerse que finalmente fuera el resultado del *iter* legislativo abierto con la perspectiva de la conversión del Anteproyecto en Ley.

A tal propósito consideramos que, en defecto de la fuerza de convicción, inexistente, que podría tener en estos primeros momentos la presentación de los frutos de lo que sólo sería (el nuestro), un análisis incipiente de la orientación y del producto de los trabajos que han dado lugar al Anteproyecto del Código Mercantil, cabría anticipar una primera línea de reflexión sobre este Anteproyecto, sustentada en algunas de las reflexiones avanzadas por la doctrina francesa en relación con el *Code de commerce* francés elaborado a través de un complejo proceso legislativo que tuvo como punto de partida la *Ordonnance* de 18 de septiembre de 2000.

Nos permitimos anteponer a la indicación de las reservas con que el *nouveau Code* ha sido acogido por algún sector de los juristas franceses un recuerdo quizá innecesario por obvio: la literatura jurídica y los modelos legislativos ultrapirenaicos han ejercido durante la historia jurídica española una gran influencia, cabría decir una influencia muchas veces decisiva, sobre el desarrollo de nuestras concepciones jurídicas y sobre nuestra legislación. Así, por lo que ahora interesa, la tuvieron sobre el Código de comercio de 1829, el primero de los Códigos españoles, el de Sáinz de Andino, y, a través de él, sobre el Código de comercio de 1885, aun cuando en este caso, como nos enseñó Jesús Rubio⁴¹, no fue la francesa una influencia única o excluyente de la tradición jurídica patria. Hoy día también ha de reconocerse el ascendiente, desde luego no en modo alguno la dependencia, del modelo del actual *Code de Commerce* sobre las ideas-fuerza que están en la base del proyectado Código Mercantil español. La Exposición de Motivos de este texto lo proclama en los siguientes inequívocos términos⁴²: “*El modelo implantado por el Code de commerce francés de 2000, de recodificación sistemática de la legislación especial, en virtud de su inserción en el cuerpo legal, es el que sigue el Código español para integrar la vigente normativa dispersa*”. Y, por consiguiente, no cabe entender privado de sentido recurrir a las especulaciones de los juristas galos para apoyar en su autoridad y razonamientos algunas de las reservas con las que podría ser acogida este Anteproyecto.

⁴⁰ Dado que, como ineludible consecuencia de la lejanía impuesta a uno de nosotros por el ejercicio de funciones en la jurisdicción constitucional, y la resultante de la no adscripción a la Comisión General de Codificación del otro, quienes suscribimos estas líneas permanecemos alejados de los trabajos de este órgano en las etapas clave de la concepción y la elaboración de dicha Propuesta.

⁴¹ *Vid. Introducción*, cit., p. 330 y ss.

⁴² Cfr. I.7.

Cierto es que, en honor a la verdad, antes de exponer tales reservas debemos dejar esto afirmado: para un amplio sector de la literatura jurídica francesa, como no podría haber sido de otro modo, el nuevo Código que en su nación ha venido a sustituir al viejo (y más que ello arcaico y quizá jamás nunca demasiado digno de veneración) *Code* de 1807, representa un paso *en avant* que debe ser favorablemente enjuiciado y acogido. Pero este posicionamiento no ha sido unánime entre los juristas del país vecino. Frente a la aparición del nuevo texto legal no han faltado voces críticas que reclaman nuestra atención sobre muchos aspectos negativos denunciados en él.

No vamos a hacer referencia a las cuestiones que suscita el nuevo *Code* en relación con el proceso legiferante seguido para su aprobación “*por fases*” y a través de una técnica de delegación legislativa; no tienen relevancia cuando la que en esta breve aproximación queremos sugerir es una reflexión sobre el proyectado Código español; no se plantean en relación a él. Tampoco nos detendremos sobre determinados problemas de la sistemática, del articulado, de algunos de sus específicos contenidos, y de varias otras cuestiones menores que se han denunciado en las críticas al *nouveau Code*; no tienen particular significado en cuanto a la proyección o al traslado de algunas de las reservas *de fondo* mantenidas por varios juristas de nuestro país vecino sobre el Cuerpo legal que en no poco ha servido de modelo al proyecto español.

En definitiva, no procede llevar a cabo una detenida y, mucho menos, una pretendidamente completa transcripción de las críticas doctrinales que han acompañado a la introducción a partir del año 2000 del nuevo *Code de Commerce* cuando lo que se pretende es, tan sólo, esbozar un breve apunte de las líneas argumentales seguidas por algunos sectores de la literatura jurídica francesa en sus primeras tomas de postura ante el Cuerpo legal que en el siglo XXI ha sustituido al viejo *Code de commerce* del siglo XIX.

Baste a título de ejemplo subrayar, con mero propósito ejemplificativo, cómo Philippe Pétel, profesor de la Universidad de Montpellier, advierte que el nuevo Cuerpo normativo no está presidido por una idea que lo vertebre⁴³, por lo que, en definitiva, “*ne peut être décrit avec exactitude que dans les termes suivants: c’est une collection de quelques règles touchant au droit des entreprises et des affaires*”⁴⁴; o cómo Jean Hilaire, profesor emérito de la Universidad de Lyon III, tras hacerse eco de las justas críticas dirigidas al *Code* de 1807 (un Código adecuado a la economía del siglo XVIII y que, en cuanto tal, ya presentaba clamorosas lagunas en una normativa que en el momento de su promulgación debería haber resultado adecuada para regular el tráfico de una sociedad llamada a protagonizar las revoluciones industriales y financieras del siglo XIX), observa que el esfuerzo codificador desarrollado para sustituir al *Code* napoleónico no ha conducido más que a una codificación *de mínimos*, en la cual se han armonizado y, a lo sumo, “*puesto al día*” los contenidos del viejo Código y los de las leyes que los han complementado o acomodado a los cambios sociales y económicos,

⁴³ “*Monstre juridique? En tout cas, certainement pas une oeuvre de rationalisation*” (cfr. « Décodification et recodification: un si mauvais Code? », en *1807-2007 Bicentenaire du Code de commerce: la transformation du Droit commercial sous l’impulsion de la jurisprudence*, Paris, 2007, pág. 31.

⁴⁴ *Op. et loc. ult. citis.*

pero en la que no se ha manifestado el ánimo de configurar un “*Derecho nuevo*”, sino el de ofrecer con un nuevo texto legal un simple instrumento ordenado a potenciar la comodidad y la seguridad de la vida jurídica al permitir alcanzar con mayor facilidad el conocimiento de las disposiciones legales en vigor⁴⁵.

Partiendo de esta misma idea Hervé Moysan, doctor en Derecho y director de *Lexis-Nexis France*, advierte que, si bien el Estado debe perseguir los objetivos de hacer accesibles e inteligibles las leyes, no se encuentra obligado a agruparlas en *textos consolidados*, pese a la función práctica que tales instrumentos podrían desempeñar sin duda alguna. Las compilaciones o textos consolidados, por las exigencias de exhaustividad y permanente actualización que les son inherentes, resultan inadecuados como producto de la actividad propia de los legisladores, y su elaboración corresponde a la doctrina científica o, incluso, a las editoriales jurídicas⁴⁶.

Y concluimos esta breve reseña de la crítica dirigida contra el *nouveau Code de commerce* por algunos sectores del pensamiento jurídico francés con el apunte de la expresión de perplejidad del profesor de la Universidad católica de Lovaina François T’Kint ante el empeño en codificar un Derecho sometido al constante cambio impuesto por el “frenesí legislativo”⁴⁷, y la valoración particularmente dura de la obra del año 2000 por parte de los profesores de la Universidad de París II, Dominique Bureau y Nicolas Molfessis, publicada el año 2001 en el *Recueil Dalloz*⁴⁸.

Éstos últimos autores, reconociendo de partida que la dispersión de la actual regulación mercantil justifica la empresa de una codificación contemporánea, ponen de relieve que los limitados objetivos perseguidos (con ella no se persigue en lo esencial más que facilitar el conocimiento de la normativa vigente, o incluso evitar o minorar la existencia de contradicciones o conflictos entre los contenidos de tal regulación) no han sido satisfactoria o plenamente alcanzados en el *nouveau Code de commerce*, puesto que en él se aprecian lagunas que merecen ser mencionadas, como la ausencia en su articulado del contenido de leyes que continuarán regulando *extravagamment* (fuera o al margen del Código) relevantes sectores de la actividad mercantil, tal como cabe apreciar en los casos, entre otros varios sin duda de especial importancia, del transporte marítimo o de las actividades extractivas (la pesca) realizadas en el mar. Y, aun cuando sea descendiendo a un plano menor, los profesores de París consideran oportuno resaltar el problema que originará a los destinados a utilizar el *Nouveau Code* verse obligados a

⁴⁵ Vid. “Genese et destin du Code de commerce de 1807”, en http://www.univ-montp1.fr/content/download/21176/189219/version/2/file/genese_destin_jean_hilaire.pdf, p. 15 y ss. (consultada por última vez el 1 de octubre de 2014).

⁴⁶ Vid. “La consolidation des codes, lois, décrets: positions doctrinales d’éditeurs ou devoir de l’État (objectif de valeur constitutionnelle d’intelligibilité et d’accessibilité de la loi)?”, en <http://www.frlii.org/spip.php?article68> (consultada por última vez el 1 de octubre de 2014). Este autor hace amplia referencia, en este mismo trabajo (pág. 6, nota 25), a « *les très vives critiques émises par la doctrine à l’encontre de l’entreprise de codification menée depuis 1989* »

⁴⁷ “On ne peut que partager la perplexité de l’universitaire devant ce qui a été qualifié de frénésie cadificatrice, spécialement lorsqu’il s’agit de codifier a droit constant” (cfr. “Conclusion”, en “1807-2007 Bicentenaire du Code de commerce”, *op. cit.*, p. 189).

⁴⁸ Bureau y Molfessis sintetizan su valoración del Cuerpo legal que ha venido a sustituir en Francia, a partir del año 2000, al viejo texto del Código de 1807 con una expresiva e hiriente rúbrica: “*Le nouveau Code de commerce? Une mystification (Recueil Dalloz, Doctrine, 2001, col. 361-369).*”

su adaptación a “*a los nuevos artículos*” con un nuevo esfuerzo no exento de dificultades.

Desde luego no todas las críticas con que algunos sectores de la literatura jurídica francesa han recibido al nuevo *Code de Commerce* son trasladables al proyectado Código Mercantil español. Buen número de ellas, ya queda apuntado, particularmente las referidas al procedimiento legislativo adoptado para la aprobación de aquel Cuerpo legal, carecen de sentido en relación a lo que llegaría a ser nuestro Código. Pero otras sí cabría que cobraran pleno sentido dentro del marco de una reflexión sobre éste, como es el caso de las referidas al reducido valor, o incluso a la disfuncionalidad, de las compilaciones legislativas efectuadas por el legislador, o al carácter incompleto de la compilación llevada a cabo en el *nouveau Code* francés, también evidenciado en el Anteproyecto español, en el cual resultan destacadamente ausentes (por limitar la llamada de atención que aquí avanzamos a estas dos tan significativas) la normativa concursal⁴⁹ o la referente al contrato de transporte marítimo⁵⁰.

⁴⁹ Su ausencia (que contrasta con la llamada a la necesidad de incluir la regulación del *Droit des faillites* al reflexionar sobre la codificación efectuada por BRUNO COTTE, –*vid.* “*Avant-Propos*” de 1807-2007 *Bicentenaire du Code de commerce*, cit, pág. III-) se ha considerado justificable en función de este doble orden de consideraciones: (i) De una parte porque “*la regulación en un solo texto legal*” (y no separadamente en los Códigos civil y de comercio y en la Ley de Enjuiciamiento Civil) “*de los aspectos materiales y procesales del concurso*” responde al “*principio de unidad legal*” ya acogido por la Ley 22/2003, de 22 de julio, *concurzal* (*vid.* apartado II de la Exposición de motivos de ésta). (ii) De otra, y fundamentalmente, porque la superación en el Derecho español (cfr. art. 1.1 de la *Ley concursal*), de conformidad a lo que requiere el *principio de unidad de disciplina*, de la vieja diferenciación entre el tratamiento concursal de los *comerciantes* y el de los *no comerciantes*, tiene la consecuencia de que, al ser *común* la normativa concursal, no resultaría procedente su inclusión entre las disposiciones *especiales* del Código Mercantil.

Pero quizá no sean suficientemente concluyentes ni una ni otra argumentación. La primera, que hace valer en defensa de la opción tomada por el Anteproyecto del Código Mercantil la anteriormente asumida por la *Ley Concursal*, no explica suficientemente por qué en este punto se ha seguido la línea de incorporar al nuevo Código la regulación de otros textos en los que, como en la indicada Ley, se incluyen junto a las materiales normas adjetivas o procesales (así ocurre, por poner de relieve dos supuestos particularmente relevantes, en lo referente a la *impugnación de acuerdos sociales* –Sección 3ª del Capítulo IV del Título I del Libro II- o a los *procedimientos judiciales* a través de los que pueden ejercitarse *las acciones derivadas de un título de crédito* –Sección 7ª del Capítulo VIII del Título III del Libro VI-). La segunda, que aduce para justificar la exclusión del cuerpo del *Código Mercantil* propuesto de la normativa concursal el carácter *común* de ésta, se desvía del criterio apuntado en la disposición final 32ª de la *Ley Concursal*, que ampara la competencia legislativa estatal para el dictado de ésta tanto en el art. 149.1.8ª como en el art. 149.1.6ª de la Constitución, de conformidad con el reconocimiento por su *Exposición de Motivos* de que no cabe “*ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio (llevarza obligatoria de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación*”, y se aparta de lo precisado en la Orden Ministerial de 7 de noviembre de 2006 respecto de los trabajos encomendados a la Comisión General de Codificación para la redacción del texto que habría de sustituir al Código de Comercio de 1885, puesto que no integra en aquél toda la legislación de naturaleza mercantil.

⁵⁰ Esta última simplemente remitida por el proyectado art. 562-1, único integrante del Capítulo II del Título VI del Libro V, a “*su regulación específica*”; es decir, a una normativa *extravagante*, lo cual daría lugar en el mismo instante de la promulgación del Código a la *descodificación* de la disciplina de las materias contempladas en él.

No nos resistimos a poner de relieve, con énfasis especial, cómo el ritmo frenético de los cambios legislativos que vivimos en nuestros días habría de acarrear, casi inevitablemente, la obsolescencia de buena parte del contenido del proyectado Código Mercantil al poco, muy poco, tiempo de su publicación en el Boletín Oficial del Estado si ésta llegara a producirse. Baste observar que, en caso de que se hubiera aprobado el Código por las Cortes o el correspondiente Proyecto de Ley por el Gobierno con anterioridad a las respectivas fechas, v. gr., de la Ley 10/2014, de 28 de junio, *de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito* o del Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, *de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficacia* (cuya cita se realiza, sin pretensión alguna de exhaustividad, sólo en cuanto en estas disposiciones de rango legal se incluyen preceptos que inciden, aun cuando en algún caso sea sólo tangencialmente, sobre diversos contenidos del proyectado Código Mercantil), tal efecto habría resultado particularmente apreciable, por lo que, desde luego, para que el nuevo Código no naciera obsoleto, lo que a todas luces sería inadmisibles, habría ya que introducir modificaciones en el texto del Anteproyecto. Y que no es aventurado en modo alguno pensar que situaciones semejantes se plantearán con enojosa frecuencia en próximos años, en inmediatos meses o quizá hasta en cercanos días, lo que forzaría al legislador, si se aspira a que la compilación normativa alumbrada conserve algún valor, a realizar una continua tarea propia de Penélope, y casi tan infructuosa como la una y otra vez afrontada por la mitológica heroína helena para concluir la obra de su telar.

4. UNA REFLEXIÓN FINAL

Concluamos apuntando una advertencia sobre el que valoramos como más peligroso escollo que, conforme a una no demasiado aventurada conjetura, habría de sortear en el curso de su eventual tramitación parlamentaria el proyecto de Código.

La Exposición de Motivos que lo antecede proclama que “[l]os postulados de la nueva constitución económica en el marco de la economía de mercado, que imponen la unidad de éste y explican la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, aconsejan [...] la clara delimitación de ésta y la integración de [su] normativa reguladora⁵¹. A esos fines, el Código resulta el instrumento de política legislativa más adecuado. Cuando parecía superado el movimiento codificador, renace actualmente como recurso unificador (un mismo Código para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional), que acota con criterio unitario la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula⁵². Conforme a esta idea esencial, para Bercovitz clave de la tarea emprendida⁵³, la disposición final novena del Código Mercantil establecería que éste “*se dicta en virtud de la competencia estatal exclusiva en materia de legislación mercantil y legislación procesal establecida en el*

⁵¹ Cfr. I.6.

⁵² Cfr. I.7.

⁵³ Vid. “Acerca del nuevo Código Mercantil”, cit., pág. 29.

artículo 149.1-6ª de la Constitución”, invocación que consideramos no se efectúa con la amplitud adecuada para cubrir la competencia del Estado en orden a la promulgación de todas las disposiciones de rango legal que habría de contener el proyectado Código Mercantil. Baste la referencia, también de carácter no cerrado, a la inclusión en él de normas sobre la dependencia del Ministerio de Justicia del Registro Mercantil y su radicación territorial (artículos 140-1.2 y 140-3) así como sobre su llevanza por funcionarios públicos, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles (artículo 140-4), materias en relación con las cuales habría de fundarse la exclusiva competencia legiferante estatal en el artículo 149.1.8ª de la Constitución⁵⁴; sobre la propiedad industrial (Título VI del Libro Tercero), materia sobre la que procedería la invocación de la norma competencial recogida en el artículo 149.1.9ª de la *Ley de leyes*;...

Valoramos como el que sería el principal mérito del proyectado nuevo Código Mercantil su incardinación en la competencia exclusiva del Estado sobre un sector normativo, el de la legislación mercantil, cuya disgregación en competencias autonómicas pondría en peligro (si se nos permite una triste profecía destruiría casi indefectiblemente) la unidad del mercado nacional, base sobre la que se han construido los Estados de nuestro tiempo; valga decir, se han construido secularmente los Estados. Pero la exacerbación en nuestro país de sentimientos y movimientos políticos de marcado carácter nacional-localista, asumidos y defendidos por fuerzas políticas firmemente, cuando no hegemónicamente, implantadas en algunas de sus tradicionales divisiones territoriales (reinos, países y regiones; *nacionalidades* cuando así han llegado a definirse haciendo uso del término recogido, a nuestro parecer con no demasiada fortuna, en el artículo 2 de la Constitución), hace fácil augurar que, precisamente por la trascendencia que en la afirmación del Estado Nacional habría de revestir el Código, su aprobación por las Cortes Generales encontraría muchas dificultades. O, si se quiere (dado que la actual correlación de fuerzas en las cámaras permitiría en un plano formal superar tales dificultades), se enfrentaría en todo caso con una firme oposición que, en las actuales circunstancias de crisis económica, social, institucional y política, podría preferirse no suscitar.

Pero no desearíamos seguir augurando dificultades o problemas para el Anteproyecto del Código Mercantil en el curso de su *iter* legislativo; no es grato asumir el papel de Casandra. Y nunca los juristas debemos arrogarnos el arriesgado papel de profetas (sobre todo de profetas de futuro; el más confortable de los aurúspices que vaticinan los hechos de tiempos pasados presenta desde luego muchos menos peligros). Por ello abandonamos el resbaladizo camino hasta aquí apuntado y damos fin a estas primeras y quizás aventuradas reflexiones sometiendo las ideas sugeridas en ellas a cualquier opinión contraria mejor fundada en Derecho o más conocedora de los previsibles derroteros de la política española.

⁵⁴ Y respecto de las cuales no atribuye a las Comunidades Autónomas la posibilidad de asumir competencia alguna.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS SUJETOS INSCRIBIBLES Y LAS FUNCIONES DEL REGISTRO MERCANTIL EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO MERCANTIL

RAFAEL LA CASA GARCÍA*

Resumen

El presente estudio tiene como propósito fundamental el de determinar si la regulación del Registro Mercantil contenida en el Anteproyecto del Código Mercantil se compadece adecuadamente con la consideración del Derecho Mercantil que preside la mencionada iniciativa legislativa, de manera especial en lo concerniente a los sujetos inscribibles y a las funciones asignadas al mencionado instrumento de publicidad. Asimismo se pretende poner someramente de manifiesto las principales novedades que el Anteproyecto del Código Mercantil se propone introducir en la ordenación del Registro Mercantil, para lo cual se procede a una previa y sucinta exposición de la actual conformación positiva de dicho instituto, así como de las diversas propuestas habidas para su reforma.

Contenido

1. Planteamiento general. – 2. Los postulados de política jurídica sobre los que asienta el Anteproyecto del Código Mercantil – 3. Caracterización general sumaria del Registro Mercantil en el marco normativo vigente y propuestas para su reforma. – 4. La regulación del Registro Mercantil contenida en el Anteproyecto del Código Mercantil. – 4.1. Consideraciones generales. – 4.2. Los sujetos inscribibles. – 4.3. Las funciones del Registro Mercantil. – 5. Conclusión.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El presente estudio tiene como propósito fundamental el de determinar si la regulación del Registro Mercantil contenida en el Anteproyecto del Código Mercantil se compadece adecuadamente con la consideración del Derecho Mercantil bajo la faz completamente nueva que supuestamente preside la mencionada iniciativa legislativa, según se indica enfáticamente en su Exposición de Motivos, de manera especial en lo concerniente a los sujetos inscribibles y a las funciones asignadas al mencionado instrumento de publicidad al servicio de la seguridad jurídica.

* Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Sevilla.

Asimismo se pretende poner someramente de manifiesto las principales novedades que el Anteproyecto del Código Mercantil se propone introducir en la regulación del Registro Mercantil, en orden a lo cual se procede a una previa y sucinta exposición de la actual conformación positiva de dicho instituto. Por lo demás, ha de tenerse presente que sobre dicha disciplina inciden también, en mayor o menor medida, otras propuestas normativas en curso, de diverso significado y alcance, que habrán de ser tenidas debidamente en consideración, por más que se encuentren aún en la fase inicial de su gestación, o incluso pueda pensarse que han sido abandonadas por completo. De igual modo, ha de reseñarse la reciente novedad que supone el hecho de que, a partir de la entrada en vigor en su totalidad de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, este último estará encomendado a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles que en cada momento tengan a su cargo las oficinas del Registro Mercantil, por razón de su competencia territorial, de modo que dichas oficinas se denominarán Oficinas del Registro Civil y Mercantil (disposición adicional vigésima, en relación con la disposición adicional decimonovena, Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia). Todo lo anterior viene a poner de manifiesto, en suma, que la propia configuración del Registro Mercantil viene siendo objeto de una especial atención en los últimos tiempos en el ámbito de la política legislativa.

2. LOS POSTULADOS DE POLÍTICA JURÍDICA SOBRE LOS QUE ASIENTA EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO MERCANTIL

Según se recoge en la disposición que formalizó el encargo de su elaboración (la Orden del Ministro de Justicia de 7 de noviembre de 2006), el nuevo Código Mercantil habrá de recoger la disciplina relativa a las relaciones jurídico-privadas vinculadas a las exigencias de la unidad de mercado, precisamente por la necesidad especialmente sentida de asegurar la efectiva vigencia de este último principio como consecuencia de la compleja organización territorial de la nación española. En consonancia con lo expuesto y como se indica de modo explícito en su propia Exposición de Motivos (vid. I-9), el proyectado Código Mercantil conforma el Derecho Mercantil como el Derecho privado propio del mercado, sobre la base de los postulados establecidos en nuestra Constitución económica, partiendo del que enmarca la materia mercantil en la economía de mercado y de la correlación entre la unidad de éste y la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil (vid., particularmente, arts. 38, 139 y 149.1.6ª CE)¹. De ahí que su articulado se abra con la declaración de que, en el marco constitucional de la economía de mercado, el Código Mercantil contiene las normas mercantiles que regulan el mercado de bienes y servicios en todo el territorio español, el estatuto de las personas incluidas en su ámbito y las actividades desarrolladas en el mercado (art. 001-1). A su vez el mercado se concibe como el

¹ Sobre esta moderna concepción del Derecho Mercantil resulta obligada la cita del pionero y sugerente trabajo del maestro OLIVENCIA, M., *De nuevo, la Lección 1ª. Sobre el concepto de la asignatura*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, *passim*.

ámbito en el que actúan los protagonistas del tráfico, cruzan ofertas y demandas de bienes y servicios, y entablan relaciones jurídico-privadas objeto de regulación especial. De esta manera, se concluye, frente a la concepción objetiva, basada en el acto de comercio, que preside el Código de Comercio de 1885, el Derecho Mercantil vuelve a ser, según el planteamiento acogido por el Anteproyecto del Código Mercantil, el Derecho de una clase de personas y de una clase de actividades, como lo fue en su origen, al que retornan las más modernas formulaciones positivas (vid. Exposición de Motivos, I-10).

Por su parte, los protagonistas del tráfico se clasifican en productores de bienes y prestadores de servicios, de un lado, y consumidores, de otro. De ellos, sólo los primeros se conciben como operadores del mercado sujetos al proyectado Código Mercantil. Bajo dicha relativamente novedosa locución, cuya significado jurídico se antoja un tanto difuso, quedan englobados, fundamentalmente, los propios empresarios (incluso cuando se dediquen a actividades tradicionalmente excluidas del Derecho Mercantil por razones históricas, plenamente superadas en la actualidad, como la agricultura o la artesanía, pues se estima que, por exigencia del principio de unidad de mercado, la empresa, como organización económica de producción de bienes o prestación de servicios no puede quedar ya restringida a lo comercial, según la concepción de dicho ámbito contenida en el Código de Comercio de 1885), así como también otros sujetos que, no siendo empresarios desde el punto de vista económico, dada la naturaleza intelectual de los bienes que producen o de los servicios que prestan (científicos, artísticos, liberales), han de incluirse asimismo entre los operadores sujetos al proyectado Código Mercantil, donde igualmente encuentran cabida las personas jurídicas que, cualquiera que sea su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en el referido cuerpo normativo, e incluso los entes sin personalidad jurídica por medio de los cuales se realicen aquéllas. Como justificación de dicha orientación de política legislativa se aduce que la expresada equiparación se ha producido ya no sólo en el Derecho de la Unión Europea, que forma parte de nuestro Ordenamiento, sino en el de origen estatal, como sucede con el Derecho industrial y el Derecho de protección de los consumidores (vid. Exposición de Motivos, I-11, I-12 y I-15, en relación con lo previsto, por ejemplo, en el art. 3.1 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, y en la disposición adicional cuarta.1 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia)². Esto es, frente al planteamiento que preside el

² No poca influencia cabe suponer que habrá ejercido en el planteamiento seguido en este punto la circunstancia de recaer la Presidencia de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación (la cual, por medio de la antedicha Orden de 7 de noviembre de 2006, recibió del Ministro de Justicia el encargo de la elaboración de un nuevo Código Mercantil), en un ilustre mercantilista, el profesor Alberto Bercovitz, que constituye el principal valedor en nuestro país de la introducción de la noción de operador económico (en este sentido, para dicho autor resultan merecedores de tal consideración todas las personas que realizan operaciones en el mercado, tanto desde el lado de la oferta como desde el lado de la demanda, busquen o no busquen un lucro con su actuación y tengan o no tengan una organización para participar en el mercado, si bien excluye de tal calificación a los consumidores personas físicas; vid. BERCOVITZ, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, 13ª edición, Thomson-Aranzadi, Elcano, 2012, pp. 132-139 y 215-220). También con anterioridad a la finalización de los trabajos que han culminado en la elaboración del Anteproyecto del Código Mercantil se atribuía la consideración de operadores económicos a aquellos sujetos que obtienen recursos en el mercado, los emplean en dicho ámbito para cumplir sus fines, disponen presumiblemente de una fuerza laboral y han

vigente Código de Comercio, el Anteproyecto del Código Mercantil viene a representar una ampliación del perímetro de los sujetos sometidos a las normas mercantiles³.

Con todo, es preciso tener presente que el estatuto mercantil (esto es, el conjunto de normas que establecen especiales derechos y obligaciones para las personas así calificadas, en función de la titularidad jurídica de una empresa y de la actividad que a través de ésta realizan para el mercado, en el que se integran las disposiciones sobre régimen jurídico-privado de la empresa, responsabilidad y representación de su titular, Registro Mercantil y contabilidad, así como, en su conjunto, el Derecho de sociedades mercantiles) es aplicable plenamente al empresario, como figura central que sigue siendo en el ámbito mercantil. En cambio, estas normas legales sólo extienden su aplicación a los demás operadores del mercado incluidos en el ámbito subjetivo del proyectado Código Mercantil en la medida en que no existan otras que les sean específicamente aplicables por razón de la naturaleza de la persona, de la materia o de la índole de sus actividades.

3. CARACTERIZACIÓN GENERAL SUMARIA DEL REGISTRO MERCANTIL EN EL MARCO NORMATIVO VIGENTE Y PROPUESTAS PARA SU REFORMA

Como consecuencia de un prolongado proceso de pérdida progresiva de su carácter diferenciador, el llamado estatuto jurídico del empresario ha quedado reducido finalmente en la actualidad a unas pocas especialidades, en vivo contraste con lo sucedido en otros tiempos, a saber: el deber de llevanza de contabilidad (vid., especialmente, arts. 25 a 49 Cco), y la obligación o, en su caso, la mera facultad de utilizar un instrumento oficial de publicidad, el Registro Mercantil (vid., sobre todo, arts. 16 a 24 Cco y Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil). A lo expresado cabe agregar la relevancia de la condición de comerciante en orden a la calificación de determinados contratos en que sea parte dicho sujeto como contratos mercantiles (arts. 239, 244, 303 y 311 Cco). Así pues, en el marco normativo examinado el Registro Mercantil constituye un instituto que se encuentra estrechamente vinculado al estatuto jurídico del empresario.

Por lo que respecta a su caracterización en el Derecho todavía vigente, cabe reseñar muy sucintamente, de antemano, que el Registro Mercantil pertenece a la categoría de los registros de seguridad jurídica, impropriamente denominados jurídicos, frente a los cuales se suele contraponer la categoría integrada por los registros de

de racionalizar su conducta con arreglo a procedimientos de gestión contables típicos de los sujetos actuantes en el mercado: así, por ejemplo, respecto de las fundaciones, EMBID, J. M., "Gobierno de la fundación", en VV. AA., *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, MUÑOZ MACHADO-CRUZ AMORÓS-DE LORENZO (dirs.), Fundación ONCE-Iustel, Madrid, 2005, pp. 362 y 401-402.

³ OLIVENCIA, M., "El Título Preliminar de la Propuesta de Código Mercantil", RDM, núm. 290, pp. 18-23, y, en un sentido crítico, GONDRA, J. M., "La deconstrucción del concepto de Derecho Mercantil en aras de la unidad de mercado", RDM, núm. 290, pp. 33-35.

información administrativa, llamados asimismo de modo inexacto administrativos. Tal es, según la doctrina más autorizada, la *summa divisio* existente en el ámbito registral, que ha venido a precisarse en razón del diverso carácter que poseen y de las diferentes finalidades que persiguen ambos tipos de registros⁴. De los primeramente mencionados suele destacarse que tienen como finalidad principal la consistente en dotar de certidumbre las relaciones entre particulares, de modo que constituyen instrumentos al servicio de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE)⁵; por su parte, de la segunda clase de registros acostumbra a subrayarse que constituyen instrumentos al servicio de la Administración, ya que su razón de ser reside en proporcionar determinada información en orden al adecuado desenvolvimiento de diversas funciones confiadas a los propios poderes públicos, entre las que sobresalen las de policía, fomento y servicio público, así como las más recientes de gestión industrial, planificación y arbitraje, todo lo cual lleva a poner de manifiesto que los registros de información administrativa coadyuvan a la realización de los principios de objetividad y eficacia administrativas (art. 103.1 CE)⁶.

Sentado lo anterior, es opinión unánime que el Registro Mercantil constituye un acabado modelo de registro de seguridad jurídica, toda vez que su funcionalidad descansa, en esencia, en la atribución de una especial eficacia frente a terceros a los asientos registrales practicados, tras el oportuno control de legalidad verificado por medio de la calificación registral, que a su vez permite conferir a lo inscrito una presunción de exactitud y validez, todo ello en relación con la posibilidad de conocimiento del contenido del registro que tienen reconocida los mencionados terceros. Por lo demás, las situaciones jurídicas cuya publicidad representa la razón de ser del Registro Mercantil son las referidas fundamentalmente a determinados actos y contratos relativos a los empresarios, pues el Registro Mercantil es el registro de una clase de personas, de acuerdo con lo cual su llevanza se realiza mediante el sistema de hoja personal.

Pues bien, lo cierto es que, en el régimen vigente, el Registro Mercantil no acoge en su seno a la totalidad de los sujetos merecedores de la calificación de comerciantes (o empresarios mercantiles, según la terminología más moderna).

Por un lado, existen sujetos que pueden llevar a cabo con habitualidad actividades mercantiles en nombre propio, en cuyo caso resultarán merecedores de la calificación de comerciantes, según se reconoce de forma pacífica, no obstante lo cual tienen vedado el acceso al Registro Mercantil, como consecuencia de la vigencia del principio de *numerus clausus* de sujetos inscribibles, por cuya virtud la inscripción no puede llevarse a cabo sin una explícita previsión normativa que la autorice o la imponga (art. 16 Cco; asimismo, sobre el tema, vid. STS, 3ª, 24 febrero 2000). Tal es el caso, por

⁴ En relación con la distinción efectuada en el texto, se señala que, más allá del rasgo común consistente en servir de medios ordenados a proporcionar una serie de datos, las divergencias de fondo existentes entre ambas clases de registros son tan acentuadas que impiden de todo punto la elaboración de una teoría general comprensiva de los mismos: en el sentido indicado, entre otros, PAU PEDRÓN, A., *Elementos de Derecho Hipotecario*, 2ª edición, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, pp. 15-17, e, *in extenso*, LEYVA, J. A., “Planteamiento general de los registros públicos y su división en registros administrativos y judiciales”, RCDI, núm. 591, 1989, pp. 261-308.

⁵ PAU PEDRÓN, A., op. cit., pp. 17-22.

⁶ PAU PEDRÓN, A., op. cit., pp. 15-17.

ejemplo, de las fundaciones que desarrollen actividades empresariales, cuyo ejercicio se encuentra autorizado con arreglo a ciertos límites y condiciones (vid., por lo que respecta a la regulación estatal, art. 24 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones), o de las asociaciones que puedan llevar a cabo la mencionada clase de actividades, de conformidad con los requisitos establecidos al efecto (vid., en el ámbito de la normativa estatal, art. 13.2 Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación)⁷. E incluso de las propias cooperativas, cuya consideración como sociedades mercantiles se encuentra ampliamente extendida en la doctrina (aun cuando no quepa desconocer el enconado debate existente sobre tan controvertida cuestión, en el que no es posible detenerse, y, sobre todo, el inconcuso dato de la competencia legislativa sobre esta clase de sociedades que tiene estatutariamente reconocida la totalidad de las Comunidades Autónomas), a pesar de lo cual sólo se contempla la inscripción en el Registro Mercantil de las cooperativas de crédito y de las cooperativas y mutuas de seguros (art. 16.1.3º Cco)⁸. Por lo demás, nótese que, en todos los casos, las entidades mencionadas cuentan con instrumentos específicos de publicidad registral, caracterizados principalmente por su carácter plural, que ha terminado por propiciar a la postre una indeseable fragmentación registral, con grave menoscabo de la seguridad jurídica. Semejante estado de cosas deriva principalmente de la confluencia de competencias estatales y autonómicas sobre fundaciones, asociaciones y cooperativas (al amparo de lo previsto en el art. 149.3 CE), cuya formulación positiva ha llevado a tener que distinguir cuáles de dichas entidades deben considerarse de competencia estatal y cuáles de competencia autonómica, previéndose al efecto su inscripción en diferentes registros (estatales o autonómicos) en función de la respectiva condición que posean⁹.

Por otro lado, no cabe desconocer tampoco que en el elenco de sujetos cuya inscripción en el Registro Mercantil reviste carácter obligatorio, o meramente potestativo, se incluyen algunos respecto de los cuales su consideración como comerciantes resulta, cuando menos, harto discutible, como es el caso de los fondos de inversión y de los fondos de pensiones (art. 16.1.4º Cco), de las sociedades civiles

⁷ En general, sobre el tema, LA CASA, R., "El ejercicio de actividades económicas por asociaciones y fundaciones", *DN*, núm. 153, 2003, pp. 1-20.

⁸ A tal propósito ha de reseñarse que, dentro de la relación de los sujetos inscribibles en el Registro Mercantil, se encuentran comprendidas, como no podía ser menos, las sociedades mercantiles (art. 16.1.2º Cco), cuyo elenco comprende los siguientes tipos: sociedad regular colectiva; sociedad comanditaria, simple o por acciones; sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada (art. 122 Cco). Por su parte, la inscripción de las sociedades de garantía recíproca, las agrupaciones de interés económico y las sociedades civiles profesionales, así como la de las entidades de crédito y seguros y las instituciones de inversión colectiva que posean naturaleza societaria, se encuentran contempladas en otros apartados (art. 16.1.3º, 4º, 6º y 7º Cco).

⁹ En lo que atañe exclusivamente a la regulación estatal, la disciplina registral de las mencionadas entidades se encuentra recogida fundamentalmente en las siguientes disposiciones, a saber: por lo que respecta a las fundaciones, artículos 36 y 37 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal; en relación con las asociaciones, artículos 24 a 30 Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, y Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones; en fin, por lo que concierne a las sociedades cooperativas, Real Decreto 136/2002, de 1 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas.

profesionales (art. 16.1.7º Cco), o de los profesionales a los efectos de la asunción de la condición de emprendedor de responsabilidad limitada (arts. 7 a 11 Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización).

En definitiva, la aseveración de que el Registro Mercantil representa el medio de publicidad registral de los comerciantes no es completamente exacta, ya que no todos los sujetos merecedores de tal calificación tienen acceso al mismo, al tiempo que se previene igualmente la inscripción de sujetos carentes de la expresada condición. Por lo demás, no cabe ignorar la existencia de sujetos que desarrollan una destacada actuación en el tráfico que se encuentran ayunos de instrumentos de publicidad registral, como es el caso de las sociedades civiles (con la excepción, antes mencionada, de las sociedades civiles profesionales, vid. art. 16.1.7º Cco), o cuya publicidad se articula a través de instrumentos específicos, extramuros del Registro Mercantil, como se ha señalado con anterioridad respecto de cooperativas (salvo las de crédito y seguro), fundaciones y asociaciones. Al cabo, no puede causar extrañeza que el estado de cosas sucintamente descrito haya terminado por plantear, en el plano de la política legislativa, el complejo problema de la propia determinación de la nómina de sujetos que deban, o simplemente puedan, inscribirse en el Registro Mercantil.

Pues bien, en relación con la cuestión últimamente apuntada ha de dejarse finalmente constancia de la fundada aspiración, sostenida por un autorizado sector doctrinal, de unificar en un renovado Registro Mercantil la publicidad de todas las formas jurídicas de organización que actúan en el tráfico¹⁰. Téngase en cuenta, al efecto, que una de las principales razones que sustentan la antedicha configuración del Registro Mercantil reside precisamente en la constatación de las graves deficiencias de que adolece el régimen de publicidad registral previsto para determinadas entidades que tienen una destacada presencia en el ámbito de las relaciones patrimoniales. Según esta orientación de política legislativa, el Registro Mercantil tendría que dejar de ser, pues, el instrumento de publicidad registral propio de los empresarios para pasar a convertirse en el de la totalidad de los operadores económicos.

Por lo demás, sobre los extremos examinados han venido a incidir determinadas iniciativas de reforma del régimen del Registro Mercantil, que se encuentran ciertamente aún en una fase embrionaria, por lo que su propia culminación se presenta en la actualidad harto incierta, máxime si se tiene en cuenta adicionalmente que han venido a entrecruzarse en su gestación con el propio Anteproyecto del Código Mercantil.

¹⁰ En el sentido indicado, por ejemplo, BERCOVITZ, A., op. cit., pp. 134-135 y 222, y VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 197; con matices, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El nuevo registro mercantil: sujeto y función mercantil registral: crítica general sobre su ámbito institucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1990, pp. 80-82. Sobre el tema, GONZÁLEZ-MENESES, M., “Principios y fundamentos del Registro Mercantil”, en VV. AA., *Instituciones de Derecho Privado*, DELGADO DE MIGUEL (coord.), tomo VI, vol. 5º, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 286-295.

En este sentido, cabe reseñar primeramente que, en alguno de los Borradores que han circulado de Anteproyecto de Ley de Reforma Integral de los Registros¹¹, se pretende que el Registro Mercantil participe del proceso de integración registral que constituye uno de los principales objetivos de la mencionada propuesta normativa. A tal propósito se prevé que, como Registro Mercantil y de Entidades Jurídicas, puedan atribuirse al Registro Mercantil competente, de un lado, la llevanza de los Registros de fundaciones, asociaciones, sociedades agrarias de transformación y cooperativas de Derecho estatal, en virtud de lo previsto en la respectiva ley reguladora y en el correspondiente reglamento de desarrollo, y, de otro, la llevanza de los Registros de fundaciones, asociaciones, sociedades agrarias de transformación y cooperativas de Derecho autonómico, de acuerdo con lo estatuido en la respectiva legislación autonómica o por encomienda de gestión convenida entre el Ministerio de Justicia y la Administración autonómica competente. Las funciones que, como Registro Mercantil y de Entidades Jurídicas, se confiriesen al Registro Mercantil por decisión de la Comunidad Autónoma competente habrían de ejercitarse bajo su supervisión y dependencia, conforme a lo previsto en los términos del concreto instrumento de atribución competencial o encomienda de gestión.

Por su parte, enmarcado sustancialmente en la línea indicada, si bien en este caso desde una perspectiva ya no general, sino estrictamente particular, el Anteproyecto de Ley de Fundaciones (que fue informado en el Consejo de Ministros de 29 de agosto de 2014) confía al Registro Mercantil la llevanza del Registro de Fundaciones, que pasa a configurarse como un registro único en el que estarán inscritas todas las fundaciones que desarrollen su actividad en el territorio del Estado español, con lo que vendrán a eliminarse las duplicidades derivadas de la existencia de múltiples registros de fundaciones, con el consiguiente ahorro en los costes de la actividad administrativa; por lo demás, dicho registro será público y dependerá del Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Asimismo, como aspecto de significativa relevancia, se prevé que las fundaciones se inscriban en la sección especial del Registro Mercantil correspondiente a su domicilio, remitiéndose al desarrollo reglamentario la determinación de la estructura y funcionamiento del Registro de Fundaciones, que se regirá, en todo lo no regulado especialmente, por el Código de Comercio y el Reglamento del Registro Mercantil¹².

¹¹ El texto del mencionado borrador puede consultarse, entre otros lugares, en <http://www.notariosyregistradores.com/CORTOS/2012/borrador-reforma-registros.pdf>; no está de más señalar que la iniciativa legislativa comentada ha originado un encendido debate, no exento de marcados tintes corporativos.

¹² El texto del citado Anteproyecto de Ley de Fundaciones puede consultarse en la página *web* del Ministerio de Justicia. También en la mencionada ubicación se encuentra recogida la Propuesta de reforma de la Ley Fundaciones elaborada, con fecha 12 de septiembre de 2012, por la Sección especial, creada al efecto en la Comisión General de Codificación, para la revisión del sistema de protectorado e inscripción de las Fundaciones.

4. LA REGULACIÓN DEL REGISTRO MERCANTIL CONTENIDA EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO MERCANTIL

4.1. Consideraciones generales

En términos generales, cabe decir que la regulación del Registro Mercantil contenida en el Anteproyecto del Código Mercantil se sitúa en una línea de marcada continuidad con la vigente en la actualidad, en cuyos mismos principios consolidados se inspira esencialmente. En este sentido la normativa proyectada se limita a la revisión y modernización de ciertos extremos, en orden a lo cual se elevan a rango legal las normas que contienen los principios registrales; se actualiza el elenco de sujetos y actos inscribibles (debiendo apuntarse, como se habrá de comprobar seguidamente, que respecto del primero de los extremos mencionados se introducen importantes modificaciones, vid. *infra* 4.2); se mantiene el carácter obligatorio de las inscripciones, a las que, como regla general, se atribuye mera eficacia declarativa; se instauro el acceso electrónico a la publicidad registral, con la consiguiente y lógica supresión de la publicación de los extractos de las inscripciones en el Boletín Oficial del Registro Mercantil; y se potencia, en fin, la institución ampliando las funciones no registrales que se le atribuyen, continuando así un proceso iniciado por la Ley 19/1989, de 25 de julio, por ejemplo, en lo concerniente a la convocatoria de la junta de socios en los casos legalmente establecidos (Exposición de Motivos, II-16). En orden a la facilitación del conocimiento del contenido del Registro Mercantil merece destacarse la creación de la llamada plataforma electrónica central, que permitirá el acceso público a su consulta, y el soporte electrónico para la hoja individual en el sistema de llevanza, para la constancia del documento inscribible o para la expedición de certificaciones o notas informativas (Exposición de Motivos, II-17)

Asimismo, no obstante reconocerse el cumplimiento satisfactorio de la función para la que fue creado, el Registro Mercantil Central está llamado a experimentar una sustancial transformación que, en buena medida, es consecuencia de la creación, al margen de dicho Registro, de un Fichero Localizador de Entidades Inscritas. A tal propósito se considera que el acceso telemático a este Fichero no sólo priva de sentido a la publicación de los extractos de inscripción en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, sino también a un organismo concebido esencialmente como órgano de enlace entre los Registros mercantiles territoriales y dicho periódico oficial. De este modo, quedan reducidas las funciones del Registro Mercantil Central a la llevanza del registro de denominaciones de sociedades y entidades inscritas en los Registros mercantiles territoriales y a la comunicación a la Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión Europea de los datos exigidos por la normativa de la Unión sobre sociedad anónima europea y sobre sociedad cooperativa europea (Exposición de Motivos, II-16).

4.2. Los sujetos inscribibles

Como ha habido oportunidad de adelantar en el epígrafe precedente, en este punto el Anteproyecto del Código Mercantil pretende, según sus redactores, proceder

simplemente a una mera actualización de la relación de sujetos inscribibles. Sin embargo, la plasmación positiva de dicho propósito va más allá de lo confesadamente perseguido, toda vez que vienen a introducirse relevantes innovaciones sobre el particular examinado.

En este sentido ha de reseñarse que la ordenación proyectada comienza por precisar lo siguiente: “*El Registro Mercantil es el instrumento de publicidad jurídica de los empresarios, así como de las personas y entidades, de los actos y contratos y de las resoluciones judiciales y administrativas que sean inscribibles*” (art. 140-1-1). De antemano, pues, ha de notarse la intención de ajustar el elenco de sujetos inscribibles al propio ámbito subjetivo de aplicación del Código Mercantil, a cuyas normas quedan sometidos, como se sabe, la generalidad de los operadores del mercado (art. 001-2). Esto es, en consonancia con la ampliación del perímetro subjetivo de la legislación mercantil, el Registro Mercantil queda formalmente configurado, por más que no se declare explícitamente, como el instrumento de publicidad jurídica de los operadores del mercado (que constituyen una categoría en cuyo seno encuentran cabida, entre otros sujetos, los empresarios, sin duda los operadores del mercado de mayor significación y relevancia).

Para que el expresado designio no resulte a la postre una declaración huera, carente de verdadero contenido, debe convenirse que resulta de todo punto precisa su adecuada plasmación en la propia enumeración de sujetos inscribibles (que debe ponerse a su vez en relación con el carácter obligatorio de las inscripciones, que sólo se exceptúa respecto de los empresarios individuales, salvo lo dispuesto a su vez para el emprendedor de responsabilidad limitada, vid. arts. 140-5.1 y 140-15), donde se sigue manteniendo el principio de *numerus clausus* (art. 140-2). Pues bien, la comparación entre el contenido de este último precepto y la regulación todavía vigente al respecto (art. 16.1 Cco), permite constatar inicialmente que la principal novedad formal estriba en la previsión de la inscripción de los entes públicos que ejerzan una actividad empresarial, aunque sea de manera accesoria o instrumental (art. 140.2.1º.h)¹³. No obstante poseer las restantes innovaciones un menor calado, algunas de ellas merecen ser siquiera reseñadas, a saber: la expresa previsión de la inscripción de las sucursales de cualquiera de los sujetos inscribibles, así como de las que establezcan en España las sociedades o entidades extranjeras; la indicación de que asimismo podrán inscribirse entidades sin personalidad jurídica cuando así lo establezca la ley¹⁴; y, en fin, la referencia asimismo explícita a la inscripción de las sociedades anónimas europeas y de las sociedades cooperativas europeas domiciliadas en España.

Sin embargo de lo expuesto, la modificación de mayor trascendencia que se introduce en el ámbito analizado resulta de poner en relación la tradicional inclusión de las sociedades mercantiles entre los sujetos inscribibles en el Registro Mercantil, de un

¹³ En relación con dicha clase de entes, por lo que respecta a la ordenación estatal, vid. especialmente arts. 53 a 60 Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

¹⁴ En verdad, este último extremo no constituye una genuina novedad, por cuanto que en la actualidad se prevé expresamente, por ejemplo, la inscripción de los fondos de pensiones (art. 16.1.4º Cco), que carecen de personalidad jurídica (art. 11.1 Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre).

lado, y el elenco de tipos sociales a los que el Anteproyecto del Código Mercantil confiere naturaleza mercantil, de otro (arts. 140.-2.1º.b) y 211-1). A tal propósito, el último de los preceptos mencionados establece que son sociedades mercantiles las que tengan por objeto la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado y las que, cualquiera que sea su objeto, adopten algunos de los siguientes tipos (esto es, en lo que respecta a la nómina seguidamente expuesta rige el criterio de la mercantilidad por la forma, que experimenta una considerable ampliación de su extensión en relación con su formulación positiva actual, vid. art. 2 LSC), a saber: la sociedad colectiva, la sociedad comanditaria simple, la sociedad limitada, la sociedad anónima, la sociedad comanditaria por acciones, la sociedad cooperativa, la sociedad mutua de seguros y la sociedad de garantía recíproca; a lo que se agrega, en fin, que son también sociedades mercantiles aquéllas a las que la ley atribuya carácter mercantil.

Según puede observarse, frente a la relación de sociedades mercantiles contenida en el régimen vigente (art. 122 Cco), se ha optado además, como aspecto singularmente novedoso, por hacer expresa atribución de mercantilidad a otros tipos societarios (sociedades cooperativas, mutuas de seguros y sociedades de garantía recíproca) que dan cobertura jurídica, con estructura corporativa, a actividades empresariales organizadas con base mutualista, con independencia de que su regulación esté contenida extramuros del Código Mercantil, habida cuenta de que, tanto la especialidad tipológica, como otras consideraciones de índole competencial, no aconsejaban su inclusión en él, más allá de algunas alusiones episódicas (como, por ejemplo, las que se establecen en el régimen registral, vid. arts. 140-13.b) y 140.12.2; sobre el tema, Exposición de Motivos, III-11). Al respecto no puede menos que dejarse constancia de que, en términos generales, la explícita calificación de las sociedades cooperativas como sociedades mercantiles está llamada a tener, si finalmente llega a alcanzar vigencia normativa, una acusada incidencia sobre la normativa autonómica de dicha clase de entidades, hasta el punto de poner en entredicho la propia constitucionalidad de muchos de sus aspectos (*ex* art. 149.1.6ª CE), al tiempo que, de modo particular, la previsión de la inscripción de las sociedades cooperativas en el Registro Mercantil lleva derechamente a cuestionar el sentido de la vigencia de los registros específicos de cooperativas actualmente existentes, tanto en el ámbito estatal, como en el autonómico.

Como ha podido comprobarse, por medio del expediente descrito se ha producido un notable incremento de la nómina de sujetos inscribibles en el Registro Mercantil. Lo que sucede es que dicho resultado se ha logrado fundamentalmente por medio de la ampliación de los sujetos a los que se reconoce la condición de empresarios, como acontece en el caso señalado de las sociedades cooperativas (art. 211-1, en relación con lo previsto en el art. 001-2.1.a).3º), de modo que la configuración del Registro Mercantil como instrumento de publicidad jurídica de los comerciantes, característica de la ordenación vigente, permanecería sustancialmente inalterada. Semejante aseveración descansa en el dato de que, propiamente, no se habría procedido a incorporar al Registro Mercantil a la totalidad de los operadores del mercado (o, cuando menos, a la mayor parte de los mismos), toda vez que algunos de ellos seguirían conservando sus instrumentos específicos de publicidad (con lo cual estaría llamada a pervivir, en una medida nada desdeñable, la situación de fragmentación registral, puesta

de manifiesto con anterioridad, respecto de un nutrido grupo de entidades que tienen una destacada presencia en el tráfico, como es el caso de las asociaciones o de las fundaciones, por ejemplo), o incluso carecen de instrumentos de la especie descrita (como es el supuesto paradigmático de las sociedades civiles).

Acaso pudiera pensarse que semejante orientación de política legislativa obedece a la circunstancia de que, según tiene declarado el Tribunal Constitucional, toda la regulación del Registro Mercantil posee carácter mercantil, en el sentido de merecer tal consideración la disciplina que la establezca, cualquiera que sea la ley que la contenga o la denominación que reciba (STC 72/1983, de 29 de julio, y 103/1999, de 3 de junio). En consecuencia, el dictado del régimen relativo a dicho instrumento de publicidad registral se encuentra amparado en la competencia exclusiva atribuida al Estado en materia de legislación mercantil (art. 149.1.6ª CE). Dentro de la mencionada regulación se comprende singularmente la relativa a los sujetos y actos inscribibles en el Registro Mercantil (STC 72/1983, de 29 de julio). Pues bien, a la vista de que la competencia exclusiva atribuida al Estado sobre legislación mercantil tiene, en todo caso, como núcleo esencial la disciplina del estatuto jurídico del empresario y de la actividad que lleva a cabo en el ejercicio de la empresa, según ha indicado reiteradamente el Tribunal Constitucional (entre otras, STC 37/1981, de 16 de noviembre; 14/1986, de 31 de enero; 88/1986, de 1 de julio; 62/1991, de 22 de marzo, y 225/1993, de 8 de julio), no cabe ignorar los fundados reparos que puede suscitar la invocación de la referida atribución para amparar la aprobación de una disciplina registral relativa a quienes, en principio, no poseen la condición de empresarios, como es el caso de los llamados operadores del mercado que no reúnan la mencionada cualidad (vid. art.001-2). Nótese, al efecto, que la atribución invocada para el dictado del Código Mercantil es precisamente la competencia estatal exclusiva en materia de legislación mercantil (y legislación procesal) establecida en el artículo 149.1.6ª CE (disposición final novena Anteproyecto del Código Mercantil).

Sin embargo de lo anterior, la acogida en el seno del Registro Mercantil de sujetos que no resulten merecedores de la consideración de empresarios puede ampararse, en nuestra opinión, en la competencia estatal exclusiva sobre registros públicos (art. 149.1.8ª CE), dado que aquel instituto constituye un acabado modelo de registro de seguridad jurídica y la creación y regulación de los registros de tal condición, en la que debe reputarse incluida la propia determinación, tanto de los sujetos, como de los actos inscribibles, corresponde únicamente al Estado (STC 71/1983, de 29 de julio; 157/1985 de 15 de noviembre; y 103/1999, de 3 de junio). E incluso, a mayor abundamiento, podría estimarse que el establecimiento de un régimen estatal de publicidad registral aplicable a toda clase de asociaciones y fundaciones, comprendiendo en el mismo la inscripción de este tipo de entidades en un registro igualmente estatal, constituye una condición básica que garantiza la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales de asociación y fundación (art. 149.1.1ª CE, en relación con lo previsto en los arts. 22 y 34 CE)¹⁵. Como corolario

¹⁵ A tal propósito se ha señalado que, habiéndose reconocido en la propia Constitución el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), en este punto no puede existir desigualdad alguna entre los españoles

de lo expuesto vendría a configurarse, al cabo, una suerte de Registro Mercantil y de Entidades Jurídicas (como se recoge, de modo parecido, en el Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma Integral de los Registros al que se ha hecho referencia con anterioridad, vid. *supra* III), significando de este modo que su ámbito subjetivo comprende la totalidad de las formas jurídicas de organización que actúan el tráfico, aun cuando su consideración, no ya como empresarios, sino incluso como operadores del mercado, pueda ser discutida en algunos casos¹⁶.

Por lo demás, el planteamiento sintéticamente enunciado no tendría que suponer, de suyo, la desaparición ni del registro estatal ni de los registros autonómicos de asociaciones y fundaciones (e incluso de cooperativas), ya que tanto unos como otros podrían seguir existiendo como registros de información administrativa, esto es, como medios al servicio del adecuado ejercicio por las Administraciones estatal y autonómicas de las potestades de fomento y control que tienen atribuidas sobre las asociaciones y fundaciones (así como sobre las cooperativas) de su respectiva competencia. Todo ello en el bien entendido de que únicamente los asientos practicados en el Registro Mercantil serían oponibles a terceros, como manifestación más sobresaliente de su condición de registro de seguridad jurídica, cuya principal función estriba precisamente en dotar de certidumbre las relaciones jurídicas *inter privatos*. Por tanto, vendría a producirse la eventual coexistencia de dos planos u órdenes registrales nítidamente diferenciados: de un lado, el representado por el Registro Mercantil, en el que habría de inscribirse la generalidad de las asociaciones y fundaciones (al igual que se establece expresamente para las cooperativas en el Anteproyecto del Código Mercantil, de resultas de su expresa consideración como sociedades mercantiles), con independencia de su condición de asociaciones o fundaciones de competencia estatal o de competencia autonómica, con lo que se alcanzaría el destacado logro de dotar a ambas clases de personas jurídicas de un régimen uniforme de publicidad registral, hasta el momento inexistente en nuestro país; de otro, el integrado por los registros específicos de asociaciones y fundaciones (y cooperativas), eventualmente establecidos tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, configurados como meros registros de información administrativa, de modo que su contenido carecería de eficacia frente a terceros, esto es, no sería generador de consecuencia alguna en las relaciones *inter privatos* (vid. STC 284/1993, de 30 de septiembre). Nótese que esta dualidad de instancias registrales al servicio de finalidades diversas no resulta extraña en nuestro Ordenamiento, toda vez que la necesidad de que ciertos sujetos que llevan a cabo determinadas actividades económicas hayan de inscribirse tanto en el Registro Mercantil como en los particulares registros administrativos creados al efecto se encuentra actualmente establecida en algunos supuestos¹⁷.

(SERRERA, P. L., “El Registro Mercantil. Una consideración de sus principios”, *RCDI*, núm. 679, 2003, pp. 2.746-2.747).

¹⁶ Sobre las diversas cuestiones apuntadas, con especial atención al caso particular de las fundaciones, LA CASA, R., “La publicidad registral de las fundaciones y el Registro Mercantil”, *RDM*, núm. 292, 2014, pp. 121-176.

¹⁷ Es el caso, por ejemplo, de los fondos de pensiones, que deben inscribirse, tanto en el Registro Mercantil, como en el Registro Administrativo Especial de Fondos de Pensiones (arts. 11 y 11 bis Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de

En fin, no está tampoco de más poner de manifiesto la enorme trascendencia que tendría la posibilidad de que en un Registro Mercantil conformado del modo descrito pudieran inscribirse asimismo las sociedades civiles, dado la destacada contribución al servicio de la seguridad jurídica que vendría a suponer una previsión de la especie descrita, que habría de dictarse al amparo de la atribución al Estado de competencia exclusiva sobre registros públicos (art. 149.1.8ª CE).

4.3. Las funciones del Registro Mercantil

Como se ha señalado previamente, la función principal del Registro Mercantil es la de representar el instrumento de publicidad jurídica de los empresarios y de los demás sujetos inscribibles (art. 140-1). Además, se atribuyen al Registro Mercantil una serie de funciones adicionales (art. 140-3), entre las que merecen destacarse especialmente dos, a saber: de un lado, la centralización, ordenación cronológica y publicación de la información registral, incluida la relativa a las resoluciones concursales y la que deberán recibir de los demás registros de entidades que puedan operar en el tráfico mercantil, por medio de una plataforma electrónica central que permita el acceso público a su consulta; de otro, la gestión de registros públicos de ámbito estatal o autonómico, relativos a personas o entidades no inscribibles en el Registro Mercantil, que le sea encomendada por ley.

En relación con la cuestión aquí examinada merece la pena detener la atención, siquiera sea someramente, en la última de las previsiones apuntadas. Con independencia la crítica de que resulta merecedora su redacción sumamente escueta, que impide precisar adecuadamente su significado y alcance, lo cierto es que la eventualidad contemplada se encuentra condicionada a una hipotética atribución de gestión en virtud de la pertinente disposición legal (ha de entenderse que tanto estatal como autonómica), sin establecer ninguna previsión al respecto destinada a desplegar una eficacia inmediata. Pero es que, además, ha de subrayarse singularmente el dato de la pervivencia de los diferentes registros de personas o entidades cuya gestión llegue finalmente a confiarse al Registro Mercantil, que habría de realizarse, en su caso, de conformidad con lo estatuido en sus respectivos estatutos jurídicos particulares, cuya vigencia no cabría considerar afectada por la atribución realizada a favor del Registro Mercantil. Por consiguiente, la previsión comentada resulta poseedora, al cabo, de muy limitados efectos, toda vez que el mandato que encierra se circunscribe, según parece, al

Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, estableciéndose en el último de los preceptos mencionados determinados mecanismos de coordinación entre ambas instancias registrales). Lo propio sucede con las Entidades Gestoras y Depositarias de Fondos de Pensiones, cuya inscripción administrativa habrá de realizarse en el Registro Administrativo Especial de Entidades Gestoras de Fondos de Pensiones (arts. 11.5 y 20.1 f) Real Decreto Legislativo 1/2002) y en el Registro Administrativo Especial de Entidades Depositarias de Fondos de Pensiones (art. 21.1 d) Real Decreto Legislativo 1/2002), respectivamente. Todos estos registros administrativos se encuentran incardinados en la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía y Hacienda (vid., asimismo, arts. 96 Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones, y 18 a 24 Orden EHA/407/2008, de 7 de febrero, por la que se desarrolla la normativa de planes y fondos de pensiones en materia financiero-actuarial, del régimen de inversiones y de procedimientos registrales).

plano meramente organizativo, sin alcanzar la vertiente sustantiva de la publicidad registral, que es la realmente necesitada de regulación uniforme en relación con la totalidad de los operadores del mercado.

5. CONCLUSIÓN

A la luz de las consideraciones expresadas, cabe concluir que sería deseable que la relación de sujetos inscribibles en el Registro Mercantil se acomodara, en la mayor medida posible, al propio ámbito subjetivo de aplicación de las normas mercantiles que se establece en el Anteproyecto del Código Mercantil, de modo que aquel quedara cabalmente configurado como el instrumento de publicidad jurídica de los operadores del mercado. E incluso podría irse aún más lejos, mediante la ampliación de las funciones del Registro Mercantil para dar cabida en su seno a la generalidad de las formas jurídicas de organización que actúan en el tráfico, con independencia incluso de su condición de operadores del mercado, al amparo de la competencia estatal exclusiva sobre registros públicos (art. 149.1.8ª CE). Esta suerte de unificación en el ámbito de la publicidad jurídica constituiría un importante logro al servicio de la seguridad jurídica, que vendría a poner fin, por demás, al censurable estado de fragmentación registral que padecen algunas entidades en nuestro país (como son los señalados casos de las asociaciones y de las fundaciones).

EL DOMINIO ELECTRÓNICO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CODIGO MERCANTIL (ALCM)

MÓNICA LASTIRI SANTIAGO*

Resumen

Lo que pudo ser una novedad del ALCM se ha quedado en su Exposición de Motivos, que únicamente hace una referencia a lo que denomina «dominio electrónico de la sociedad». El presente trabajo, pretende esbozar la necesidad de incorporar la regulación del nombre de dominio no únicamente como identificador de las sociedades de capital sino también como atributo de la personalidad de las personas jurídicas en Internet y bien jurídico digital.

Contenido

1.Introducción. – 2. Diferencia entre página web y el dominio de Internet. – 3. El dominio electrónico en el Código Mercantil proyectado. – 3.1. La página web corporativa. – 3.2. El dominio electrónico de la sociedad. – 4. Motivos por los cuales se debe incluir un régimen jurídico sobre el nombre de dominio en el ALCM. – 4.1 El nombre de dominio como atributo de la personalidad de la empresa. – 4.2 El nombre de dominio como bien jurídico electrónico. – 5. El valor patrimonial del dominio electrónico. – 6. El nombre de dominio como activo empresarial. – 7. Necesidad de inaugurar una nueva categoría de bienes: los electrónicos. – 8. Reflexiones finales.

1. INTRODUCCIÓN

La ausencia de la regulación del nombre de dominio en el ALCM resulta especialmente llamativa teniendo en cuenta que es el activo digital más importante de la empresa y que en el apartado III-13 de la Exposición de Motivos del anteproyecto se señala que:

«En relación con la denominación, la nacionalidad y el domicilio hay que destacar que se ha valorado su esencial función distintiva, como elementos de identificación de las sociedades, para ubicar esta materia antes de abordar el régimen de su constitución. Debe hacerse notar que, en lo relativo a atribución de nacionalidad, se ha optado por el criterio de la constitución de la sociedad, sin combinarlo con el domicilio, entendiendo que tal criterio resulta más clarificador y es más acorde con los principios que rigen en el espacio comunitario en que estamos integrados. Junto a ello, constituye novedad destacable en este punto la regulación de la página web corporativa, o dominio electrónico de la sociedad».

* Prof^a Dra. Ayudante Específico de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid.

De lo anterior, se desprende que el ALCM incluye como nuevo medio de identificación de las sociedades a la «página web corporativa, o dominio electrónico de la sociedad». Esta inserción la hace únicamente en el contexto del Derecho de sociedades.

En este sentido, debemos resaltar que en el Capítulo II titulado «De la denominación, de nacionalidad y del domicilio de las sociedades mercantiles» que es al que se refiere el apartado mencionado, solo se regula la página web corporativa contenida en la Sección 4ª del Capítulo II del ALCM, no volviendo a mencionar en todo el capítulo ni en ninguna otra parte del articulado del ALCM, lo que llama «dominio electrónico».

Por ello, nos preguntamos ¿con qué objeto se hace referencia al dominio de Internet en la Exposición de Motivos del ALCM? Tal parece que el legislador equipara a la página web con el nombre de dominio, cuestión, que no nos parece acertada porque pese a que estas dos figuras están íntimamente unidas, son en esencia y en significado diametralmente distintas.

2. DIFERENCIA ENTRE PÁGINA WEB Y DOMINIO DE INTERNET

Por un lado, en sentido amplio, la página web es el lugar donde se alojan una serie de elementos que se denominan «contenidos», éstos pueden consistir en obras independientes que gozan de protección jurídica como creaciones intelectuales, textos, fotografías, logotipos, gráficos, imágenes, sonidos, vídeos, animaciones... Y por obras de nueva creación, es decir, creadas *ad hoc* para la página web¹. Por otro, «un nombre de dominio es la dirección fácilmente comprensible para el usuario de un ordenador, normalmente en forma fácil de recordar o identificar»².

La doctrina suele considerar que el «dominio» no es más que una dirección virtual, cuyo disfrute permite canalizar las peticiones de información que cualquier persona dirija a Internet preguntando por la localización de algún equipo. Al respecto, el profesor Alberto Bercovitz señala que los nombres de dominio:

«tienen en Internet la función de identificar los ordenadores en los que están situados las páginas web; es decir, que si se quiere acceder a una página web habrá que teclear el nombre de dominio correspondiente» y, subraya que «la función primaria del nombre de dominio es la de identificar y permitir el acceso a una página web; pero no puede ignorarse que junto a esa función localizadora, la propia página web identificada por el nombre de dominio opera en Internet a modo de escaparate en el ámbito del comercio electrónico».

¹ DE MIGUEL ASENCIO, P., *Derecho Privado en Internet*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 227 y Gabeiras Vázquez, Patricia, De Juan Giménez-Coral, Verónica y Cabresa Álvarez, Belén. «La protección de sitios web» en CREMADES, J.; FERNÁNDEZ-ORDOÑEZ, M. A. e ILLESCAS ORTIZ, R. (coords.), *Régimen Jurídico de Internet*, Madrid, La Ley, 2002, p. 1438.

² OMPI, *Informe Final sobre el Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet*, 30 de abril de 1999, <http://www.wipo.int/export/sites/www/amc/es/docs/report.pdf> [Consulta: 15 de febrero de 2015]. Esta definición es generalmente compartida por la doctrina española. *Vid.* DE MIGUEL ASENCIO, P., *op.cit.*, p. 42; CARBAJO CASCÓN, F., *Conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio en Internet*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 33-34; RAMOS HERRANZ, I., *Marcas versus nombres de dominio en Internet*, Madrid, Iustel, 2004, p. 33, entre otros.

Igualmente, afirma que es en la página web donde los operadores económicos hacen su propia presentación y las ofertas de sus diversos productos o servicios concluyendo que la página web de un operador económico es su signo distintivo dentro del comercio electrónico y cumple dentro de ese ámbito un papel similar al que con carácter general corresponde bien a las denominaciones sociales, bien a los signos distintivos de la empresa³.

Respecto a la apreciación anterior, parece que la doctrina si bien en un primer momento diferencia las funciones de uno y otra figura, concluye que la página web es la que cumple la función distintiva e identificadora de la empresa en el entorno digital, sosteniendo que un sitio web es análogo a la denominación social de las sociedades. Sin embargo, creemos que el homólogo de la denominación social es el nombre de dominio y no el sitio web, ya que el dominio es el cimiento de la página web, sin el primero la web no existiría. En cambio, un nombre de dominio si puede existir y tener valor para la empresa aunque no aloje en él ninguna página web, tal y como veremos más adelante.

El dominio electrónico es en realidad el identificador de la empresa, éste responde a una necesidad ineludible, tanto desde el punto de vista técnico como a razones de existencia en el comercio electrónico. Es cierto que la página web desempeña la función de «escaparate» de la empresa y en este sentido cumple una de las tareas más importantes de la vida de la empresa en el entorno digital. No obstante, el dominio cumple una función básica de la sociedad, con independencia de su cualidad jurídica, es el derecho al nombre en la Red, se trata de un requisito *sine qua non* para la entrada a Internet.

3. EL DOMINIO ELECTRÓNICO EN EL CÓDIGO MERCANTIL PROYECTADO

3.1. La página web corporativa

Como ya hemos apuntado, la Exposición de Motivos del ALMC se refiere a la página web corporativa y al dominio electrónico de la sociedad. Sin embargo, solo se introduce el régimen jurídico del sitio web. Por ello, es necesario referirnos en primer lugar a esta figura.

El Código Mercantil proyectado, en su Sección 4ª, en los artículos 212-15, 212-16 y 212-17 reproduce los artículos 11 *bis*, 11 *ter*, y el primer párrafo del artículo 11 *quáter* de la Ley 1/2012, de 22 de junio de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

La incorporación de los mencionados artículos responde a la necesidad de modernizar, y simplificar la vida societaria. Se decide así, utilizar mecanismos que faciliten la participación de los accionistas, reforzando el derecho de información y simplificando las funciones y tareas de los administradores. Es decir, los ámbitos de la

³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Denominaciones sociales, signos distintivos de la empresa y nombres de dominio» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*, Madrid, Aranzadi, 2002. *op. cit.*, p. 259.

información, la transparencia y el gobierno corporativo⁴. El régimen jurídico de la página web corporativa reconoce el constante e inexorable avance de la innovación tecnológica, así como su influencia en la sociedad y en la vida cotidiana.

Tal y como señala el Prof. Alberto Díaz Moreno, la página web corporativa no se distingue ni por sus características técnicas ni por su contenido (el cual puede perfectamente incluirse, si la empresa así lo decide, en una página web no corporativa), sino por gozar de un régimen propio y específico (que incorpora, la determinación de los actos, acuerdos y documentos que, como mínimo deben publicarse)⁵.

Para el ALMC, y actualmente para la ley de sociedades de capital, una página web corporativa es aquella que informa y simplifica la vida interna de la sociedad, garantizando la seguridad de la página, la autenticidad de los documentos publicados, el acceso gratuito a la página, la posibilidad de descarga e impresión de lo insertado en ella y se exige que la página conste publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME), esto último es el requisito más importante, ya que para que la web despliegue algún efecto jurídico, es obligatorio que se cumpla con la publicidad registral⁶.

Ahora bien, para que la página web pueda desempeñar tan importante tarea en la vida societaria, requerirá como primer y esencial requisito, el registro del dominio de Internet, es decir, de un nombre donde pueda alojar e identificar la página web corporativa. El legislador pone énfasis en que la página web corporativa debe ser segura, y esto nos sitúa ante un sistema de información fuerte, con un determinado nivel de confianza, es decir, que sea lo menos vulnerable a los accidentes o acciones ilícitas o malintencionadas que comprometan la disponibilidad, autenticidad, integridad y confidencialidad de los datos almacenados o transmitidos y los servicios que dicho sistema ofrezca o haga accesible. Lo anterior no sería posible, si no se protege al elemento sobre el que se basa esa página web: el dominio electrónico.

3.2. El dominio electrónico de la sociedad

Si una página web se considera «corporativa» cuando se utiliza como mecanismo telemático de información para la mejor comunicación y desenvolvimiento interno de la sociedad de capital, el dominio electrónico es «de la sociedad» cuando identifica a dicha sociedad en un entorno desmaterializado.

En este orden de ideas, el nombre de dominio en el Derecho de sociedades es el «nombre social» de la sociedad de capital en Internet. Sin embargo, como hemos mencionado, en la Exposición de Motivos del ALMC parece que el dominio electrónico es equiparado con la página web no volviéndolo a mencionar en ninguna parte del Anteproyecto. Creemos que si bien es importante facilitar y mejorar la vida interna de la sociedad a través de una página web, es igual o más importante proteger al dominio

⁴ Franch Fluxá, Juan. «Página web y sociedades de capital, ¿un nuevo derecho mercantil?» en Revista de Derecho Mercantil, nº 286, 2012, p.154.

⁵ Díaz Moreno, Alberto. «Cómo crear y gestionar su web corporativa» en <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/Como crear y gestionar su web corporativa.pdf>. [Consulta: 5 de febrero de 2015].

⁶ Para mayor información *vid.* Franch Fluxá, Juan, *op.cit.*, p. 156 y artículos 212-15, 212-16 y 212-17 del ALCM.

electrónico (identificador y sostén de la página web), ya que esa página depende siempre y en todo caso de la existencia de un nombre de dominio que es el que identificará a esa página web corporativa, y por ende, a la sociedad de capital dentro de espacio digital.

Así las cosas, los atributos de la personalidad de las sociedades de capital son la denominación, la nacionalidad, el domicilio y con la irrupción de la Sociedad de la Información en el Derecho societario, el dominio electrónico y la página web corporativa, el primero como identificador digital y el segundo, como el reflector de la vida interna de la sociedad mercantil.

La división de las funciones entre la página web y el dominio electrónico es importante porque en primer lugar, debemos tener presente que la página web corporativa en el Derecho de sociedades no podría ser una realidad sin el registro previo de un nombre de dominio, pues éste es la llave de entrada no únicamente al comercio electrónico sino al medio de información y simplificación de la vida societaria y, en segundo lugar, que si ese dominio electrónico que sostiene la página web no es técnica ni jurídicamente protegido, la «página web corporativa» o «comercial» podría dejar de desempeñar la función que para lo que ha sido llamada, ya que por un lado, puede suceder que el nombre de dominio en el que se aloja sea transferido ilegalmente y no existan medios legales para recuperarlo.

Imaginemos despertar un día y darnos cuenta que el sitio web de nuestra empresa o sociedad de capital tiene otro contenido (el famoso caso del *sex.com*⁷), aparece un anuncio por parte del gobierno de que el dominio de Internet ha sido bloqueado (el caso de la expropiación de 141 dominios *.com* por parte del Gobierno del Estado de Kentucky⁸), recibe una notificación por parte de la entidad registradora de que el dominio ha sido reasignado (caso *sareb.es* donde Red.es reasigna el dominio a la Sociedad de gestión de activos procedentes de la estructuración bancaria), o el dominio ha sido robado (casos de *mia.com* y *ramshackeglam.com*)⁹.

Al ser el nombre de dominio la base para alojar una página web, las consecuencias de los actos mencionados pueden acarrear al titular de la sociedad mercantil graves consecuencias, como puede ser la paralización de sus actividades en el entorno digital, ya que impediría a los socios informarse e informar (página web corporativa) o bien imposibilitaría el contacto con los clientes o proveedores (página web comercial). El problema no radicaría en una falla de conexión en la red o problemas con los prestadores de servicio de Internet, se trataría de la pérdida de la «propiedad» del nombre de dominio. En los casos señalados, se pierde el control del dominio y por ende no se puede acceder a la página web que alojen.

⁷ Sobre este caso, *vid. Kremen v. Cohen*, 337 F. 3d 1024 (9th Cir. 2003) y PRENDERGAST, J., «Kremen v. Cohen: The “Knott” Saga of Sex.com», 45 *Jurimetrics*, 2004-2005.

⁸ VIJAYAN, Y., «Ruling Near on State’s Plan To Seize Domain Names», *ComputerwORLD*, 12 de enero de 2009, p. 6; SyC Proyectos en Inversiones, S.L., «La justicia de Kentucky desestima las objeciones de la defensa de los dominios de juego online», 17 de octubre de 2008, <http://www.pokerdestinolasvegas.com/la-justicia-de-kentucky-desestima-las-objeciones-de-la-defensa-de-los-dominios-de-juego-online> [Consulta: 12 de febrero de 2015].

⁹ Para mayor información acerca de estos casos, *vid. Smith, Gerald*. «When Hackers Steal a Web Address, Few Owners Never Get it Back» en *Huffingtonpost.com* [Consulta: 12 de febrero de 2015]. http://www.huffingtonpost.com/2014/09/29/domain-theft_n_5877510.html

Actualmente, solo se tienen las siguientes opciones para recuperar el dominio: 1) demandar la propiedad del dominio bajo el cobijo del Derecho de marcas, situación que no es viable para muchos dominios. Ello, por contener denominaciones genéricas o descriptivas, no susceptibles de protección bajo ese derecho; 2) el pago por la transferencia del dominio al autor del hurto o 3) demandar la «propiedad» del dominio electrónico. Las dos últimas opciones se complican porque no existe régimen jurídico donde se reconozca un derecho de propiedad sobre un dominio, es más, no hay ley que siquiera defina jurídicamente a esta importante figura.

El nombre de dominio juega un papel fundamental en el Derecho Mercantil actual, además de ser el identificador y localizador de la sociedad mercantil en Internet, es también, como veremos más adelante, un bien jurídico que forma parte del patrimonio de la empresa.

La posible pérdida del activo electrónico más valioso para la empresa genera una gran inseguridad jurídica. Lo que interesa del dominio electrónico es el control absoluto del mismo. Un ejemplo de lo mencionado, se refleja en los conflictos de nombres de dominio con marcas. En estos casos, lo que a los titulares de marcas les interesa, más que la eventual indemnización de daños y perjuicios y el cese en la realización de los actos infractores, es obtener la titularidad sobre el dominio.

El incremento de la repercusión social y económica de los bienes electrónicos es notorio. Facebook no es Facebook sin su URL-nombre de dominio y perfiles de sus usuarios, al igual que las aplicaciones y el resto de bienes electrónicos ¿Qué sucedería por ejemplo, si Facebook entrase en concurso de acreedores? ¿Se podría hacer valer como bien su nombre de dominio?¹⁰

El nombre de dominio constituye una forma única de activo en línea, sería preciso e igualmente importante determinar que forma parte del patrimonio de la empresa. Demostrar que en la práctica el registrante de un dominio dispone del mismo y como consecuencia constituye una importante fuente de ingresos para sus registrantes, sería de gran utilidad para aquellos que quisiesen obtener financiación ofreciendo como garantía un nombre de dominio o bien resultaría fundamental para un deudor en caso de concurso de acreedores. El ALMC era la oportunidad perfecta para regular a este activo tan valioso para la empresa y otorgar cierta protección a sus registrantes. Sin embargo, esta ocasión no fue aprovechada.

4. MOTIVOS POR LOS CUALES SE DEBE INCLUIR UN RÉGIMEN JURÍDICO PARA EL NOMBRE DE DOMINO EN EL ALMC

El ALMC, en su Exposición de Motivos, señala que

«incluye la regulación de materias que carecían de normativa aplicable y que, por lo tanto constituyen una innovación en el ordenamiento jurídico. En la regulación de materias nuevas cabe mencionar la referente a la empresa y operaciones sobre la misma, la representación, la

¹⁰ Vid. BROWN RICHARDSON, S., «Classifying Virtual Property in Community Property Regimes: Are My Facebook Friends Considered Earnings, Profits, Increases in Value, or Goodwill?», 85 *Tul. L. Rev.*, 2010-2011, pp. 717-770.

competencia desleal...y muy especialmente los distintos tipos de contratos como los de suministro..., operaciones sobre bienes inmateriales...»¹¹

Igualmente, el Exposición de Motivos del ALCM en su apartado IV-9 dice:

«Cada modalidad de propiedad industrial tiene su objeto específico, ... pero todas ellas tienen en común dos rasgos absolutamente esenciales: el tratarse de un tipo de propiedad sobre bienes inmateriales destinados a ser explotados como activos empresariales en el mercado de bienes y servicios, y el constituir instrumentos indispensables para el funcionamiento de la economía de mercado basada en el principio de libre competencia, que es el modelo económico donde las instituciones que la integran tienen su razón de ser».

A nuestro modo de ver y como demostraremos más adelante, el nombre de dominio no es un bien inmaterial. Sin embargo, es un bien jurídico digital que es explotado como activo empresarial e incluso es vendido y adquirido como si de un objeto comerciable se tratara. Además, es el instrumento fundamental para la entrada a la Sociedad de la Información e incluso del funcionamiento de la economía de mercado en el entorno digital. Creemos que el nombre de dominio, junto con otros bienes digitales también son innovaciones carentes de regulación.

El régimen del nombre de dominio solo se enfoca en su conflicto con las marcas. No obstante, su función como activo de la empresa va mucho más allá que su papel como identificador de una página web en el contexto del Derecho de sociedades, y esto último solo es reconocido en la Exposición de Motivos y no en el cuerpo del Código proyectado.

Por todo lo expuesto, a continuación expondremos nuestra hipótesis: Consideramos que esta figura posee una doble naturaleza jurídica. En primer lugar, se presenta con las características de un atributo de la personalidad y, en segundo, se despliega como un bien jurídico digital o electrónico susceptible de ser transmitido a terceros. Pero su naturaleza jurídica no se conforma por uno u otro de estos elementos, sino por ambos.

4.1. El nombre de dominio como atributo de la personalidad.

El sistema de nombres de dominio (*domain name system*. DNS) constituye la columna vertebral de Internet, paradigma precisamente de la sociedad mundial de la información o sociedad conectada. Al servir como instrumento de acceso y localización en la Red para los titulares de sitios web u otros sitios en línea, puede decirse que los dominios constituyen la puerta de acceso al ciberespacio [...].¹²

Sabemos que, en realidad, desde una visión terminológica –y es ésta una contradicción– se denomina «nombre de dominio» a una dirección electrónica, esto es, al domicilio digital de un ordenador. Pero éste es más que una *dirección*: es una *llave*

¹¹ Apartado 1-19 de la Exposición de Motivos del ALCM

¹² CARBAJO CASCÓN, F., «Comentario crítico al Plan Nacional de nombre de dominio: Los nuevos criterios de asignación de nombres de dominio bajo el código territorial .es entre la reforma y el continuismo», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 3, 2003, p. 45.

que permite la navegación en la Red, es decir, el ejercicio de una especie de derecho de circulación en el ciberespacio. Por otra parte –y ésta es otra contradicción–, se habla de «dominio» cuando se están usando bits en lugar de átomos, en un ambiente desmaterializado como es Internet.

La opción en este sentido podría decantarse por el uso de la denominación «identificadores digitales o electrónicos», porque puede considerarse que los nombres de dominio son el modo de identificación de un ordenador. En este contexto conceptual se podrán incluir todas las categorías y todos los niveles que sean necesarios para incorporar a todas las personas físicas o jurídicas de todos los países del mundo, cualquiera que sea la actividad que realicen.

El nombre de dominio viene definido por su carácter de identificador de usuarios de Internet. Su esencia y funcionalidad, según su concepción tradicional, lo sitúa en esa ineludible tarea de conexión con otras personas a través de redes ubicadas en Internet. Actualmente, el nombre de dominio es el identificador personal, el «nombre» y la «dirección» en el mundo electrónico, por ello su intensa relación con las realidades del mundo físico.

Por un lado, la condición principal para la realización de actividades en Internet es el registro de un nombre de dominio, pues éste constituye la conexión básica entre el mundo material y el mundo digital¹³. Por otro, en la Sociedad de la Información interesa poder designar en forma clara a los miembros que la integran, tal y como sucede en el entorno físico.

El nombre de dominio es, entonces, una necesidad social, cuya condición se encuentra enraizada en la esfera electrónica. Es igualmente necesario jurídicamente, ya que a través del mismo se da acceso a la Red a todos aquellos que participan *activamente* en la misma, y es el medio por el cual los usuarios que participan *pasivamente* en Internet identifican y ubican a los sujetos activos de la sociedad digital, haciendo así posible las relaciones entre personas en un medio distinto al físico.

Es, en definitiva, la base que hace posible que las relaciones personales en un entorno digital sean una realidad. Las relaciones sociales objeto de la ciencia del Derecho, son posibles mientras sus participantes sean identificados e individualizados. Por todo ello, el nombre de dominio constituye un atributo de la personalidad.

Es fundamental señalar que con «atributos de la personalidad» no nos estamos refiriendo a los denominados «derechos de la personalidad» sino más bien a aquellas calidades exteriores de la persona que son necesarias para la vida en relación.

Los atributos de la persona física son el nombre, el domicilio, la capacidad, el estado civil, el patrimonio y la nacionalidad¹⁴. En cambio, los atributos de la personalidad de las personas jurídicas son básicamente la denominación o razón social, la nacionalidad y el domicilio. Otros consideran que el patrimonio también lo es¹⁵.

¹³ «Los nombres de dominio de Internet y las marcas», en OMPI, *Curso Propiedad Intelectual y Comercio electrónico, loc. cit.* Módulo II.

¹⁴ PLANIOL, M. y RIPERT, J., *Tratado práctico de Derecho Civil francés, las personas*. Tomo I, trad. esp. Mario Díaz Cruz, La Habana, Editorial Cultural, 1927, p. 5. En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, I Parte General, vol. III. Derecho Subjetivo. Negocio jurídico, Madrid, Dykinson, 2005, p. 58.

¹⁵ PLANIOL, M. y RIPERT, J., *ibid.*

A simple vista no existiría diferencia entre «atributo» y «derecho» de la personalidad, pues los dos conceptos se refieren a las características de una persona para actuar en sus relaciones jurídicas. No obstante, «atributo» es una «cualidad o condición de un ser o ente»¹⁶, mientras que un «derecho» acarrea una serie de consecuencias muy distintas, pues provee al sujeto de prerrogativas que en principio una simple cualidad no proporciona: es una «acción que se tiene sobre una persona o sobre una cosa»¹⁷.

Los derechos de la personalidad se definen como aquellos cuyo contenido especial consiste en regular las diversas proyecciones, psíquicas o físicas inherentes a la persona¹⁸, a diferencia de los atributos de la persona, que son únicamente los requerimientos para que ésta se desenvuelva en el terreno social y jurídico.

En este sentido, debemos considerar al «atributo» no como un derecho, sino solamente como una condición que hace que la relación de la persona con el nombre de dominio sea una relación de «exterioridad» del sujeto con el objeto¹⁹, constituyendo así un bien, en cuanto que el nombre de dominio proporciona –aunque no siempre– información acerca de la persona que designa y de su actividad.

Si reconocemos que la función jurídica del nombre de dominio es la de ser un identificador social, cobra entonces sentido decir que se trata en primer lugar de un atributo de la personalidad de los entes o sujetos que pretendan ingresar a la Red de redes, susceptible de convertirse en un bien jurídico, ya que el nombre de dominio como la denominación social sigue a la persona, no nace con ella.

En este sentido, podemos decir que el dominio electrónico es el homólogo de la denominación social, ya que encontramos las siguientes semejanzas:

- a) Ambos son un atributo de la personalidad, pues identifican a personas en el tráfico jurídico. Esta cualidad del dominio electrónico es reconocida por la Dirección General del Registro y Notariado (DGRN) en su Resolución de 10 de octubre de 2000²⁰, en donde el Registrador Mercantil Central indica que la finalidad de los nombres de dominio es:

[...] permitir identificar a cada usuario de la red en una determinada dirección [...] si bien es cierto que no existe una Ley que regule las indicaciones referidas, un uso internacional obligatorio hace posible, en unión de otros elementos, la identificación de las personas físicas o jurídicas en la red, y que conforme al artículo 4 del Código Civil podría incardinarse en el ámbito de protección de la norma reglamentaria; [...]²¹

¹⁶ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición 2001, p. 165.

¹⁷ *Loc. cit.*, p. 508.

¹⁸ DE CASTRO, F., *Los llamados derechos de la personalidad*. Anuario de Derecho Civil. Tomo XII, Fasc. IV, Madrid, 1958, p. 3; FERRARA, F., *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1924, vol. I, 1ª parte, p. 397; VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, Tomo I, 1935; DIEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 2012, p. 369.

¹⁹ LOISEAU, G., *Le nom objet d'un contrat*, París, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 264, LGDJ, 1997, p. 98.

²⁰ Fue la primera resolución en donde se admitió un nombre de dominio como parte de una denominación social. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN), de 10 de octubre de 2000. <http://www.colex-data.es> (00RR57) y en el Repertorio Aranzadi (RJ 2000/10.214).

²¹ *Ibid.*

Asimismo, en el recurso gubernativo que dio origen a la citada Resolución, la DGRN señala que:

Si la denominación social tiene por objeto la identificación de un sujeto de derecho [...], en tanto que las marcas tienen por objeto distinguir [...], o el nombre comercial el identificar [...], el del nombre de dominio en Internet es identificar a un usuario de la red y cada una de ellas se desenvuelve en su propio campo de aplicación en el que pueden excluirse recíprocamente²².

- b) Tanto el nombre de dominio como la denominación social tienen discrepancias con los signos distintivos, principalmente con las marcas. El sometimiento de estas dos figuras al régimen del Derecho de marcas se encuentra reflejado, entre otros, en el caso del nombre de dominio *www.inforboe.com*, en el que la Audiencia Provincial de Madrid declaró que su titular vulneraba los derechos de marca del Boletín Oficial del Estado. Ello pese a que el registrante tuviera desde 1988 el nombre de Inforboe S.A. como denominación social y el Boletín Oficial del Estado haya registrado sus marcas en 1993. Además de que este último había pactado con la demandada el uso legal de la denominación en sus actividades mercantiles²³.
- c) Desde un punto de vista metodológico, cabe integrar estos atributos dentro de la teoría general de los signos de empresa, pues ambos son aptos para atraer a clientes, diferenciar productos y servicios, además de ser activos de la empresa²⁴. Tanto el nombre de dominio como la denominación social son designados signos distintivos *sui generis*²⁵ pues son un «medio eventualmente distintivo mediato o instrumental»²⁶.
- d) La denominación social y el nombre de dominio pueden estar compuestos por denominaciones genéricas y descriptivas. La única diferencia radica en que la denominación social cuenta con una regulación, que aunque precaria en el sentido de su sumisión a los signos distintivos, señala los límites a los que se debe avocar la persona que inscriba un nombre social (denominaciones objetivas), pues deberán ser congruentes con los principios del ordenamiento y las normas de corrección social²⁷.
- e) Tanto la denominación social como el nombre de dominio son denominativos y únicos. No obstante, la unicidad de las denominaciones sociales y los nombres de dominio obedece a distintas razones. El nombre societario se rige por el «principio de unidad» contenido en el artículo 398 del Reglamento del Registro

²² Fundamento de Derecho cuarto de la Resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2000.

²³ Vid. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª). Sentencia núm. 336/2005 de 17 de mayo. En el caso del conflicto de las denominaciones con los nombres comerciales, vid. Miranda Serrano, L.M. «Denominación social y nombre comercial» Marcial Pons, Madrid, 1997.

²⁴ Vid. ILLESCAS ORTIZ, R., «El fondo de comercio y otros activos inmateriales: las nuevas reglas dictadas por la Ley de Sociedades Anónimas», *Derecho de los negocios*, 1, 1990, pp. 5-6.

²⁵ Vid. MIRANDA SERRANO, L. M., «Algo está cambiando...», *op. cit.*, p. 12. Para mayor información sobre esta postura, vid. «Denominación social...», *op. cit.*, pp. 157 y ss.

²⁶ CARBAJO CASCÓN, F., «Disposición adicional decimosexta. Proyecto de Ley de nombres de dominio en la red», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (dir.), *Comentarios a la Ley de Marcas*. Tomo II (artículo 51 a DF 3ª), Pamplona, Thomson, Aranzadi, 2008, p. 1411.

²⁷ Vid. Artículo 404 del RRM.

Mercantil (RRM), mientras que la naturaleza única del dominio atiende a una cuestión técnica relacionada con el mantenimiento de un sistema de nombres de dominio estable.

Ahora bien, pese a las similitudes expuestas, existe una marcada desproporción entre estos dos atributos, y es que a diferencia de lo que sucede con los nombres de dominio, la denominación social es considerada por la Ley de Marcas como un «derecho previo», y por ello otorga a su titular la prerrogativa de oponerse a una solicitud de marca²⁸.

De lo expuesto, podemos decir que el nombre de dominio es un atributo externo de la personalidad, susceptible de convertirse en un bien jurídico y cuya valía económica no nace solamente de la utilización que se le dé en el tráfico, sino que también encuentra su valor en su actuación como «identificador único» en la sociedad de la información.

4.2. El nombre de dominio como bien jurídico electrónico

Con la intención de proveer al nombre de dominio de los rasgos jurídicos que en concordancia con la realidad económica y social le correspondería, y tomando en cuenta que éste es en primer término un atributo, podríamos proponer que en vez de utilizar para su calificación jurídica un concepto de derecho subjetivo, se emplee como figura central la de «bien jurídico».

Si hablamos del nombre de dominio como bien jurídico, se debe principalmente por el rol que desempeña en la empresa. Como hemos demostrado, es el identificador de la sociedad en el entorno electrónico. Como atributo de la personalidad de la sociedad mercantil reviste una peculiaridad esencial: la de ostentar necesariamente, desde su inicio y hasta su fin, la titularidad de una empresa (*persona jurídica/empresa*), y, por consiguiente, toda su actuación se dirigirá, al fin, al logro de objetivos exclusivamente económicos. El nombre de dominio como nombre de una persona jurídica necesariamente titular de una empresa, se presenta así como un signo bastante patrimonializado en el que cabe apreciar un evidente trasfondo económico [...]»²⁹. Sin embargo, su consideración como bien jurídico se puede deber a dos aspectos definidos: 1) al valor patrimonial que tiene como atributo de la personalidad y 2) su rol como objeto de negocios jurídicos, concretamente, la compraventa.

5. EL VALOR PATRIMONIAL DEL DOMINIO ELECTRÓNICO.

Al hilo de nuestra exposición, y tomando en cuenta que el dominio electrónico también tiene un fuerte carácter económico, nos preguntamos si podríamos hablar de la patrimonialización de un atributo de la personalidad.

²⁸ Vid. Artículo 9.1.d; 52.1; 88.c y 91.1 de la Ley de Marcas española.

²⁹ MIRANDA SERRANO, L. M., *Denominación...*, op. cit., p. 129 y «Algo está cambiando...», op. cit., p. 24.

El patrimonio está siempre relacionado con lo pecuniario³⁰, en la práctica tanto el nombre civil como la denominación social –atributos de la persona en el mundo físico– son susceptibles de ser explotados comercialmente por su titular e incluso por terceros. Y ello es así, porque ambos son considerados una cualidad externa de la persona a la que identifican, un signo artificial susceptible de desprenderse de su titular.

El valor patrimonial del nombre de dominio radica en la posibilidad que tiene un atributo de la personalidad de convertirse en bien jurídico y así poder ser objeto de negocios jurídicos. Ello es posible a través del derecho de propiedad industrial, que permite que tanto el nombre civil y la denominación social puedan ser registrados como marca o nombre comercial y así constituirse como bienes jurídicos inmateriales.

Para que un atributo de la personalidad devenga en un signo distintivo comercial, el Derecho de propiedad industrial emplea un criterio que consiste en la aplicación hasta sus últimas consecuencias del principio consistente en la consideración, siempre en el terreno comercial, del atributo como simple y mera denominación y, en consecuencia, sujeto a las mismas limitaciones y prohibiciones de cualquier otra. En definitiva, en materia mercantil debe prescindirse del dato de la especial naturaleza del nombre respecto a su titular, para fijarse sólo de modo prevalente en la vertiente conceptual y fonética de la denominación constitutiva del atributo que se trate, ya sea, nombre civil o denominación social³¹. Tanto el dominio electrónico como la denominación social son susceptibles de constituirse como bien jurídico inmaterial al poder ser registrados como marca o nombre comercial.

6. EL DOMINIO ELECTRÓNICO COMO ACTIVO EMPRESARIAL

El dominio electrónico juega un papel esencial en la denominada nueva economía. Además de constituir la identificación de todos los participantes de la cadena comercial, son para algunos el «*Real Estate*» de la nueva economía³². ¿Qué sería de Amazon, Google...sin su dominio electrónico? En las empresas *online* es de los activos con más valor.

Desde la década de los noventa hasta el día de hoy, la polémica en torno al nombre de dominio se centró en la necesidad de proteger a los titulares de marcas contra

³⁰ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil. I Parte General. Derecho Subjetivo. Negocio jurídico*, vol. III, Madrid, Dykinson, 2005, p. 55; *Diccionario Enciclopédico Abreviado*, Madrid, Espasa-Calpe, tomo VI, 6ta ed., 1965, p. 361. Vid. «El patrimonio crea riqueza», *Madrid histórico*, 28, julio-agosto 2010, pp. 56-57.

³¹ Vid. FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Madrid, Montecorvo, 1984, p. 138.

³² KESMODEL, D., *The Domain Name Game. How People Get Rich From Internet Domain Names*, Xlibris Corporation, United States of America, 2008, p. 9. HEALEY, C., «Domain Tasting Is Taking Over the Internet as a Result of ICANN's "add grace period"», *2007 Duke L. & Tech. Rev.*, 1, 2007, p. 7; SELTZER, L., «Bad Taste: Another Way ICANN Blew Domain Registration», *Eweek.com*, 8 de junio, 2006, <http://www.eweek.com/c/a/Security/Bad-Taste-Another-Way-ICANN-Blew-Domain-Registration> [Consulta: 15 de febrero de 2015]; BERNEMAN, B. A., «Navigating the Bankruptcy Waters in Domain Name Rowboat», *3 J Marshall Rev. Intell. Prop. L.* 61, The John Marshall Law School, 2003, p. 61 y NGUYEN, X. T. N., «Cyberproperty and Judicial Dissonance: The Trouble With Domain Name Classification», *10 Geo. Mason Law Review*. 183, 2001-2002, p. 203.

el denominado *cybersquatting*. Lo anterior, se debía al valor que para las empresas representa la incorporación de su marca en un nombre de dominio de segundo nivel o *second level domain name* (SLD)³³. Dominios electrónicos como *macdonalds.com*, *corteingles.com* entre muchos otros, eran registrados por personas que no tenían ningún derecho e interés sobre las marcas. La motivación de estos *cybersquatters* es el la obtención de ingresos a través de la venta del nombre de dominio al titular de la marca o por medio del aprovechamiento de la reputación ajena, utilizando el dominio para dirigir clientela a su sitio web. Por lo anterior, se creó un régimen jurídico protector de los titulares de derechos sobre bienes inmateriales, en lugar de centrarse en un derecho sobre un nuevo bien: el electrónico.

De forma paralela al *cybersquatting*, surge el fenómeno de la comercialización de nombres de dominio de segundo nivel que incorporan denominaciones genéricas o descriptivas, éstos no invaden derechos anteriores (como el de marcas, indicaciones geográficas, nombres famosos, etc.) y se compran y venden como bienes comerciables.

Es una realidad ignota del nombre de dominio. La compraventa de dominios electrónicos que incorporan este tipo de denominaciones no susceptibles de protección bajo las normas del Derecho de propiedad industrial es un negocio más que rentable que ha dado lugar al surgimiento de todo un mercado y a la constitución de empresas cuyo objetivo exclusivo es la compra y venta de dominios, y su valor máspreciado es la cartera de nombres de dominios de que dispone.

El entorno del dominio electrónico anima al incremento del valor económico del mismo. Las palabras genéricas y frases descriptivas pueden ser tan o más atractivas como cualquier marca. Muestra de ello lo encontramos en el denominado «mercado secundario de dominios» donde *business.com* se vendió en 7,5 millones de dólares³⁴. Otros ejemplos son: *sex.com* (que después de un largo litigio por la «propiedad» del dominio se vendió por 14 millones de dólares), *games.com* (10 millones de dólares), *juegos.com* (10 millones de dólares), *fund.com* (9,9 millones), *porn.com* (9,95 millones), *diamond.com* (7,5 millones de dólares) como muchos otros³⁵.

Las astronómicas cifras pagadas por algunos nombres de dominio ocasionaron que muchas empresas comenzaran a invertir cantidades significativas de dinero en SLD

³³ Los nombres de dominio se clasifican en dominios de primer nivel genéricos y territoriales de primer nivel (*generic Top Level domains* –gTLD y *country code level domains*-ccTLD), Bajo un determinado dominio de primer nivel se ubica uno de segundo nivel, que permite hospedar un sitio web en la Red. Es la cadena de letras ubicada antes del TLD, y se utiliza como recurso mnemotécnico. Generalmente consiste en incorporar el nombre de la empresa o marca correspondiente. Se definen como la parte del nombre de dominio que identifica la fuente (la procedencia) o la clase de información o servicio proporcionados a través de un sitio web u otra aplicación en línea. Esto es, identifica a la persona o entidad localizada en un determinado ordenador anfitrión, o bien la información o el servicio ofrecido por las mismas en dicho sitio en línea. CARBAJO CASCÓN, F., *Conflicto entre signos distintivos y nombres de dominio en Internet*, Madrid, Aranzadi, 2002, p. 43.

³⁴ LOOK, J., «Law and Order on the Wild, Wild West (WWW)», 24 *U. Ark. Little Rock L. Rev.*, 817, 2002, p. 823. Sobre este tema, *vid.* BRANSON, Ch. L., «Was \$ 7.5 Million a Good Deal for Business.com? The Difficulties of Obtaining Trademark Protection and Registration for Generic and Descriptive Domain Names», 17 *Santa Clara Computer & High Tech L.J.*, 300, 2000-2001.

³⁵ Blanco, Carlos. «Los dominios más caros de la historia» en <http://carlosblanco.com/2006/08/14/los-dominios-mas-caros-de-la-historia/>. [Consulta: 12 de febrero de 2015].

genéricos o descriptivos³⁶. Este fenómeno se denomina *domaining* que es la actividad económica por medio de la cual se adquieren nombres de dominio con la finalidad de explotarlos o transmitirlos como una especie de mercancía³⁷.

Con el *domaining* nacen dos nuevas clases de «titulares» de nombres de dominio: los que desarrollan el nombre de dominio a través de un sitio web y aquellos que solamente invierten en dominios con el propósito de venderlos. Los ingresos económicos de estos últimos, derivan por lo general del desarrollo web y el *parking* de nombres de dominio genéricos o descriptivos.³⁸

La valoración económica de estos dominios siempre descansa en la función identificadora de la palabra o frase en que consista el dominio de segundo nivel y la popularidad del nombre de dominio de primer nivel como el *.com*³⁹, dicha extensión es la más popular junto con el nuevo dominio de primer nivel *.xyz*.

A nuestro modo de ver, la aparición de los nombres de dominio genéricos o descriptivos es la muestra de una de las más profundas lagunas jurídicas que tiene el régimen jurídico actual de los nombres de dominio. La transmisibilidad del nombre de dominio ya no deriva únicamente de la necesidad de reivindicar un derecho anterior, sino del deseo de invertir en nombres de dominio o bien de la decisión de las empresas de obtener un valioso activo electrónico necesario para la entrada y la presencia en el comercio en Internet.

El problema de la falta de régimen jurídico para aquellos dominios que no pueden ser registrados como marca se verá en aumento con el advenimiento de las nuevas extensiones de primer nivel (Nuevos gTLDs)⁴⁰, pues no solo se incrementarán los ya conocidos conflictos con las marcas sino que el mercado de dominios que ha venido gestándose con las 25 extensiones de primer nivel que ya existían, crecerá y con ello las prácticas del *domaining* y el *parking* de dominios.

En la actualidad, el régimen jurídico relativo al nombre de dominio no concede ningún derecho subjetivo sobre el mismo, y llama nuestra atención el hecho de que en la práctica su transmisión sea una situación tan común como la compraventa de cualquier

³⁶ En este sentido, es interesante destacar, como se explica más adelante, que conforme se van agotando los nombres, las demás extensiones van cobrando valor. Tal es el caso de *.org*, uno de cuyos SLD, *coffe.org*, se vendió en 100 000 dólares. VÁZQUEZ, I., «Coffe.org vendido por 100 000», *Ojo Internet*, 31 de mayo de 2008, <http://www.ojointernet.com/noticias/coffeeorg-vendido-por-100000> [Consulta: 15 de febrero de 2015].

³⁷ DAVIES, T., «A behavioral Prespective on Technology Evolution and Domain Name Regulation», *21 Pac. Mac George Global Bus & Dev. LJ*, 2008, p. 24, <http://www.stanford.edu/~davies/GBDLJ-Davies-modified-2008.pdf>. Vid. también en este sentido <http://www.domaining.com>, web especializada en este ámbito de negocio.

³⁸ Para mayor abundamiento acerca del *domaining*, su nacimiento y del mercado secundario, vid. Lastiri Santiago, Mónica. *La comercialización del nombre de dominio. Régimen jurídico*. Marcial Pons, Madrid, 2014.

³⁹ Vid. Nota a pie nº 34.

⁴⁰ Tras años de debate y reflexión, la ICANN decidió ampliar el número de gTLD. El propósito de esta decisión se basó en que dicha expansión permitiría mayor innovación, mayor número de opciones para quienes desearan ingresar a la sociedad de la información y promocionar aún más la libre competencia y elección en el mercado de nombres de dominio. Nacen de la liberalización de los dominios genéricos de primer nivel, de manera que se podrá tener una extensión de dominio distinta de las 25 extensiones existentes, lo que significa que podrá haber gTLD como *.news*, *.bingo* o *.kinder* hasta 1400 extensiones de primer nivel. Vid. <http://newgtlds.icann.org/en/> [Consulta: 15 de febrero de 2015].

otro bien jurídico tangible ¿Cómo se explica que el nombre de dominio sea transmisible a través de un contrato de compraventa si ni siquiera ha sido definido jurídicamente? ¿Cuál es el objeto jurídico de ese contrato?

Es necesaria la construcción de un sistema jurídico que provea al registrante o a la persona física o jurídica a la que se ceda un dominio, un derecho que le brinde protección y seguridad jurídica.

Por todo lo anterior, el nombre de dominio es considerado como un activo para la empresa⁴¹ y de su tratamiento por parte de la economía de Internet se desprenden las siguientes de fuentes de valoración económica:

- a) *Juega un papel significativo en el proceso de marketing de un negocio en el ciberespacio*⁴².
- b) *Es un «bien deseable»*. Debido a su carácter indiviso y único⁴³, el nombre de dominio es un bien escaso. Técnicamente es imposible que existan dos nombres de dominio idénticos en Internet⁴⁴. Esto trae como consecuencia que el nombre de dominio tenga un valor económico intrínseco, pues a esa unicidad se debe la popularidad y el éxito de algunas extensiones. El gran mercado secundario de nombres de dominio⁴⁵ y los pagos de daños en litigios relacionados con los nombres de dominios son una muestra del valor de los mismos.

Al ser único, el registrante de un nombre puede hacerse con el control de este valioso bien electrónico, de forma tal que puede decidir qué hacer con él con completa libertad, ya que además los contratos de registro no ahondan acerca de los límites jurídicos del uso del nombre de dominio.

Su valor es independiente a la persona física o jurídica que lo controla, pues no es estrictamente dependiente del sitio web al que esté vinculado: no es necesario que aloje una página web. Asimismo, su valor tampoco está relacionado con los servicios de registro y distribución a través del DNS prestados por las entidades de registro o administradores de los TLD, que son los mismos para cualquier nombre de dominio que pueda ser registrado⁴⁶.

- c) *Es potencialmente vitalicio*. Esta característica refuerza su valor económico, ya que mientras el DNS funcione, el titular del nombre de dominio podrá renovarlo

⁴¹ ALRAMAHI, M., «The legal nature of domain names rights», *Journal of International Trade Law and Policy*, vol., 8, n.º 1, 2009, p. 84.

⁴² En el caso *MTV Networks v. Curry*. 867 F. Supp 202,203-204 n2 (SDNY 1994) dice: «the significance of domain names to e-commerce is that is a valuable asset which mirrors a corporate name as it facilitates communication with a customer base».

⁴³ Sobre el particular, *vid.* MANHEIM, K. M. y SOLUM, L. B., *An Economic Analysis of Domain Name Policy*, 25 *Hastings Comm. & Ent. L.J.*, 2003, pp. 359-385.

⁴⁴ InterNic, «The Domain Name System: A Nontechnical Explanation - Why a Universal Resolvability is Important», <http://www.internic.net/faqs/authoritative-dns.html> [Consulta: 15 de febrero de 2015].

⁴⁵ FRAKES, J., «Domain Name Secondary Market: What Makes a Name Worth Thousands of Dollars and How Does This Market Work?», ICANN Meetings in Lisboa Portugal, 25 de marzo 2007, <http://www.icann.org/en/meetings/lisbon/transcript-tutorial-secondary-25mar07.htm> [Consulta: 15 de febrero de 2015].

⁴⁶ HANCOCK, D., «You Can Have It, But Can You Hold It? Treating Domain Names as Tangible Property», 99 *Ky. L. J.*, 2010-2011, p. 204.

de forma virtualmente indefinida. El mecanismo es en este sentido muy similar al de la renovación de los derechos sobre una marca⁴⁷.

7. NECESIDAD DE INAUGURAR UNA NUEVA CATEGORÍA DE BIENES: LOS ELECTRÓNICOS

El nombre de dominio cumple con los requisitos necesarios para ser calificado como un bien jurídico, tal y como señala el Código civil, cumple la condición de bien, pues presupone entidad, es decir, existencia real (no necesariamente tangible), autónoma y aprehensible mediante los sentidos y la inteligencia en su unidad como algo separado de los otros entes.

Puede ser susceptible de apropiación o, más exactamente, de titularidad. Recordemos que sin «apropiabilidad», que ha de entenderse como la posibilidad de influencia y monopolio, no hay bien en sentido jurídico⁴⁸. El carácter único y necesario para la conectividad entre las personas en Internet hace del nombre de dominio un elemento económicamente valorable, y esa valía pecuniaria es la que justifica su apropiabilidad.

Es un bien con gran posibilidad de influencia debido al monopolio técnico que se otorga al titular con su registro. Sólo la persona que lo registre le podrá asignar su destino, ya sea usándolo, ya sea transmitiéndolo a otro para su posterior utilización o venta. Igualmente, el nombre de dominio no está comprendido entre las cosas que indica el CC como «cosas imposibles» o «que están fuera del comercio de los hombres»⁴⁹.

Asimismo, advertimos la existencia y el reconocimiento de los bienes incorpóreos, que atienden a los supuestos en los que el hombre obtiene una utilidad (que es apreciada y protegida por el Derecho) de algo que ni es cosa material ni derecho. Dentro de esta noción se incluyen una heterogeneidad de bienes, objeto de regímenes jurídicos diversos. Entre los más destacados podemos mencionar las obras del ingenio, que el Derecho, por medio de la legislación sobre propiedad intelectual e industrial, regula y protege.

Como sabemos, sobre estos bienes inmateriales se goza un derecho de exclusiva que puede ser transmitido a través de los medios conocidos por la ciencia jurídica. En cambio, otros activos intangibles⁵⁰, como los nombres de dominio, aunque son transferidos por medio de una de las formas más conocidas por el Derecho –el contrato

⁴⁷ BAUM, S., «Domain Name Conflicts in Germany. An Economic Analysis of the Federal High Court's Recent Decisions», *European Business Organization Law Review*, 4, 137-170, 2003, p. 142.

⁴⁸ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁹ Para saberlo habremos que atender, a las concepciones sociales y a los parámetros del artículo 1255; entre que constituyen valores personalísimo e intransferibles, o prestaciones que la moral corriente rechaza como objeto de posible obligación. *Ibid.*

⁵⁰ El término de «activos intangibles» en este estudio se referirá a aquellos activos que no pueden ser transmitidos manualmente por la ausencia de materialidad. Vid. NOMEN, E., *Valor razonable de los activos intangibles. El efecto mariposa de la segunda deslocalización*, Barcelona, Deusto, Instituto de Análisis de Intangibles. p. 19. Vid. CABIÑANO, G. A. y SÁNCHEZ P., *The Value Reference and Managerial Implications of Intangible: A literatura Review*. Meritum.

de compraventa—, dicha transmisión no goza, a nuestro modo de ver, de seguridad jurídica, ya que, la doctrina ha puesto de manifiesto la complejidad de calificarlos como un derecho de propiedad y ha expuesto la imposibilidad de considerarlos como un derecho de propiedad industrial, todo ello con fundamento en la legislación actual⁵¹.

Si se pueden llegar a pagar millones de euros por un nombre de dominio, es preciso preguntarnos qué obtienen las partes en una transacción de esta naturaleza. Es preciso delimitar jurídicamente esta figura, pues de otro modo puede que los «titulares» de nombres de dominio puedan perderlos en cualquier momento y las consecuencias de ello acarren incluso la pérdida de su negocio en Internet.

Por todo ello, es preciso el reconocimiento de una nueva categoría de bienes intangibles: los bienes electrónicos o digitales⁵².

Éstos aparecen en una variedad de formas: nombres de dominio, correo electrónicos, sitios web, perfiles de redes sociales, aplicaciones (apps), etc.

Se definen como aquellos códigos informáticos que se encuentran diseñados de tal manera que expresan de forma digitalizada herramientas del mundo real. Por ello, la mayoría de las veces actúan no solamente como información sino también como una simulación de un bien jurídico y que, por su similitud con sus equivalentes en el mundo físico, podrían ser susceptibles de apropiación.

El verdadero significado de los bienes electrónicos⁵³ radica en los efectos que tienen sobre el mundo material. La actividad social y económica no repercute en el espacio virtual sino en el real⁵⁴, y es ahí donde radica su principal importancia. La aparición de estas expresiones intangibles, pero visibles no obstante, son ahora instrumentos importantes para el desarrollo social y económico del ser humano. Cada día que pasa aumenta la necesidad de estar conectado; el efecto de la Red de redes es cada vez más profundo en la forma en la que trabajamos, vivimos y aprendemos.

La comprensión de esta especie de intangibles puede servir de ayuda a las instituciones jurídicas para legislar sus formas de transmisión. Por ejemplo, sobre un bien electrónico no puede haber «entrega» material; en este caso —que bien podría ser el del nombre de dominio—, la entrega sólo puede llevarse a cabo por medios electrónicos. Es una de las diferencias con los bienes inmateriales, ya que no puede plasmarse en algo corpóreo. En el caso de los bienes electrónicos no existiría entonces esa distinción entre «*corpus mechanicum*», instrumento sensible en que se materializa y hace sensible el bien inmaterial, y «*corpus mysticum*», que está constituido por la idea que es la entidad inmaterial⁵⁵.

Los bienes electrónicos se dividen en «no excluyentes» y «excluyentes».

⁵¹ Para mayor información sobre las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del nombre de dominio. Vid. Lastiri Santiago, M., *op.cit.*

⁵² También son denominados por la doctrina estadounidense como «virtual goods» Vid. DIBBELL, J., «Dragon Slayers or Tax Evaders?», *Legal Aff.* Jan/Feb 2006, p. 49; BRADLEY, C. y FROOMKIN, M. A. «Virtual Worlds, Real Rules», *49 N.Y.L. Sch. Law Review*, 2004-2005, p. 132.

⁵³ Término utilizado por MORINGIELLO, J. M., «False Categories in Commercial law: The (ir)relevance of (in)tangibility», *35 Florida State University Law Review*, 2007-2008, pp. 120 y ss.

⁵⁴ CASTRONOVA, E., *Synthetic Worlds: the bussiness and culture of online games*, Chicago, University of Chicago Press, 2005.

⁵⁵ Vid. FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *Tratado sobre...*, *op. cit.*, p. 27.

Los bienes «no excluyentes» son aquellos códigos informáticos que pueden ser utilizados por diferentes personas simultáneamente. Este tipo de códigos son regulados por leyes especiales, como las legislaciones de la propiedad intelectual e industrial, que protegen el interés creativo de estos bienes *no excluyentes*⁵⁶. Estos códigos de *no exclusión* representaron la gran novedad de Internet, y despertaron el interés de los juristas debido a los conflictos que se originan sobre los mismos. Un ejemplo de ello son las demandas por descargas de obras protegidas a través de las redes *peer to peer* (P2P)⁵⁷.

Este tipo de bienes digitales están diseñados para actuar como recursos *no excluyentes*, pues, valga la redundancia, *no excluyen* a otros bienes digitales iguales, es decir, que la utilización del código por una persona no impide su uso a otra. La *no exclusión* permite la creación y distribución de copias exactas a coste cero y que éstas pueden ser repetidas ilimitadamente⁵⁸. En la propiedad industrial, el derecho otorgado es excluyente en el sentido de que una vez concedido a uno, quedan excluidos todos los demás. Por eso se dice que los derechos de propiedad industrial, cada uno dentro de sus propios límites, producen un efecto de bloqueo, ya que el titular puede excluir a todos los demás de la explotación del objeto sobre el que recae su derecho. Por tanto, los bienes digitales son simplemente *no excluyentes* como consecuencia de su naturaleza, y son «intencionalmente» excluyentes en la medida en que pueden ser objeto de derechos de propiedad intelectual.

Por otro lado, los bienes digitales «excluyentes» son aquellos códigos informáticos confeccionados para ser utilizados por una sola persona, sin posibilidad de ser empleados por otras simultáneamente⁵⁹. Este tipo de bienes son los que impregnan la Red de redes y conforman los más importantes recursos *online*.

Estos códigos constituyen el componente estructural de Internet. En este sentido, el bien electrónico excluyente con más relevancia es el nombre de dominio. Le siguen las cuentas de correo electrónico (que derivan de un nombre de dominio)⁶⁰ y los perfiles de redes sociales como Facebook⁶¹. Cabe aclarar en este punto que lo que se analiza como bien electrónico no son los contenidos de los mismos, sino el bien en sí mismo, es decir, el nombre de dominio, el correo electrónico o la cuenta en la red social *per se*.

⁵⁶ POSNER, R., «Antitrust in the New Economy», U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 106, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=249316 [Consulta: 23 de abril de 2011].

⁵⁷ El *peer to peer* es un protocolo que posibilita la interconexión de ordenadores personales unidos a Internet. Define un tipo de redes electrónicas de comunicación en las cuales todos los participantes son servidores de almacenamiento de archivos, de forma que ofrecen servicio de descarga de dichos archivos al resto de miembros de las redes. PriceWaterhouse Coopers, PROMUSICAE (Productores de Música en ESPAÑA), *Libro Blanco de la música en España*, 2005, p. 41.

⁵⁸ Recordemos que los bienes inmateriales pueden tener multiplicidad de exteriorizaciones. Un ejemplo son las marcas que identifican infinidad de productos y servicios, son imitadas y reproducidas numerosas veces de forma idéntica por quienes no han invertido el más mínimo esfuerzo ni inversión.

⁵⁹ FAIRFIELD, J. A. T., «Virtual Property», 85 *B.U.L. Rev.*, 2005. pp. 1049 y 1054.

⁶⁰ *Vid.* Google. *Gmail Legal Notices*. http://mail.google.com/mail/help/intl/en/legal_notices.html [Consulta: 15 de febrero de 2015].

⁶¹ BOYD, D. M. y Ellison, N. B., «Social Network Sites: Definition, Hystory and Scholarship», 13 *J. of Computer-Mediated Comm*, 2001, <http://jcmc.indiana.edu/vol13/issue1/boyd.ellison.html> [Consulta: 15 de febrero de 2015].

El bien electrónico excluyente no es ilimitadamente repetible ni es susceptible de posesión simultánea por varios sujetos, al contrario de lo que sucede con los bienes inmateriales y los bienes electrónicos no excluyentes. Además, tampoco está delimitado por la ley como lo están los inmateriales y por ende los bienes electrónicos «no excluyentes».

El nombre de dominio es el bien electrónico excluyente por excelencia. Su naturaleza única cierra las puertas a cualquier persona que desee utilizar uno idéntico⁶². Esta situación que impide a otros el uso o control del mismo en el entorno electrónico se extiende al mundo físico. En el caso de los bienes electrónicos excluyentes, es el carácter de exclusividad intrínseca la que indirectamente lo otorga la condición de bien apropiable. Si observamos, el derecho a excluir a otros es *sine qua non* al derecho de propiedad⁶³. Sin embargo, falta que la ley le provea a este tipo de bien de un amparo que pueda otorgar a su «titular» un derecho similar al de la propiedad, y proporcionarle así seguridad jurídica.

En definitiva, en el caso el nombre de dominio, su carácter de excluyente y, por consiguiente, su excluso, viene dado por su origen tecnológico, y es la intervención del ser humano la que hace que funcione como llave de acceso a la Red. Esta situación concede a quien lo registra una especie de potestad para usarlo, controlarlo u ofertarlo⁶⁴.

8. REFLEXIONES FINALES

La única protección jurídica que hasta el momento ofrece la ley al registrante de un nombre de dominio es la obtención de un derecho de uso exclusivo a través de su registro como marca, situación que excluye de esa protección a los nombres de dominio genéricos o descriptivos de gran valor. Por ello, existen dos tipos de dominios electrónicos, aquellos sobre los que se puede ejercer un derecho de propiedad industrial y aquellos sobre los que no se ostenta ningún derecho más que de asociación a una dirección IP.

La comercialización de los nombres de dominio de segundo nivel genéricos o descriptivos y, el hecho de que el activo máspreciado de Internet para las empresas no

⁶² Vid. Caso *Sallen v. Corinthians Licenciamientos LTDA*, 273 F. 3d 14, 20 (1st Cir. 2001)

⁶³ MERRILL, T. W., «Property and the Right to Exclude», 77, *Neb. L. Rev.*, 1998, p. 734.

⁶⁴ Es curioso advertir que los bienes digitales excluyentes comparten sus características con los bienes jurídicos muebles o inmuebles, como por ejemplo un bolígrafo o una casa. Ello se advierte si utilizamos una dirección electrónica como prototipo para nuestro ejemplo: la utilización de la cuenta de correo electrónico es *excluyente* o *rivalrous* pues su usuario impide que otras personas lo utilicen (solo ese usuario puede enviar o recibir emails desde esa dirección). Es *persistente* porque continúa existiendo aún cuando no está siendo utilizado. Y, finalmente, está *interconectado* porque es parte de un sistema donde las personas pueden interactuar con el mismo, de acuerdo a ciertas normas y con la autorización del titular del email. Si observamos un bien tangible como un bolígrafo o una parcela, vemos que también son excluyentes, persistentes e interconectados. Para mayor abundamiento acerca de las características de los bienes electrónico excluyentes, vid. Lastiri Santiago, M. *op.cit.* y BLAZER, C., «The Five Indicia of Virtual property», 5 *Pierce L. Rev.* 137, 2006., p. 140. Curiosamente, si aplicamos la exclusión, la persistencia y la interconectividad a un bien jurídico tangible, tenemos como resultado algo muy similar a lo atribuido a los bienes digitales: si tengo un bolígrafo, lo tengo yo y no los demás (exclusión). He colocado el bolígrafo en un bote y he abandonado el aula, el bolígrafo permanece en el aula (persistencia) y por último, todos pueden interactuar con el bolígrafo con mi autorización (interconectividad).

siempre goce de la protección del derecho de uso exclusivo otorgado a los titulares de marcas, junto con la expansión del nombres de dominio de primer nivel son, a nuestro modo de parecer, razones suficientes para que en el ALMC se le hubiera dado cabida a una nueva categoría de bienes intangibles, concretamente, al nombre de dominio como bien electrónico *excluyente*.

En este sentido, nos interesa resaltar que la propuesta de una nueva categoría jurídica en el ALMC no nos parece descabellada. Si nos basamos en los comienzos y en cómo nacieron los denominados bienes inmateriales; los bienes electrónicos pueden ser una realidad jurídica.

Hace tiempo, la transmisión de los bienes inmateriales era impensable hasta que se los comenzó a concebir como bienes jurídicos culminando con la constitución de un derecho subjetivo sobre los mismos. La evolución del Derecho sobre los bienes inmateriales es una muestra del reconocimiento a las originales formas de representación de los bienes, prueba de ello es el sólido e importante Derecho de la propiedad intelectual en sentido amplio.

El derecho sobre el bien inmaterial, así delimitado, consiste en un derecho absoluto que se concreta fundamentalmente en la facultad de explotación en exclusiva por parte de su titular.⁶⁵ En realidad, se trataría de un derecho subjetivo semejante al derecho de propiedad, pero no un derecho de propiedad propiamente dicho, pues el derecho sobre un bien inmaterial se concreta en un derecho exclusivo de explotación, dotado de contenido patrimonial, apto para ser objeto de tráfico jurídico.

Algo parecido sucedería con el nombre de dominio como bien electrónico excluyente, ya que no se trataría de un derecho puro de propiedad, sino un derecho que por las características del bien que protege sea paralelo al derecho de propiedad.

Por lo anterior, sería adecuado plantear aquí el tipo de derecho que ostentaría el registrante de un nombre de dominio, pero ello requeriría de reflexiones que rebasarían el objetivo de este trabajo. Sin embargo, lanzaremos la idea con el objetivo de llamar a la reflexión sobre este tema:

Respecto al derecho que debe ostentar el registrante sobre un nombre de dominio, consideramos adecuada la aplicación del denominado «derecho de control», solución adoptada en otros campos para las innovaciones propias de Internet, como ha sucedido en el caso de los títulos valores electrónicos. En este entorno, este derecho se configura como un equivalente funcional de la posesión y sustituye a la entrega del título como elemento necesario para ejercer los derechos incorporados en el tradicional instrumento emitido en papel. Esta nueva construcción jurídica permite superar la exigencia de la plasmación de los derechos en un soporte material para la entrega y la correspondiente transmisión del bien.

Por tanto, si tenemos presente el control que por cuestiones técnicas ejerce el registrante sobre el dominio electrónico, que excluye de forma absoluta a cualquier otra persona del registro y por ende del «goce y disposición del bien» y al construirse el derecho de control como equivalente funcional de la posesión, que sustituye a ésta y a la

⁶⁵ ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona, Bosch, 1970, p. 287.

entrega del bien, podemos decir que el derecho de control es la única forma de «propiedad» de un bien electrónico.

Con este tipo de derecho se pone de manifiesto, por un lado, la proximidad entre la posición jurídica de un propietario en relación con un tipo de bien, y por otro, la del titular del derecho sobre el bien, en el sentido de que en ambos casos los derechos que ostentan son absolutos.

El nombre de dominio nace de la misma forma que nacen los bienes inmateriales, producto de una revolución, pero ésta genera un cambio basado en mecanismos telemáticos. Las nuevas tecnologías han modificado las formas tradicionales de las relaciones sociales y del comercio. Por ello, es necesario que se medite acerca del reconocimiento jurídico de los bienes electrónicos. La apertura de una nueva categoría de bienes jurídicos intangibles que, como el nombre de dominio, representan, al menos, el activo económico más importante de las empresas en la Red, y, en su parte más esencial, la llave de ingreso a Internet, significaría dar certeza y seguridad jurídica a aquellos negocios cuyo objeto de contrato sea la transmisión de esta clase de bienes.

Dotar al nombre de dominio de una calificación jurídica y proponer un derecho especial sobre el mismo, no significa desproteger a los titulares de marca, sino todo lo contrario. Éstos obtendrían, además del régimen jurídico que claramente les favorece, un derecho sobre un bien digital, y no una muy cuestionable extensión de un derecho de marca caracterizado por su territorialidad.

EL NUEVO PARADIGMA CONCURSAL EUROPEO Y SU INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL

JUANA PULGAR EZQUERRA *

Resumen

En el presente trabajo se aborda el nuevo paradigma en materia concursal y preconcursal contemplado en la recomendación Europea de 14 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque al fracaso empresarial y su incorporación al derecho Español.

En este marco, se analizan los dos elementos que integran el nuevo paradigma, de un lado, incentivación de la reestructuración societaria en sede preconcursal y de otro lado, mecanismos de segunda oportunidad para el deudor persona física. Así mismo, se aborda el modo en que se ha perseguido introducir en España este nuevo paradigma a través de la ley 17/ 2014 sobre reestructuración y refinanciación de deuda empresarial y de otro lado los mecanismos de segunda oportunidad inicialmente introducidos en nuestro derecho a través de la ley de emprendedores y su internacionalización y más recientemente a través del Real decreto ley 1/2015 sobre mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

Contenido

1. El nuevo paradigma concursal. – 1.1. La prevalencia de soluciones preconcursales /contractuales de reestructuración. – 1.2. La incentivación del inicio de la actividad empresarial por la persona física. – 1.2.1. La regulación de formas societarias europeas unipersonales con limitación de responsabilidad. – 1.2.2. La introducción o mejora de mecanismos legales exoneratorios del pasivo tras la conclusión de un procedimiento concursal. – 2. Mecanismos preconcursales de reestructuración en el modelo español. – 2.1. Evolución legislativa: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago. – 2.2. Nueva tipología de acuerdos de refinanciación protegidos. – 2.3. Régimen transitorio del privilegio de la nueva financiación ("fresh money. – 2.4. Nuevo marco de homologación de acuerdos de refinanciación, superación del principio de relatividad de los contratos y garantías reales. – 3. La incorporación al derecho español de mecanismos de segunda oportunidad. – 3.1. El modelo de discharge introducido por la Ley 14/2013 de Apoyo a los emprendedores. – 3.2. Las "correcciones" del sistema de exoneración del pasivo ex Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero.

* Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad Complutense de Madrid.

1. EL NUEVO PARADIGMA CONCURSAL EUROPEO

Como es sabido, hasta el momento no se ha armonizado en el marco europeo el tratamiento de las dificultades económicas del deudor que, teniendo una pluralidad de acreedores, es incapaz de satisfacerles a todos total o parcialmente. Esta armonización, hasta el momento tan solo se ha conseguido parcialmente en un ámbito procesal, a través del reglamento de insolvencia transfronteriza (Reglamento CE nº 1346/2000 del Consejo) que regulaba cuestiones de competencia, reconocimiento, ejecución, legislación aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia, cuyo proceso de revisión normativa ha terminado recientemente¹.

Esta ausencia de armonización determina que existan diferencias, en ocasiones sustanciales, entre los distintos derechos concursales europeos, en el modo de regular los mecanismos que permitan al deudor superar o al menos minimizar los efectos de su incapacidad de cumplimiento de las obligaciones, lo que, en un contexto de crisis económica como la actual, puede constituir en ocasiones elementos de "forum shopping", "emigrando" los deudores, en particular personas jurídicas hacia modelos normativos europeos que sean más favorables a sus intereses. En este marco, ha de destacarse en el marco de la reestructuración preconcursal empresarial la frecuente "emigración" hacia el modelo de los "schemes of arrangement" regulados en el marco societario del Reino Unido.

No obstante, recientemente la Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014, sobre "Un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial" (2014/135/UE), podría constituir un paso decisivo hacia la construcción de un Derecho Europeo de insolvencia sobre la base de una Directiva Comunitaria sobre esta materia, que regule en un modo armonizado aspectos sustantivos del derecho de insolvencia y no sólo aspectos procesales, como aconteció en el marco del referido reglamento de insolvencia transfronteriza, habiendo sido determinante en gran medida esta Recomendación de la reciente reforma del Reglamento Europeo 1346/2000².

Pero si la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 es importante, es no sólo por lo que representa en orden a una armonización del Derecho Europeo de insolvencias, sino porque, además, recoge lo que parece constituir un nuevo paradigma en materia de insolvencia empresarial, referenciado al modelo norteamericano del Chapter XI del Bankruptcy Code norteamericano, que será determinante de un nuevo sistema y que parece estructurarse, con el fin de propiciar el inicio y la continuidad empresarial y el mantenimiento del empleo, en torno a dos ideas básicas: prevalencia de

¹ No olvidemos, sin embargo, que a nivel europeo se ha perseguido esta armonización desde el año 2000 (Reglamento CE nº 1346/2000 del Consejo) sobre procedimientos transfronterizos de insolvencia. Así, hay que citar la Resolución de 15 de noviembre de 2011 del Parlamento europeo, con recomendaciones a la Comisión sobre el procedimiento de insolvencia en el marco del Derecho Europeo de sociedades; la comunicación sobre el Acta del Mercado Único II (COM (2012), 573 final), con la que la Comisión emprendió la modernización de las normas sobre insolvencia en la Unión Europea. Vid, además, Directiva 2001/23CE, que regula los derechos de los trabajadores en supuestos de transmisión de empresas y en particular el artículo 5 relativo a los procedimientos insolvencia.

² En conexión con la incentivación, en la Recomendación Europea de 12 de marzo de 2014, se incluye un Anexo A en el Reglamento, en el que se enumeran los institutos preconcursales que deben reconocerse en todos los estados miembros.

soluciones precontractuales y contractuales de reestructuración y mecanismos de segunda oportunidad para el empresario persona física, que conectan con la tradicional "second chance" norteamericana.

1.1. La prevalencia de soluciones preconcursales/contractuales de reestructuración societaria

De un lado, la Recomendación de la Comisión establece la conveniencia de la prevalencia de soluciones que podríamos denominar contractualistas a las crisis económicas empresariales de carácter preconcursal, que permitan en una fase temprana **reestructurar empresas viables con dificultades financieras**, sobre la base de acuerdos entre el deudor y sus acreedores, sobre todo financieros, maximizándose con ello el valor de los activos, con mantenimiento de los puestos de trabajo³. La clave, por tanto, se sitúa en la "reestructuración" acordada y preconcursal, pareciendo clara la razón que subyace a esta prevalencia de soluciones contractualistas: con ello se reducen en el marco de autonomía de la voluntad de las partes los costes temporales, económicos y reputacionales que llevan consigo las tradicionales soluciones a las crisis económicas, por la vía de los tradicionales procedimientos judiciales de insolvencia⁴.

La Recomendación de la Comisión, en este ámbito, establece normas mínimas en el marco de la reestructuración preventiva en una fase temprana, tan pronto como sea posible la probabilidad de insolvencia. Se persigue dicha reestructuración sobre la base de acuerdos extrajudiciales entre deudor y acreedores, con las mayorías legalmente exigidas y una mínima intervención judicial sin necesidad de incoación de un procedimiento judicial, recomendándose la superación de un principio básico en el marco de la teoría general de obligaciones y contratos como es el principio de relatividad de los contratos (*res inter alia*), haciendo el acuerdo vinculante para todos los acreedores (capacidad de "arrastre"), siempre que haya sido objeto de homologación judicial. Se trata, por tanto, de propiciar acuerdos cuya naturaleza es contractual, alcanzados por régimen de mayorías frente a la clásica necesaria unanimidad de los acuerdos extrajudiciales y en los que se produce una superación de principios básicos contractuales, como el de relatividad de los contratos, lo que en gran medida se justifica sobre la base de la homologación judicial de que es objeto el acuerdo.

La reestructuración se apoyaría sobre la base de planes de reestructuración en los que se debería individualizar los acreedores afectados por el plan, los efectos de la reestructuración, la garantía de la viabilidad de la actividad empresarial y, en su caso, las condiciones para una nueva financiación.

³ Vid MIHAELA CARPUS CARCEA, "La recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial", *RcP*, 22/2015, pp. 299-303.

⁴ Vid PULGAR EZQUERRA "A contractual approach to overindebtedness: rebus sic stantibus instead of bankruptcy", en AAVV *Life Time Contracts*. LUCA NOGLER/UDO REIFNER (dirs.), Netherland 2014; y, con anterioridad, en la monografía *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, Madrid 2012, La Ley. Vid también, sobre la diferencia entre "reestructuración y conservación", Pulgar Ezquerra "Reestructuración empresarial y potenciación de los acuerdos homologados de refinanciación", *RcP*, 22/2015.

En relación a los acreedores, con el fin de individualizar su posición en la reestructuración, se recomienda, por la Comisión Europea, su identificación y agrupación en categorías, recomendándose, con el fin de aumentar las perspectivas de reestructuración, que también los acreedores con garantía real puedan resultar afectados por el acuerdo.

Particular atención merece, en la recomendación de la Comisión, la nueva financiación otorgada en situación anterior y próxima a la insolvencia, estableciéndose un amplio ámbito de protección en casos en que el acuerdo esté homologado por un juez.

- De un lado, la no rescindibilidad en un eventual concurso de la nueva financiación, venta de activos del deudor y la capitalización de deuda (conversión de deuda en capital),
- De otro, exención para los financiadores de incurrir en una eventual responsabilidad civil (p.e. concesión abusiva de crédito) y penal, en relación con el proceso de reestructuración, todo ello condicionado a que no se compruebe que se ha cometido fraude en relación con la nueva financiación.

1.2. La incentivación del inicio de la actividad empresarial por la persona física

De otro lado, el segundo paradigma de lo que podría constituir un futuro Derecho Concursal Europeo, se sitúa en la Recomendación de la Comisión en la necesidad de propiciar mecanismos de segunda oportunidad para los empresarios, en particular de exoneración de las deudas contraídas en el curso de la actividad empresarial. Se persigue con ello, que dichos mecanismos operen a modo de "aseguramiento" frente al temor al fracaso empresarial y sus consecuencias, que en ocasiones actúa como un "freno" frente al inicio o desarrollo de actividades empresariales, que por concepto son actividades que conllevan un riesgo⁵. En este sentido, la Recomendación de la Comisión Europea, de 14 de marzo de 2014, se completa con el Plan de Acción sobre Emprendimiento 2020, de 9 de enero de 2013, que en definitiva persigue la reestructuración de PYMES y empresarios individuales, idea ésta presente, por otro lado, en diversas recomendaciones de la Comisión Europea.

La propiciación de mecanismos de segunda oportunidad empresarial se centra en empresarios personas físicas, dado que la persona jurídica no los necesita, pues a los mecanismos de limitación de responsabilidad que operan en función del tipo societario exigido por las partes, se añade el hecho de que, concluido un procedimiento concursal, en la generalidad de los modelos europeos de Derecho Concursal, la persona jurídica se extingue⁶. La introducción de mecanismos legales que propicien el inicio de la actividad empresarial se persigue actualmente en el ámbito europeo por dos vías básicamente: de

⁵ Vid PULGAR EZQUERRA "Concurso y consumidores en el marco del estado social de bienestar", *RcP* 9/2008, págs. 43-73; más tarde en "El sobreendeudamiento de la persona física". en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, nº 53, Tomo LIII, pp. 385-424.

⁶ PULGAR EZQUERRA "Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo", *RdS*, 41/2013, pp. 23-59. Martínez Florez, Aurora, *La extinción de las sociedades de capital a causa de la conclusión del concurso*, Cizur Menor. Civitas, 2013, p. 194.

un lado, la introducción de figuras societarias unipersonales de limitación de responsabilidad, y de otro la introducción o mejora de mecanismos exoneratorios de pasivo insatisfecho.

1.2.1 La regulación de formas societarias europeas unipersonales con limitación de responsabilidad

La incentivación del inicio de la actividad empresarial sin temor al fracaso y sus consecuencias, se puede perseguir, de un lado, mediante la propiciación y mejoras de regulación normativa en los distintos países europeos miembros de formas societarias unipersonales que permitan al empresario persona física limitar su responsabilidad, sin necesidad de optar por formas asociativas.

En este marco, ha de destacarse por su relevancia, la propuesta de directiva comunitaria relativa a las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada. (Doc. CoM (2014) 212 final de 9-4-2014), en el momento en que se cierra la redacción de este trabajo en proceso de discusión y debate⁷.

En este marco, se proyecta la denominada "Societas Unius Personae (SUP)", que en esencia constituye un régimen especial de sociedad de responsabilidad limitada unipersonal armonizado a nivel comunitario en materia de régimen de constitución, domicilio social y capital mínimo. Ello se persigue sin detrimento de la tutela de los acreedores, proyectándose en este ámbito el denominado "test de solvencia", conforme al cual *"la sociedad no deberá realizar distribución de beneficios al socio único si tiene como resultado que aquélla no pueda pagar sus deudas a medida que vayan vencimiento después de la distribución"*.

El referido "test de solvencia", conlleva la obligación del administrador social de certificar por escrito que, tras haber investigado a fondo la situación y perspectivas de la Societas Unius Personae, se ha formado una "opinión razonable" de que la sociedad podrá pagar sus deudas a medida que vayan venciendo en el curso normal de la actividad empresarial, en el año siguiente a la fecha de la propuesta de distribución de beneficios (modelo holandés de certificado de solvencia), sancionándose de otro modo a los administradores con su responsabilidad por infracción de las reglas de distribución de beneficios.

Se introduce con ello, por tanto, de un lado, deberes preconcursales de los administradores sociales frente a los acreedores -también típicos de los modelos anglosajones- en conexión con los límites al reparto de resultados. De otro, y en conexión con ello, se aproxima en alguna medida en este ámbito, la función y significado de la actuación del administrador social a la de un auditor, que, de un lado, ha de pronunciarse sobre el "going concern" de la sociedad o principio de empresa en funcionamiento; y, de otro, efectuar un juicio de futuro, sobre la previsibilidad de que en el plazo de un año la sociedad podrá atender con la continuidad de su actividad al cumplimiento de sus obligaciones. Con ello, se cuestiona de algún modo la idoneidad

⁷ ESTEBAN VELASCO, G. "La propuesta de directiva sobre la Societas Unius Personae (SUP): las cuestiones más polémicas", *Notario del Siglo XXI*, n. 60, marzo/abril 2015, pp. 148-151.

del capital social como elemento de tutela de los acreedores sociales (Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, 2002) (Informe Winter) y se opta por el modelo típicamente anglosajón de las denominadas "solvency rules" o "test de solvencia", en el que, frente al modelo basado en el capital social, en el que los límites a la distribución de resultados se fijan en la relación capital/patrimonio, se sitúa, en interés de los acreedores, en la solvencia actual o inminentemente futura de la sociedad el límite de tal reparto⁸. Ello puede resultar particularmente complejo en aquellos modelos, como el español o el italiano, en los que, de un lado, no se contempla un específico marco de deberes preconcursales de los administradores sociales frente a los acreedores y, de otro, en aquellos países en los que hasta el momento y frente a lo que acontece en el Derecho Francés (L 232-2 Code du Commerce Francés), no se regulan documentos contables previsionales sobre los que fundamentar el administrador su previsión de futuro, con el riesgo que ello conlleva en orden a determinar su responsabilidad.

No obstante, y a la espera de la evolución que presente esta propuesta de directiva comunitaria relativa a sociedades europeas unipersonales de responsabilidad limitada, lo importante es lo que conlleva esta propuesta de incentivación del inicio de la actividad empresarial por la vía de la limitación de la responsabilidad por vía societaria del empresario persona física, sin detrimento de la tutela de los acreedores, dado que el "test de solvencia" de la sociedad, en orden a la distribución de beneficios, previsiblemente disuadirá en la práctica de un uso fraudulento de la figura de la Societas Unius Personae (SUP).

1.2.2 La introducción o mejora de mecanismos legales exoneratorios del pasivo tras la conclusión de un procedimiento concursal

La Recomendación de la Comisión Europea, de 14 de marzo de 2014, pone el acento en la necesidad de propiciar una segunda oportunidad al empresario persona física, que parece conectar con la ya tradicional idea de la "second chance" norteamericana, cuyo origen se sitúa en el New Deal Rooseveltiano.

Con esta idea, se trata de que los países miembros introduzcan mecanismos de condonación total del pasivo insatisfecho en un procedimiento concursal, que incentiven el ejercicio de la actividad profesional sin temor al eventual fracaso y sus consecuencias, dado que con dicha condonación se deroga, al menos parcialmente, uno de los principios básicos del Derecho Privado, como lo constituye la responsabilidad patrimonial universal ex art. 1.911 Cc.

En el ámbito de la Recomendación de la Comisión, se atiende en este marco exclusivamente a la persona física empresario, sin referencia alguna a mecanismos condenatorios respecto de personas físicas no empresarias, y en particular consumidoras. Subyace, por tanto, a la recomendación de introducción en los países

⁸ Vid GIRÓN TENA "Derecho de Sociedades I", Madrid 1976, págs. 177 y ss. GARRIDO "Capital social y reglas de solvencia", en *Libro homenaje a Juan Luis Iglesias Prada*, Madrid 1976. Fleischer "Legal capital -a navigation system of corporate law scholarship", *EBOR*, 7 2006, p. 297 y ss. Schon "The future of legal capital" *EBOR*, 5, 2002, p. 429 y ss.

miembros de mecanismos condonatorios la idea del "fresh start" empresarial. Ello no significa, sin embargo, que se excluya la condonación de los consumidores -que encontraría su fundamento no tanto en un "fresh start", dada la ausencia de desarrollo de una actividad, cuanto en la idea de evitar su "exclusión social"-, sino más bien un planteamiento al que subyace la idea de que los requisitos y el procedimiento para condonar al empresario y a los consumidores personas físicas deberían ser en los países miembros distintos. Así mismo, parece derivarse de la Recomendación la prevalencia en el momento actual de crisis de la idea del "fresh start" empresarial, como medio de propiciar el mantenimiento del empleo, aun cuando con ello se evite también indirectamente la "exclusión social" a la que puede conducir la pérdida de empleo como consecuencia de la destrucción de valor o la ausencia de iniciativa empresarial.

Nos encontramos, por tanto, ante un planteamiento en el marco de la Recomendación de la Comisión más conservador que el manifestado en el marco del Derecho Norteamericano, en el que, como se sabe, desde los años 80 y en conexión con las prestaciones del estado social del bienestar, se ha venido propiciando legalmente la condonación de pasivo insatisfecho no sólo frente a empresarios, sino también respecto a consumidores, personas físicas, evitándose la "deuda perpetua" a que puede conducir la aplicación estricta del principio de responsabilidad patrimonial, habiéndose producido en el marco norteamericano importantes debates parlamentarios en los que se ha contrapuesto a los intereses del lobby de la industria del crédito la protección de los consumidores (Elizabeth Warren)⁹.

No obstante, el planteamiento del tema en la Recomendación de 14 de marzo de 2014 es innovador y progresista, frente al tradicional planteamiento de los mecanismos de condonación por los que se ha optado en los países europeos, que hasta este momento han introducido estos mecanismos. En efecto, en la Recomendación parece que se endurecen las condiciones personales exigidas no sólo para el acceso al beneficios de los mecanismos exoneratorios (test de discharge), sino también para su mantenimiento (de empresarios deshonestos o con mala fe tanto antes como después de la insolvencia se habla en el nº 32 de la Recomendación), pero a la vez se amplían y flexibilizan notablemente las deudas comprendidas bajo el ámbito de la exoneración, así como se reduce el período de concesión de dicha condonación.

Así se establece que a los empresarios "se les debería **condonar totalmente las deudas** incursas en la insolvencia en el plazo máximo de 3 años". Parece, por tanto, perseguirse la inclusión en el ámbito de la condonación deudas que tradicionalmente en algunos países miembros se han excluido de la condonación (p.e. créditos públicos o los derivados de la responsabilidad extracontractual), sin perjuicio de admitir que los estados miembros puedan excluir algunas categorías específicas de deudas como "las conectadas a la responsabilidad derivada de delito".

Así mismo, se reduce el plazo en el que se concede la condonación a tres años, frente a los tradicionalmente largos períodos de concesión de la condonación en

⁹ Vid WARREN "The two income trap: why middleclass mothers and fathers are going broke", New York Basic Book 2003; en *Europa*, vid los tradicionales planteamientos sobre esta materia de Reifner/Ford "Banking for people: social banking and new poverty", en *Consumer debts and unemployment in Europe*", Berlín/New York 1992.

modelos que recogen "test de exoneración" con anterioridad y posterioridad a la exoneración, como el alemán, que por cierto en la última reforma del Derecho de insolvencia de la persona física, de 15 de julio de 2013 (Insolvenzrechtsreform - treten - zum 1-7-2014 des gesetzes zur verkürzung des Restschuldbefreiun Gsverfahrens), que entró en vigor el 1 de julio de 2014, ha procedido ya a la reducción de dichos plazos tradicionalmente largos¹⁰.

2. MECANISMOS PRECONCURSALES DE REESTRUCTURACIÓN EN EL MODELO ESPAÑOL

2.1. Evolución legislativa: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago

En el Derecho Español, en un modo operativo y avanzado, anticipándose en ocasiones a las previsiones de la Recomendación de la Comisión Europea de 14 de marzo de 2014, se ha incorporado el nuevo paradigma centrado en la "reestructuración societaria preconcursal" a través de la regulación y protección de mecanismos de refinanciación con reestructuración, para grandes empresas (FCC, Sacyr, Panrico, SOS, ...) y acuerdos extrajudiciales de pagos para Pymes y empresarios personas físicas, tras la reforma introducida en este ámbito por el Real Decreto-Ley 1/2015, sobre Mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

En efecto, ya el RDL 5/2009 inicia, sobre la base del modelo italiano de los "Accordi di ristrutturazione", la regulación legal de los acuerdos de refinanciación preconcursales en el marco de la prevalencia de la autonomía de la voluntad ex art. 1255 Cc, dotándose a estos acuerdos de "escudos protectores" en sede rescisoria, a modo de los "umbrella protettivi" italianos. Más tarde, la L 38/2011 de reforma de la Ley Concursal, amplía la tipología de acuerdos protegidos regulados introduciéndose los acuerdos de refinanciación con homologación judicial y ampliándose la protección en sede concursal, no sólo a efectos rescisorios, sino mediante la introducción, aun cuando en aquel momento en un modo que podría calificarse como "light", del privilegio de la nueva financiación aportada en el marco de un acuerdo de refinanciación protegido (50% crédito prededucible contra masa, 50% privilegio general y exclusión respecto de socios) ("fresh money" preconcursal)¹¹.

Más tarde, en virtud de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se vuelven a reformar estos institutos preconcursales de refinanciación, pensados dada su estructura para grandes empresas, aun cuando no tanto porque el legislador expresamente limite a este ámbito su operatividad como pueda acontecer, por ejemplo, respecto del procedimiento de la Ammnistrazione straordinaria italiana. Por ello, en virtud de dicha Ley, se configuran como novedad en el Derecho Español, coexistiendo con la regulación de los acuerdos de refinanciación los

¹⁰ Vid AHRENS, M. "El nuevo Derecho Concursal de la persona física en Alemania", traducción al español de Concepción Chamorro, profesora de Derecho Mercantil URJC, *RcP*, 21/2014, pp. 299-312.

¹¹ Vid PULGAR EZQUERRA "Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación", La Ley, Madrid, 2012.

denominados acuerdos extrajudiciales de pago, estructurados sobre la base de la mediación, siguiendo el modelo francés de la "conciliation" y pensados, al menos en teoría, para pequeñas y medianas empresas, aun cuando de nuevo con deficiencias técnicas en su regulación, que hacen cuestionar su operatividad en la práctica, por lo que los referidos "acuerdos extrajudiciales de pagos" han sido objeto de revisión y aproximación al régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación en una reforma concursal introducida en virtud del Real Decreto 1/2015, de 27 de febrero.

Sin embargo, puede sostenerse que ha sido el Real Decreto 4/2014 -redactado por el Ministerio de Economía, hoy Ley 17/2014 sobre Refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, la normativa que ha dado un paso más decisivo e innovador en relación a la regulación y configuración de operativos acuerdos de refinanciación, alejándonos del modelo italiano inicialmente adoptado en España en esta regulación y aproximándonos al modelo de los "schemes of arrangement" del Reino Unido. Con ello, el redactor de la norma, que en este caso ha sido el Ministerio de Economía y no de Justicia, dado el proceso de tecnificación sobre la base de criterios económicos del que progresivamente ha sido objeto el Derecho Español, en parte dado el proceso de supervisión por la Troika de que ha venido siendo objeto España en los últimos años, se ha adelantado en gran medida y en ocasiones ha ido incluso más allá de las previsiones contenidas en la Recomendación de la Comisión de 14 de marzo de 2014.

En este sentido, las principales innovaciones introducidas hasta el momento en que se cierra la redacción del presente trabajo, centrándonos en los acuerdos de refinanciación a cuyo régimen progresivamente se han ido asimilando los acuerdos extrajudiciales de pagos, han sido las siguientes.

2.2. Nueva tipología de acuerdos de refinanciación protegidos

Frente al planteamiento inicial en Derecho Español, que sólo protegía acuerdos de refinanciación plurilaterales alcanzados entre el deudor y una pluralidad de sus acreedores, en la Ley 17/2014 se amplía la tipología de acuerdos protegidos en un eventual escenario concursal, distinguiéndose:

- Acuerdos plurilaterales con mayorías y cumplimiento de requisitos legales, con (DA 4ª LC) o sin homologación judicial (art. 71.bis.1 LC): ampliación significativa del crédito disponible o novación modificativa o extintiva y certificación de mayorías por auditores y elevación a instrumento público, habiendo desaparecido la obligación de informe de experto independiente, al que sin embargo se puede acudir potestativamente, y regulándose las mayorías exigidas en función del carácter homologado o no del acuerdo y de los efectos que se persigan alcanzar.
- Acuerdos bilaterales o plurilaterales que carecen de las mayorías legalmente exigidas o de otros requisitos legales (art. 71.bis.2 LC) Estos acuerdos no pueden ser objeto de homologación judicial.

Ambas categorías de acuerdos disfrutan de protección en sede de negociación ex art. 5.bis LC, así como de protección rescisoria y privilegio de la nueva financiación

("fresh money") en un eventual procedimiento concursal, habiéndose extendido también estos "escudos protectores" a los acuerdos extrajudiciales de pagos, salvo, como se analizará a continuación, en lo relativo al privilegio de "fresh money".

2.3. Régimen transitorio del privilegio de la nueva financiación ("fresh money")

En el modelo español el reconocimiento del privilegio de la nueva financiación ("fresh money") en el marco de acuerdos de refinanciación, presentaba importantes "handicaps", que se centraban, de un lado, en que era prededucible no el 100% de lo aportado sino sólo el 50%, y de otro en la exclusión de dicho privilegio de las aportaciones en concepto de préstamo procedente de socios (financiación interna). Pues bien, el redactor del RDL 4/2014 -hoy convertido en Ley 17/2014- ha intentado superar dichas deficiencias, aun cuando a través de un régimen temporalmente transitorio.

Así, se ha establecido prededucibilidad del 100% de lo aportado como nuevo ingreso de tesorería, con arreglo a las previsiones del plan de viabilidad, con inclusión de la financiación de socios. No obstante ello, en un modo transitorio, sólo en tanto en cuanto la financiación se aporte dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigor del RDL 4/2014 y siempre que el concurso de acreedores se declare dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigor de dicho Real Decreto Ley (2016).

Se persigue con ello propiciar la financiación que se aporta en sede preconcursal, en el marco de un acuerdo de refinanciación, con incremento de riesgo crediticio, aun cuando ello en un modo transitorio, probablemente en la previsión de la superación de la actual crisis económica.

Ello, sin embargo, no acontece en el marco de los acuerdos extrajudiciales de pagos, en los que, en un modo cuestionable, la nueva financiación que se aporte no disfrutará del privilegio de "fresh money".

2.4. Nuevo marco de homologación de acuerdos de refinanciación, superación del principio de relatividad de los contratos y garantías reales

La homologación por el juez de lo mercantil, que sería en su caso competente para declarar el concurso del acuerdo de refinanciación alcanzado por el deudor con sus acreedores, ha constituido una opción facultativa tradicionalmente limitada al deudor, y tras la Ley 17/2014 extendida también a sus acreedores, y en modo alguno una obligación. Dicha homologación, que sólo es posible respecto de acuerdos en que se alcancen los porcentajes legalmente exigidos de acreedores titulares de pasivo financiero ex DA 4ª LC, se encuadraría en el marco de los actos de jurisdicción voluntaria, al no resolver ninguna controversia, limitándose el juez a aprobar, con arreglo a los criterios legalmente establecidos, lo que las partes -deudor y acreedores- han acordado, con cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos¹².

¹² PULGAR EZQUERRA "Reestructuración empresarial y potenciación de acuerdos homologados de refinanciación", *RcP*, 22/2014, pp. 67-95.

No obstante el carácter facultativo de la homologación, ésta puede resultar conveniente si, además de obtener una protección rescisoria y un privilegio para la nueva financiación, se quieren obtener otros efectos, que conllevan una superación del principio de relatividad de los contratos en función de las mayorías con que se alcance un acuerdo de refinanciación homologado.

En este sentido, un acuerdo se puede homologar si el juez comprueba los requisitos legales (mayorías exigidas, certificado de auditor sobre las mayorías y elevación a instrumento público) y concurre al menos un 51% del pasivo financiero, del que se excluyen créditos públicos y proveedores, aun cuando procedan a pasar de un corto a largo plazo.

La homologación con estos porcentajes de pasivo sólo permite disfrutar de protección rescisoria en un eventual concurso, pero, si se supera ese 51%, alcanzándose un 60, 65, 80, 85 por ciento, con arreglo a las previsiones legales contenidas en la DA 4ª LC, se pueden alcanzar otros efectos, además de la protección rescisoria.

En este sentido, se puede imponer a acreedores disidentes o no participantes en el acuerdo el contenido del acuerdo de refinanciación, no sólo en lo relativo a esperas sino también quitas, daciones de pagos o incluso capitalizaciones de deuda (efecto arrastre del acuerdo de refinanciación). No obstante, esta extensión se produciría no respecto a cualquier acreedor, sino tan sólo respecto de acreedores titulares de pasivo financiero disidentes o no participantes en el acuerdo.

Esta extensión del contenido del acuerdo de refinanciación que no constituye sino la renegociación de un contrato, no obstante la homologación judicial de que es objeto, que ni judicializa ni procedimentaliza el acuerdo, supone una derogación del principio de relatividad de los contratos (*res inter alios*), extendiéndose el contenido de dicha renegociación a quienes no habían participado o habían disentido de ésta.

Esta superación del principio de relatividad contractual, en el modelo español, puede acontecer incluso respecto de acreedores titulares de pasivo financiero dotado de garantía real, no sólo hasta donde no alcance la garantía, ámbito en el que serían equiparables a los acreedores ordinarios, sino también incluso respecto de donde ésta alcance, con arreglo a un criterio de valoración de la garantía establecido en la DA 4ª.2 LC.

Todo ello se ha extendido también al marco de los acuerdos extrajudiciales de pagos, en virtud del Real Decreto-Ley 1/2015, aun cuando sin previsión de homologación, que sólo se contempla respecto de acuerdos de refinanciación.

Así mismo, en supuestos en que el acuerdo de refinanciación esté homologado y se acompañe de un informe de experto independiente designado por el registrador mercantil, es posible "incentivar" ciertos contenidos del acuerdo al deudor y en particular una capitalización de deuda. En este marco, en virtud del RDL 4/2014 -*hoy Ley 17/2014-*, se introdujo en el Derecho Concursal Español una presunción de concurso culpable respecto de socios que sin causa razonable se nieguen a capitalizar (*presunción iuris tantum*) excluyendo el administrador social su responsabilidad si aconsejare la razonabilidad de la capitalización (art. 165.4º LC). Se incentiva de este modelo la capitalización de deuda como mecanismo de reestructuración y saneamiento empresarial, sobre todo respecto de acreedores titulares de pasivo financiero,

intentándose así mismo, mediante reformas legales actualmente en curso en España "minimizar" el impacto contable que para las entidades financieras podría conllevar, en sus cuentas de resultados, la opción por la capitalización en sus cuentas de resultados.

Ello constituye uno de los aspectos más novedosos e importantes de la reforma acometida en virtud de la Ley 17/2014, pues dicha capitalización parecería conectar con temas de "governance", pudiendo permitir cambios en la toma de control empresarial, con aligeramiento de los requisitos legalmente previstos para ello (p.e. exclusión de la obligación de lanzar OPA si se superan los límites legales, sin necesidad de autorización de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, atenuación del régimen fiscal de la capitalización ...) y sin los riesgos que dicha capitalización podría conllevar en un escenario concursal (rescisión, posición subordinada si se superan ciertos límites de participación accionarial o administración de hecho).

En definitiva, se trata de una reforma muy avanzada que altera principios básicos del Derecho Privado (responsabilidad patrimonial universal) (relatividad de los contratos) y del Derecho de Sociedades (incentivos negativos a la capitalización mediante aumento de capital por compensación de créditos), pero que, insistimos, en el momento de cierre de este trabajo está todavía en proceso evolutivo, encontrándose en el momento de cierre de este trabajo en curso la conversión en ley ordinaria del Real Decreto-Ley 11/2014, que, aun cuando tuvo como objeto el "traslado" al convenio concursal del régimen de los acuerdos de refinanciación, también podría incidir, en un ámbito preconcursal, en su conversión como ley ordinaria.

3. LA INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE MECANISMOS DE SEGUNDA OPORTUNIDAD

En el Derecho Español, desde la aprobación de la Ley Concursal 22/2003, se optó, frente al modelo italiano, por un principio de unidad legal, subjetiva y procedimental, en el que no se regularon inicialmente, respecto de deudores personas físicas, mecanismos legales de condonación del pasivo, esto es "ex lege", con independencia de la voluntad de los acreedores y dejando al margen la exoneración del pasivo en sentido impropio, que provendría de la eficacia novatoria del convenio concursal, en los que es necesaria la voluntad de los acreedores de condonar el pasivo insatisfecho. No obstante, en virtud de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se introdujeron mecanismos exoneratorios ex lege del pasivo insatisfecho, con un notable retraso temporal frente a la regulación de estos mecanismos en otros modelos de Derecho Comparado, en los que la introducción de estos mecanismos se acompañó de un amplio debate doctrinal, en ocasiones con trascendencia política. Ello probablemente se deba a que, hasta esa fecha, la preocupación en España se había venido centrando -en el marco de una elevada tasa de desempleo y un origen fundamentalmente hipotecario del sobreendeudamiento de la persona física-, de un lado, en las grandes empresas generadoras de puestos de trabajo y respecto de las que desde 2009 se venían regulando procedimientos de refinanciación de deuda con reestructuración; y, de otro, en el tratamiento del deudor hipotecario, en el que la célebre sentencia del Tribunal Superior

de Justicia de Luxemburgo sobre el caso Aziz marcó un antes y un después, en esta materia (vid RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y Ley 1/2013, de 14 de marzo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que a su vez ha modificado el RDL 6/2012)¹³.

Posteriormente, en fecha reciente se han reformado los mecanismos exoneratorios de pasivo insatisfecho en el marco de la necesidad de propiciar una segunda oportunidad a través del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de Mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

3.1. El modelo de discharge introducido por la Ley 14/2013 de Apoyo a los emprendedores

En el modelo español, introducido por la Ley 14/2013, respecto de la opción de política jurídica sobre el ámbito subjetivo de estos mecanismos exoneratorios, se optó por la coexistencia de la idea de propiciación del "fresh start" con la evitación de la "exclusión social", centrándose en el establecimiento de mecanismos no sólo para el deudor empresario persona física (mecanismos del art. 242.2.5 LC), conectados a un previo acuerdo extrajudicial de pagos, como acontece en el modelo italiano y se deriva de la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, sino también para todo deudor que pueda tener acceso al concurso de acreedores, esto es con independencia de su condición empresarial, por la vía del mecanismo contenido en el art. 178.2 LC.

No obstante, en la inicial regulación en el modelo español de estos mecanismos exoneratorios, esta amplitud, en lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de dichos mecanismos, contrastaba notablemente con el reducido ámbito material de deudas excluidas de la exoneración. Ello, unido a las deficiencias de técnica jurídica que se advierten en su configuración, permitía sostener que la incorporación al Derecho Español de mecanismos legales exoneratorios del pasivo insatisfecho había sido más formal que material, teniendo por tanto el modelo español un importante reto en orden a adaptar este derecho en 2015 a las previsiones contenidas en la Recomendación de la Comisión Europea.

En este sentido, en el modelo español originariamente configurado, y frente a las previsiones recogidas en la Recomendación de la Comisión Europea, se establecían unos bajos estándares de acceso a los mecanismos exoneratorios, de modo que casi cualquier deudor podría ser candidato a acceder a la exoneración, bajo la condición de que el concurso no sea culpable, lo que en modo alguno es identificable con la buena fe del deudor. Por el contrario, y de nuevo en sentido contrario a las previsiones de la Recomendación de la Comisión Europea, en el modelo español se exigía satisfacer un elevado porcentaje de la deuda (créditos contra la masa en su integridad, privilegiados y el 25% de los créditos ordinarios en el mecanismo exoneratorio previsto para todo

¹³ Vid PULGAR EZQUERRA "El sobreendeudamiento de la persona física", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo III, pp. 385-424.

deudor, con independencia de su condición empresarial). Si a ello se añadía el amplio elenco de deudas que resultaban exceptuadas de la exoneración en el modelo español, entre las que destacan en particular los créditos de naturaleza pública, podía concluirse que la exoneración de pasivo era más formal que material.

3.2. Las "correcciones" del sistema de exoneración del pasivo ex Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero

Las expuestas deficiencias en el sistema exoneratorio introducido en virtud de la Ley 14/2013 de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que alejaban nuestro modelo de las recomendaciones sobre la materia contenidas en la citada Recomendación de la Comisión Europea de 14 de marzo de 2014, han pretendido ser "corregidas" en virtud del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de Mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

No obstante y como ha acontecido en relación a otras reformas concursales recientemente introducidas en España en el marco de la monitorización legislativa a la que nos ha sometido la Troika desde 2013, la técnica legislativa empleada conlleva la tramitación como ley ordinaria del referido Real Decreto-Ley 1/2015, proceso éste en el que, como ha acontecido en otros supuestos -véase tramitación como Ley 17/2014 sobre Refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial del Real Decreto-Ley 4/2014- pueden introducirse reformas en el régimen que vamos a analizar a continuación, condicionando por tanto este análisis dicha "provisionalidad", en tanto en cuanto el referido Real Decreto-Ley no se tramite como ley ordinaria.

En virtud del referido Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, se ha introducido en la Ley Concursal un nuevo artículo 178 bis, en el que se contemplan distintos mecanismos exoneratorios que en ningún caso operan de oficio sobre la base de la consideración del juez, sino en todo caso a solicitud del deudor, y que, frente a lo que acontecía en el régimen introducido por la Ley de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización, operan no sólo en supuestos de conclusión del concurso de acreedores con liquidación del pasivo sino también en supuestos de conclusión por inexistencia de activo.

De un lado, mecanismos en los que no se exige para su concesión la inicial e inmediata satisfacción de un umbral mínimo de satisfacción del pasivo, concediéndose al deudor a través de un plan de pagos un plazo de cinco años para proceder a dicho pago (art. 178.bis.6 LC); de otro, mecanismos que exigen la satisfacción de un umbral mínimo de pago que se ha reducido respecto de lo previsto inicialmente en la Ley de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización, comprendiendo créditos contra masa, privilegiados y en función de que se haya "intentado" un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25% del pasivo ordinario (se exonera ese 25% y por tanto se condona el 100% del crédito ordinario si previamente se intentó dicho acuerdo y se exonera de otro modo sólo el 75%), exonerándose en este mecanismo los créditos públicos subsistentes (ordinarios y subordinados), lo que no acontece sin embargo en el mecanismo exoneratorio con plan de pagos, en el que se ha de hacer frente a todos los créditos públicos incluso subordinados.

En todo caso, respecto de cualquiera de estos mecanismos, beneficiarios podrían ser las personas físicas, realicen o no una actividad empresarial, incluso en los supuestos en que a estos mecanismos se acceda a través de un acuerdo extrajudicial de pagos, que ya no limita su ámbito subjetivo de aplicación frente a los originarios planteamientos a quienes realicen una actividad empresarial (léase "empresarial" en la originaria redacción introducida por la Ley de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización).

Pero no cualquier persona física puede acceder a los mecanismos de segunda oportunidad, sino sólo aquellas en las que concurren los requisitos del art. 178.bis.3 LC, que como novedad conllevan la exigencia de la concurrencia de "buena fe" en el deudor, que en el modelo español es un concepto normativo y no valorativo, cuyo contenido se determina legalmente, en un modo cuestionable, en función del mecanismo exoneratorio en que nos encontremos. Así, se introducen en este ámbito particulares previsiones para los supuestos de exoneración con plan de pagos ex art. 178.bis.6 LC, con escaso margen de apreciación para el juez, debiendo destacarse que, de nuevo cuestionablemente, en ningún caso aparece conectada la buena fe a las causas que provocaron la insolvencia del deudor (sobreendeudamiento activo y/o pasivo), frente a lo que acontece en otros modelos de Derecho Comparado, en los que se condiciona el mecanismo exoneratorio al "merecimiento" del deudor, en conexión con el origen del sobreendeudamiento y el carácter o no suntuario de las deudas generadas en función del nivel socio-profesional del deudor¹⁴.

Así mismo, tras la reforma introducida en virtud del Real Decreto-Ley 1/2015, se aborda legalmente el problema en el marco exoneratorio de los fiadores y obligados solidarios, ausente de regulación en la anterior normativa contenida en la Ley de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización. En este sentido, se establece que los acreedores podrán dirigirse contra los fiadores y obligados solidarios, pudiendo los garantes en vía de regreso dirigirse contra el deudor, sin que se vean afectados por la exoneración.

No obstante las mejoras introducidas en virtud del Real Decreto-Ley 1/2015 en los mecanismos exoneratorios de pasivo en el Derecho Español, sin embargo, siguen caracterizando a nuestro modelo en esta materia al menos tres elementos, que alejan nuestro modelo de las pautas de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, dejando al margen en esta ocasión las carencias y problemas de técnica jurídica en la delimitación de los acuerdos extrajudiciales de pagos, a los que parece condicionarse, aun cuando con contradicciones técnicas la operatividad de los mecanismos exoneratorios.

De un lado, en nuestro modelo se sigue poniendo la atención no tanto en los requisitos de merecimiento del deudor de la exoneración de sus deudas, al que, como se ha analizado, se le exige "buena fe" pero en un modo laxo no comprensivo de enjuiciamiento alguno de las causas y origen de la insolvencia, cuanto en la exclusión de ciertas deudas del ámbito de la exoneración. En particular, en relación al crédito público que, "hipertrofiado" en el sistema concursal y preconcursal español, queda al

¹⁴ Vid Pulgar Ezquerra, *Concurso y consumidores*, op. cit.

margen de la exoneración en el mecanismo vinculado a un plan de pagos ex art. 178.bis.6 LC, contradiciéndose con ello las recomendaciones al respecto del Banco Mundial¹⁵ y del Fondo Monetario Internacional¹⁶.

De otro lado, en el artículo 178.bis.7 LC, se introducen como novedad supuestos de revocación de la exoneración y, entre estas causas, destaca en un modo cuestionable el tradicionalmente llamado en la doctrina francesa "retorno a mejor fortuna", esto es, la mejora sustancial de la situación económica del deudor en los años siguientes a la concesión de la exoneración como supuesto en que los acreedores que vieron exonerados sus créditos recuperarán sus acciones contra el deudor, con el límite de no provocar un "detrimento" en sus obligaciones de alimentos.

Ello no acontece en ningún modelo de Derecho Comparado, contradiciendo esta previsión legal la esencia y finalidad misma de los mecanismos exoneratorios de pasivo que buscan propiciar la introducción de "mecanismos de segunda oportunidad" que incentiven el inicio de actividades empresariales (léase emprendedoras, en la terminología de la Ley 14/2913) si se les garantiza que en el eventual supuesto de fracaso no recaerá sobre ellos la responsabilidad patrimonial universal ex art. 1.911 Cc, lo que en modo alguno acontecerá si, recuperado económicamente el deudor, deja de operar la exoneración que precisamente permitió dicha recuperación.

Finalmente, el sometimiento del plan de pagos a cinco años contradice abiertamente la previsión contenida en la Recomendación Europea de 14 de marzo de 2014, en la que se prevé que ese plazo no debería superar el período de tres años, línea ésta que, como se ha adelantado, ha presidido en el modelo alemán de exoneración, que parece haber inspirado en cierta medida esta reforma introducida en el Derecho Español en virtud del Real Decreto-Ley 1/2014, en la última reforma introducida en julio de 2013¹⁷.

Por último, hay otro tema que preocupa en el modelo exoneratorio introducido en la reforma recientemente aprobada y es el relativo a la publicidad de que son objeto los deudores que se acojan al mecanismo que conlleva un plan de pagos en el Registro Público Concursal. Ello conlleva un efecto de publicidad negativa que, de un lado, sería contrario a la finalidad perseguida por la norma¹⁸, y de otro, podría disuadir al deudor de acudir a estos mecanismos si ello puede incidir en una futura concesión de crédito, con lo que de nuevo se estaría introduciendo una previsión contraria a la finalidad de la norma.

¹⁵ Banco Mundial, Informe sobre la insolvencia de la persona natural, http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf

¹⁶ <http://ep00.epimg.net/descargables/2014/07/10/2509f16067f17898af32a70b8958b979.pdf>

¹⁷ Vid cita 9 con referencias doctrinales sobre esta materia en Alemania.

¹⁸ Vid CUENA, M., "¿Un régimen de segunda oportunidad?", *El Notario del Siglo XXI*, n. 60, marzo/abril 2015, pp. 10-16.

EL SALVAMENTO EN LA NUEVA LNM

JUAN LUIS PULIDO BEGINES*

Resumen

Este trabajo analiza la institución del salvamento en la nueva Ley de Navegación Marítima, examinando el concepto de salvamento y su delimitación con otras figuras afines, sin olvidar el nuevo contexto de la jurisdicción y el procedimiento derivados de la reforma legislativa. Se estudia asimismo cómo es el contrato de salvamento y cuáles son las obligaciones de las partes implicadas en los buques en peligro. Entre otros aspectos de la LNM, también se revisa la remuneración del salvador como premio del salvamento y el derecho de retención sobre las mercancías transportadas.

Contenido

1. Los accidentes de la navegación en la LNM. – 2- Disciplina normativa. – 2.1. El salvamento en el Derecho derogado. – 2.2.- El vigente Derecho del salvamento. – 3. Concepto de salvamento. – 4. Delimitación con figuras afines. – 5. El contrato de salvamento. – 6. Obligaciones del salvador, del propietario de los bienes salvados y del capitán del buque en peligro. – 7. El premio del salvamento. – 8. El derecho de retención. – 9. Jurisdicción y procedimiento. – 10. Los hallazgos. – 11. Recapitulación

1. LOS ACCIDENTES DE LA NAVEGACIÓN EN LA LNM

El Derecho de los accidentes de la navegación constituye una compleja rama del Ordenamiento marítimo que ha merecido desde antiguo una atención prioritaria de la doctrina¹. Esa dedicación se explica tanto por el interés científico de la materia como

* Catedrático de Derecho mercantil. Universidad de Cádiz.

¹ Vid., CUÑATEDO, «El régimen del abordaje en el Código de comercio y la posible responsabilidad sin culpa», *RJC*, 1974, pp. 771-817; GABALDON GARCIA, «El servicio público español de salvamento», en *Estudios de Derecho marítimo en homenaje a Ricardo Vigil Toledo*, Barcelona, 2000, pp. 103-148; GARCIA LUENGO, *La remuneración en el salvamento marítimo*, Salamanca, 1979; MARTIN OSANTE, *La responsabilidad civil del naviero por abordaje*, Vitoria, 2001; MARTINEZ JIMENEZ, «Accidentes marítimos: abordaje, naufragio, salvamento y avería gruesa», en AA.VV., *La reforma de la legislación marítima*, Pamplona, 1999, pp. 183-204; MORRAL SOLDEVILLA, *El salvamento marítimo (Especial referencia al Convenio de 1989)*, Barcelona, 1997; OLIVENCIA, «Responsabilidad por contaminación marina», en *Derecho Marítimo*, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 191-204; RODRIGUEZ ARTIGAS, «En torno al régimen jurídico del abordaje en el Derecho español», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pp. 697-726; RODRIGUEZ CARRION, «El abordaje: su concepto y delimitación», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. III, pp. 4.045-4072; RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de los accidentes de la navegación*, Vitoria, 1992; idem, «Reforma del Derecho español en materia de accidentes de la navegación marítima», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. III, Madrid, 1996, pp. 4118-4134; RUIZ SOROA/MARTIN OSANTE, *Manual de Derecho de los accidentes de la navegación*, 3ª ed.,

por la ampliamente reconocida necesidad de regular adecuadamente realidades como el salvamento marítimo o el abordaje de buques, que conllevan con frecuencia pleitos en los que están en juego importantes cantidades dinerarias.

Dentro de la regulación jurídica de los accidentes de la navegación se contienen normas de diversa naturaleza, origen y alcance, tanto sustantivas como procesales, de Derecho público y privado, nacionales y supranacionales. En la LNM se disciplinan sólo algunos de esos elementos; aun así, es una regulación muy completa y detallada (52 artículos, algunos de considerable extensión).

En la nueva Ley se contienen bajo el mismo título los principales supuestos de accidentes de la navegación que conoce el tráfico jurídico moderno. Ello supone una notable mejora sistemática respecto al Derecho derogado, que se caracterizaba por su dispersión.

Sin embargo, en este terreno falta un elemento que me parece importante: una introducción con algunos de los principios comunes y fundamentales a todas esas instituciones como, por ejemplo, una definición general de accidente de la navegación, sus caracteres esenciales, etc. Esos aspectos generales podrían contribuir a una mejor comprensión de los preceptos especiales, así como a facilitar su aplicación. Pero sobre todo fomentarían la estabilidad del Derecho, dotándole de mayor flexibilidad de cara a futuro y promoviendo la posibilidad de que se pueda aplicar a las nuevas formas o modalidades de accidentes marítimos que, sin duda, seguirán apareciendo.

Bien es cierto que las instituciones que se suelen incluir bajo la denominación de accidentes de la navegación son muy heterogéneas, y que resulta difícil encontrar nexos comunes característicos de todas ellas². Sin embargo, entiendo que esos elementos existen, y no sólo porque se trata actos jurídicos de carácter accidental, sino también porque tienen consecuencias patrimoniales en el ámbito del Derecho privado, por su producción en el marco de un viaje marítimo, y porque su tramitación procesal podría someterse a principios semejantes.

En la medida en que resulta compatible con las normas internacionales imperativas vigentes, la LNM muestra un especial cuidado por garantizar el respeto a la autonomía de la voluntad de los protagonistas del tráfico. Así ocurre, por ejemplo, en la regulación de la avería gruesa (art. 356), que establece que los interesados en el viaje podrán en todo momento pactar libremente sobre las reglas conforme a las que se efectuará la liquidación (e, igualmente podrán pactar la liquidación privada de la avería gruesa por un liquidador, designado por el armador), o en los aspectos contractuales del salvamento marítimo (art. 361.1), que permite que las partes interesadas contraten las condiciones del salvamento libremente, sin más límite que su obligación inderogable de actuar con la diligencia necesaria para evitar o reducir al máximo los daños al medio ambiente.

Vitoria, 2006; SANCHEZ ANDRES, «Fundamento, evolución y perspectiva de la avería gruesa», *ADM*, vol. IV, 1985, pp. 237-278.

² Para RUIZ SOROA, *Reforma*, cit., p. 4117, esos hechos jurídicos carecen de cualquier nexo común definitorio, como no sea su carácter aleatorio. En un sentido similar ARROYO, *Curso de Derecho marítimo*, 2ª ed., Cizur Menor, 2005, p. 695.

Este principio de mínima injerencia debe ser aplaudido y no supone sino un reconocimiento de la realidad de los hechos en el moderno negocio marítimo.

La LNM sigue en buena medida las líneas trazadas por el Derecho uniforme sobre la materia, muchas veces literalmente. Así, por ejemplo, respecto al abordaje, se declara como Derecho aplicable el uniforme, en el art. 339: *el abordaje se regulará por lo dispuesto en el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Abordaje, firmado en Bruselas el 23 de septiembre de 1910, los demás convenios sobre esta materia de los que España sea Estado parte y por las disposiciones de este capítulo.*

Esta legítima y comprensible opción metodológica presenta ventajas e inconvenientes que merecen comentario.

De un lado, promueve una mayor uniformidad, claridad y seguridad jurídica. El comercio marítimo tiende a ser, por su propia naturaleza, internacional, de ahí que la posibilidad de que una misma operación pueda verse sometida a diversos regímenes jurídicos en función de criterios no siempre suficientemente claros deba ser considerada como altamente indeseable, entre otros motivos, por los complejos problemas que suele presentar la delimitación del respectivo ámbito de aplicación de cada una de esas disciplinas. Por consiguiente, me parece justificada la opción a favor de la promoción de la mayor uniformidad posible de las normas reguladoras de las consecuencias patrimoniales de los accidentes en el mar³.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta, de otra parte, que una excesiva atención a los aspectos de Derecho internacional de la cuestión puede suponer que se pierda la ocasión para llenar las lagunas dejadas por el Derecho uniforme, e incluso para introducir matizaciones o enmiendas al mismo en los casos en que ello sea necesario. De ahí que tampoco parezca recomendable conformarse con una simple transposición literal de los preceptos contenidos en los Convenios. Es precisa, además, una labor constructiva, que permita la formulación del catálogo de soluciones completo que la realidad viene demandando.

En definitiva, se trata de lograr un difícil equilibrio entre nacionalidad e internacionalidad, entre la atención prioritaria que sin duda merece el Derecho uniforme, y la necesidad de adaptar ese régimen a las realidades y necesidades del Ordenamiento interno español.

Ese equilibrio se logra, en términos generales, en la LNM, sobre todo en lo que respecta a los accidentes de la navegación. Así, merece destacarse que el texto comentado no duda en apartarse del Derecho uniforme cuando es necesario; por ejemplo, en el establecimiento de responsabilidad solidaria frente a terceros por los daños materiales causados por abordaje culpable multilateral (art. 342.1).

En la LNM se detecta un claro interés por huir de una regulación prolija y detallada. Ya tenemos dilatada experiencia en nuestro Ordenamiento sobre el hecho de que las leyes no por ser largas y minuciosas son mejores. Antes bien, suele ocurrir lo contrario. Un buen ejemplo de ello es el lacónico Convenio de Bruselas de 1910 sobre

³ Vid. RUIZ SOROA, *Reforma*, cit., p. 4119.

responsabilidad por abordaje, disciplina técnicamente muy correcta y muestra muy significativa de perdurabilidad.

Asimismo, se tiende a la simplificación del Derecho, mediante la eliminación de figuras superfluas u obsoletas, como el naufragio, o la avería simple. En esta línea, resulta muy significativo que se haya abandonado el empleo del concepto general de “avería”, noción que resulta muy ambigua y cuyo contenido es difícil de precisar, y su sustitución, como hemos visto, por el más adecuado de “Accidentes de la navegación marítima”. En la LNM se reserva el término de avería para la gruesa.

2. DISCIPLINA NORMATIVA

2.1. El salvamento en el Derecho derogado

El salvamento es una de las instituciones más originales del Derecho marítimo, firmemente anclada sobre la solidaridad, uno de los elementos característicos de la comunidad navegante. Se trata de una institución que no tiene parangón en el Derecho común, ni siquiera en el Derecho aéreo.

El régimen del salvamento pretende la protección de los bienes patrimoniales expuestos a los riesgos del mar, mediante la instauración de un procedimiento y unas normas sobre remuneración de los salvamentos que fomenten la prestación de auxilios marítimos destinados a evitar la pérdida de esos bienes.

Hasta la entrada en vigor de la LNM, el régimen jurídico del salvamento marítimo en España se contenía en normas de Derecho interno y en instrumentos de Derecho internacional. Respecto a las primeras, La Ley 60/1962, de 24 de diciembre, de Auxilios, Salvamentos, Remolques, Hallazgos y Extracciones Marítimos (LAS)⁴, y su Reglamento de 1967⁵, contenían una regulación sustantiva que ha servido bien durante años a las necesidades del tráfico. No puede decirse lo mismo de sus aspectos procedimentales y jurisdiccionales, que han sido objeto de críticas generalizadas. Por lo que respecta al Derecho uniforme, estuvo vigente durante décadas el *Convenio Internacional para la Unificación de ciertas reglas en materia de auxilio y salvamento en el mar*, hecho en Bruselas en 23 de septiembre de 1910⁶, posteriormente sustituido

⁴ BOE núm. 310, de 27 de diciembre, modificada por la Disposición Adicional Novena de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, 37/1988, de 28 de diciembre (BOE 29 de diciembre de 1988).

⁵ El Reglamento de Aplicación de esta Ley se aprueba por Decreto 984/1967, de 20 de abril (BOE núm. 117, de 17 de mayo), parcialmente modificado por el Decreto 2993/1968, de 26 de noviembre (BOE núm. 294, de 7 de diciembre), y contiene una regulación del procedimiento de tramitación de los expedientes establecidos en la LAS.

⁶ Ratificado por España mediante instrumento de 13 de diciembre de 1923, Gaceta núm. 247. Esta norma todavía está en vigor para aquellos Estados Parte que no lo hayan denunciado. En nuestro Ordenamiento, esta denuncia se produce mediante instrumento de marzo de 2005. El citado Convenio es una norma excelente desde el punto de vista técnico, que ha cumplido con creces la misión para la que fue creada. Sin embargo, la aparición de nuevas circunstancias en el sector del salvamento, y de nuevas necesidades a las que debe atender el Derecho marítimo, en particular la protección del medio ambiente, han promovido su sustitución por un nuevo instrumento, el Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, firmado en Londres, el día 28 de abril de 1989, en el seno de la Organización Marítima Internacional, y que entró

por el *Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo* (en lo sucesivo CSALV) de 1989.

Ese conjunto de normas enunciadas contenían una disciplina bien consolidada y valorada positivamente, en líneas generales, por la doctrina española y extranjera. Ello no obstante, la reforma del Derecho español sobre salvamento resultaba particularmente urgente, por dos motivos.

De un lado, por la necesidad de adaptar nuestra leyes a los recientes cambios del Derecho internacional sobre salvamento marítimo, plasmados en el CSALV.

De otra parte, por la inaplazable exigencia, dimanante de la Constitución española⁷, de someter la resolución de los expedientes de salvamento al orden jurisdiccional civil, en sustitución del sistema derogado que otorgaba competencia a tales efectos a la jurisdicción militar, por los cauces del procedimiento administrativo.

En efecto, la principal particularidad del procedimiento español radicaba en la atribución de competencia a los Juzgados marítimos permanentes, dependientes del Ministerio de Defensa, y la aplicación a los expedientes de salvamento, con carácter subsidiario, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La existencia de una jurisdicción especial para la tramitación de las reclamaciones patrimoniales derivadas de las operaciones de salvamento, así como la sustanciación de éstas en el seno de un procedimiento administrativo ha sido contundente y unánimemente cuestionada por la doctrina, que propugna la atribución de competencia para la tramitación de los expedientes de salvamento a la jurisdicción civil ordinaria⁸. De acuerdo con la reforma de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, llevada a cabo con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, el órgano que debe ser naturalmente competente para el enjuiciamiento de las causas de salvamento es el Juzgado de lo Mercantil⁹.

Este problema procedimental, como veremos, ha sido solucionado sólo en parte y de manera confusa.

en vigor el 14 de julio de 2005. Dicho instrumento ha sido ratificado por España mediante instrumento de 14 de enero de 2005, con efectos plenos desde el 29 de enero de 2006.

⁷ Una excelente argumentación al respecto puede encontrarse en DEL GUAYO CASTIELLA, «Problemas jurisdiccionales en materia de salvamento», en *X Jornadas de Derecho marítimo de San Sebastián*, Vitoria, 2003, pp. 55-104.

⁸ ARROYO, *Curso*, cit., pp. 733-735; RUIZ SOROA, *Reforma*, cit., pp. 4130-4131; ZABALETA, «El salvamento marítimo: normativa vigente en España, nuevo Convenio Internacional y posible reforma de nuestro Derecho», en AA.VV., *La reforma del Derecho Marítimo*, Bilbao, 1995, pp. 185-212., pp. 209-210; MARTINEZ JIMENEZ, *Accidentes*, cit., p. 203; MORRAL, «Algunas consideraciones entorno a la reforma del régimen jurídico español en materia de salvamento marítimo», en *Estudios de Derecho marítimo en homenaje a Ricardo Vigil Toledo*, Barcelona, 2000, pp. 261-280, en pp. 279-280; DEL GUAYO CASTIELLA, ob.cit. pp. 75-79; GONZALEZ LEBRERO, *Procedimientos marítimos*, Madrid, 1996, p. 162.

⁹ Hay quien opina, incluso, que la entrada en vigor de la Ley para la reforma concursal implica la derogación de la jurisdicción de los Juzgados Marítimos Permanentes y del Tribunal Marítimo Central en todo lo relativo a los aspectos de Derecho privado del salvamento. En este sentido DEL GUAYO CASTIELLA, ob.cit. p. 103.

2.2. El vigente Derecho del salvamento

La LNM en materia de salvamento se inspira básicamente el CSALV. Ello implica que no se produce un cambio en los presupuestos esenciales de la institución, dado que el Convenio de Londres reproduce en buena medida el régimen jurídico internacional vigente desde 1910, que es el que ha acabado plasmándose en la mayoría de los Ordenamientos de los países de nuestro entorno.

Pero como ocurre en el abordaje, también en la esfera del salvamento lleva el legislador español a su último extremo la exigencia contenida en el art. 2 de la LNM, respecto a las fuentes del Derecho marítimo. Nuevamente es clara la intención del legislador de no formular un régimen completo, interno, diferente del uniforme: el Derecho interno español sobre salvamento es, en primer lugar, el contenido en el Convenio de 1989, limitándose la LNM a concretar, matizar o desarrollar algunos aspectos de ese régimen. Y ello porque también la regulación del salvamento de la LNM comienza con una remisión global al Derecho uniforme sobre la materia (art. 357): *el salvamento se regirá por el Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, hecho en Londres el 28 de abril de 1989, por los Protocolos que lo modifiquen de los que España sea Estado parte y por las disposiciones de este capítulo.*

3. CONCEPTO DE SALVAMENTO

Contiene la LNM un concepto de salvamento que en buena medida plasma el contenido en el CSALV, aunque lo precisa y completa. Constituye salvamento todo acto emprendido para auxiliar o asistir a un *buque, embarcación o artefacto naval*, o para salvaguardar o recuperar cualesquiera otros bienes que se encuentren en peligro en cualesquiera aguas navegables, *con excepción de las continentales que no están en comunicación con las aguas del mar y no son utilizadas por buques de navegación marítima* (art. 358.1). Por otra parte, no se considera salvamento la asistencia prestada a *bienes fijados de manera permanente e intencional a la costa* (art. 358.2).

Por medio de la cursiva se han señalado los elementos más significativos, a mi juicio, del concepto introducido por la LNM.

De un lado, precisa el objeto material sobre el que debe recaer el salvamento, que no sólo puede ser un buque, como escuetamente señala el CSALV, sino también una embarcación o artefacto naval. Se quiere con ello conjurar cualquier problema que pueda suscitarse en relación con el concepto jurídico de buque. La mención del precepto es coherente con las correspondientes definiciones legales que se contienen en los arts. 56 a 64 de la LNM.

En cuanto al ámbito físico en el que se puede llevar a cabo el salvamento, una cuestión particular e incomprensiblemente polémica en España durante las últimas décadas, la LNM introduce una restricción respecto al CSALV. Mientras que para éste constituirá salvamento cualquier operación “en aguas navegables o cualesquiera otras aguas”, la ley española excluye las continentales interiores que no están en comunicación con las aguas del mar y no son utilizadas por buques de navegación

marítima. Se trata de una decisión bien fundada, a mi juicio, y coherente con el carácter “marítimo” de una ley que expresamente restringe su ámbito de aplicación a la navegación por mar, como se desprende de su misma denominación y de las disposiciones generales de su Título Preliminar.

Además, se excluye como posible objeto del salvamento a aquellos bienes *fijados de manera permanente e intencional a la costa*. Esta mención me parece un tanto ambigua y, por consiguiente, merecedora de alguna aclaración. Por ejemplo, resulta dudoso si en esa expresión se incluye a los objetos flotantes fijados a la costa por medio de dispositivos diversos, como cables de hierro, o si, por el contrario, el término «fijados» excluye a los artefactos no flotantes. También me cabe la duda de qué debe entenderse por «costa»: ¿sólo el litoral, o también cualquier parte del subsuelo marino, por alejada que esté de las líneas de base?

Tampoco puede considerarse salvamento *operación alguna que tenga por objeto el patrimonio cultural subacuático, que se regirá por su legislación específica y los tratados internacionales vigentes en que España sea parte* (art. 358.3).

Otro elemento delimitador negativo se introduce en el art. 364: no será considerado salvamento, y, por consiguiente, no dará derecho a premio alguno los servicios prestados a pesar de la *prohibición expresa y razonable* del armador o del capitán del buque asistido, o del propietario de cualesquiera otros bienes en peligro que no estén ni hayan estado a bordo del buque.

Añade la LNM un último elemento delimitador en su art. 358.4: *el hallazgo y recuperación inmediata de bienes abandonados en las aguas o sus costas se considerará como salvamento, salvo que sean producto del mismo mar o de las aguas navegables*, que será comentado más adelante.

Pese a las indudables mejoras que el concepto analizado introduce respecto al Derecho interno derogado, entiendo que el precepto debería completarse con la introducción de un elemento que contribuiría a la más precisa delimitación del salvamento respecto de las figuras afines: su carácter voluntario, factor que permite distinguirlo del salvamento obligatorio de bienes ordenado por la autoridad competente, que constituye a mi juicio una institución diferente, sometida tanto en los aspectos sustantivos como procedimentales al Derecho público.

4. DELIMITACIÓN CON FIGURAS AFINES

Con buen criterio, se introduce en la LNM un precepto destinado a delimitar la figura del salvamento prestado voluntariamente por un particular, de aquellas otras prestaciones que se llevan a cabo por imposición de la Autoridad competente. Según el art. 360, *las autoridades públicas que ordenen o supervisen un salvamento, o sus funcionarios, no tendrán derecho a premio alguno. Sin embargo, los salvadores que efectúen las operaciones ordenadas o supervisadas por aquellas tendrán derecho a premio de acuerdo con lo dispuesto en esta ley*.

Este precepto, sin embargo, resulta a mi juicio insuficiente, y no contribuye a solucionar la cuestión. Se establece acertadamente que aquellos salvadores que hayan

actuado obligados por la autoridad competente, tendrán derecho a premio de acuerdo con lo establecido en la propia LNM. Quedan, sin embargo, en relación con este asunto, cuestiones pendientes que no soluciona la ley. Por ejemplo, si en los casos en que el salvamento no haya producido ningún resultado útil, el salvador frustrado tiene derecho a alguna compensación por parte de la Administración¹⁰. O si en los supuestos en que la operación haya sido fructuosa, el premio debe pagarlo exclusivamente el titular de los bienes salvados, sin que quepa reclamación alguna a la Administración.

En definitiva, del precepto analizado, y de la ausencia del elemento de la voluntariedad en el concepto propuesto de salvamento, se infiere que en la LNM no existe una concepción clara del alcance del elemento de la voluntariedad en el salvamento y de su necesidad como elemento delimitador de la figura.

Si bien es cierto que la generalidad de la doctrina considera que la voluntariedad es un requisito constitutivo del salvamento¹¹, existen notables desacuerdos respecto al alcance de este elemento conceptual. La opinión mayoritaria considera que el requisito de la voluntariedad se refiere sólo a la exigencia de que no exista un vínculo obligatorio preexistente entre salvador y salvado en virtud del cual aquél resulte compelido a prestar el salvamento¹². Pero tal elemento implica, también, más allá de la falta de vinculación entre las partes, la necesidad de que el salvamento se preste voluntariamente, esto es, que no haya sido consecuencia del cumplimiento de una obligación legal, o de una orden dictada por las Autoridades competentes¹³.

A mi juicio, debe ser un elemento constitutivo del salvamento que el salvador actúe en todos los aspectos voluntariamente. Esta concepción tiene diversas consecuencias. La principal es que nos permite distinguir entre la institución iusprivatística del salvamento y el salvamento obligatorio (de personas o bienes), que es una institución de Derecho público sometida a su propio régimen jurídico.

En cualquier caso, sí queda suficientemente aclarado en la LNM (art. 359.1) que las normas sobre salvamento serán aplicables al *prestado* a los buques y embarcaciones de Estado tal como se definen por la propia ley en su artículo 3. Ahora bien, este salvamento está sometido a algunas reglas especiales en cuanto al procedimiento para la fijación y reclamación del premio, dado que en estos supuestos el premio deberá solicitarse mediante el oportuno procedimiento administrativo, sin que sean de aplicación las normas sobre

¹⁰ A mi juicio, si la Administración, en ejercicio de las competencias que le atribuye la Ley de Puertos, ordena a una compañía naviera la ejecución de una operación de salvamento, ésta tendrá derecho en todo caso a la percepción de la correspondiente compensación económica. Este supuesto puede considerarse comprendido en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y puede seguir siendo sustanciado en el marco de un procedimiento administrativo (en el mismo sentido RUIZ SOROA, «Público y privado en el salvamento marítimo», en *X Jornadas de Derecho marítimo de San Sebastián*, Vitoria, 2003, pp. 105-121, en p. 119; DEL GUAYO CASTIELLA, ob.cit., p. 99), pero a fin de evitar las dudas que suscita, debería quedar expresamente regulado, o excluido, en la Ley general de navegación.

¹¹ ARROYO, *Curso*, p. cit., 722; GONZALEZ-LEBRERO, *Curso*, cit., p. 554; MORRAL, *El salvamento*, cit., p. 147; KENNEDY, *Law of Salvage*, 5ª ed., London, 1985, pp. 181-185; SCHAPS-ABRAHAM, *Das Deutsche Seerecht*, 4ª ed., Berlin, 1978, p. 1.112; FERRARINI, *Il soccorso in mare*, Milano, 1964, p. 88; RIGHETTI, *Trattato di Diritto Marítimo*, t. III, Milano, 1994, p. 642.

¹² GARCIA LUENGO, ob.cit., p. 83; RUIZ SOROA, *Manual*, cit. p. 120; FERNANDEZ NOVOA, , «Auxilio y salvamento de buques en el mar», en *Foro Gallego*, n.º 129, 1966, pp. 11-26, p. 14; MORRAL, *El salvamento*, cit., p. 255.

¹³ En el mismo sentido GILMORE/BLACK, *The Law of admiralty*, 2ª ed., Mineola, 1975. pp. 534-535; y GONZALEZ LEBRERO, *Curso*, pp. 554 y 560.

retención o embargo de los buques o bienes salvados. Se precisa, también, que las Autoridades Públicas que presten un salvamento con sus propios medios pueden reclamar una remuneración, en los términos fijados en la propia Ley (art. 359.2), en cuyo caso el premio que corresponda se pondrá a disposición de la Administración u Organismo de que dependan los buques públicos, que proveerán a su equitativa aplicación¹⁴. Cuando, como resultado de la actuación directa de la Administración Marítima, se produjesen premios o compensaciones, éstos se ingresarán directamente en el Tesoro, pudiendo generar crédito para el desarrollo de las actividades que hayan producido el citado ingreso (art. 367.2).

Por otra parte, cuando la Administración realice o participe en operaciones de salvamento, a través de entidades privadas o públicas, podrá convenir fórmulas de reparto de los premios o compensaciones en los oportunos contratos de prestación de los servicios.

Además, lo preste directamente la administración marítima con sus propios medio o no, la LNM confiere a ésta la facultad de *intervenir en las operaciones de salvamento realizadas en los espacios marítimos españoles*, a fin de salvaguardar la seguridad de la navegación, la vida humana en la mar y el medio ambiente contra la contaminación marina. A tal efecto, la Administración podrá dirigir o impartir instrucciones relacionadas con las operaciones de salvamento que serán de obligado cumplimiento por el capitán, el armador o su representante, el cargador y el salvador (art. 367.1).

Ello por lo que respecta al salvamento *prestado* por buques de Estado; queda, sin embargo, excluido, el *recibido* por esa clase de naves, concretamente, los *Buques y cargamentos extranjeros con inmunidad soberana* (art. 366). Según lo dispuesto en ese precepto, a menos que el Estado del pabellón lo consienta, quedarán excluidos de la aplicación de las normas sobre salvamento contenidas en la LNM los *buques de Estado extranjeros* que, al efectuarse la ayuda, *gozaran de inmunidad soberana* de conformidad con los principios generalmente reconocidos en el Derecho internacional. Igualmente quedarán excluidos, salvo consentimiento del Estado propietario, los bienes no comerciales de propiedad de un Estado extranjero que gocen de esa inmunidad.

5. EL CONTRATO DE SALVAMENTO

En la LNM queda expresamente establecido el respeto de un amplio margen de autonomía para que las partes establezcan cuantos pactos y condiciones relativos al salvamento tengan por conveniente, con el único límite expreso de su «obligación inderogable de actuar con la diligencia necesaria para evitar o reducir al máximo los daños al medio ambiente» (art. 361.1). Queda implícito que también constituye un límite el respeto a la Ley, esto es, a las normas imperativas, que en materia de salvamento son numerosas.

¹⁴ Para los detalles vid. GABALDON GARCIA, «La remuneración en el salvamento público», en *ADM*, vol. XX, 2003, pp. 139-172.

Pero el respeto de la autonomía de la voluntad de las partes aparece limitado, además, por la exigencia legal de que el contrato sea equitativo, establecida en el art. 7 del CSALV. En su virtud, y para el caso de que las prestaciones pactadas no estén equilibradas, el contrato podrá anularse total o parcialmente. Pero para ello no basta el desequilibrio de las prestaciones; es preciso, además, que en la conclusión del contrato haya intervenido una presión indebida o se haya concertado bajo la influencia del peligro. Ello implica que cuando no concurren estos elementos, no operará la exigencia de equilibrio de las prestaciones. La misma consecuencia se producirá si el desequilibrio afecta al precio.

Se precisa además, con buen criterio, la legitimidad del capitán y del armador del buque para celebrar contratos de salvamento en nombre del propietario de los bienes que se encuentren a bordo (art. 361.2), con la finalidad de evitar las dudas que bajo el régimen de Bruselas y de la LAS de 1962 venían produciéndose.

6. OBLIGACIONES DEL SALVADOR, DEL PROPIETARIO DE LOS BIENES SALVADOS Y DEL CAPITÁN DEL BUQUE EN PELIGRO

Han desaparecido de la LNM las referencias que se hacían expresamente en el Anteproyecto a las *Obligaciones del salvador, del propietario de los bienes salvados y del capitán del buque en peligro*, siguiendo la línea marcada por el CSALV, pero mejorando su sistemática y su literatura.

Pero, una vez más, debe tenerse en cuenta que éstas son cuestiones reguladas por el CSALV en su art. 8, por lo que deben considerarse parte de nuestro Derecho interno, como consecuencia de la remisión del art. 357 LNM. Entiendo que con ello se establece un contenido mínimo imperativo del contrato de salvamento, que podrá ser ampliado, pero no modificado, por las estipulaciones pactadas por las partes.

Por lo que respecta al salvador, tiene éste dos obligaciones fundamentales. De un lado, habrá de efectuar las operaciones de salvamento con la debida diligencia, cuidando de reducir al mínimo los daños al medio ambiente. Del otro, deberá también, cuando las circunstancias razonablemente lo exijan, recabar la ayuda de otros salvadores, o aceptar tal colaboración si lo piden razonablemente el capitán o el propietario de los bienes salvados, con la salvedad de que si se demuestra posteriormente que la petición no era razonable, el premio del salvador original no se verá afectado (art. 8.1 CSALV).

En el ámbito de la titularidad de los bienes salvados, pesan sobre su titular y sobre el capitán del buque la obligación de colaborar plenamente con el salvador mientras se desarrollen las operaciones de salvamento, actuando con diligencia para evitar o reducir al mínimo los daños al medio ambiente. Asimismo, la de hacerse cargo del buque u otros bienes salvados que hayan sido llevados a lugar seguro, si lo solicita el salvador y ello es razonable (art. 8.2 CSALV).

7. EL PREMIO DEL SALVAMENTO

En la LNM (art. 362), como en el CSALV, la remuneración se configura como un derecho de salvador, que surge cuando las operaciones de salvamento han producido un resultado útil. Sigue en vigor, por consiguiente, el mismo principio recogido en la LAS de 1962 y en el Convenio de Bruselas de 1910.

Con buen criterio, no se ha introducido en la LNM la extraña mención del art. 12.2 del CSALV, relativa a que «Salvo que se disponga otra cosa, no nace obligación de pago alguno en virtud del presente Convenio si las operaciones de salvamento no han producido resultado útil». Es dudoso el alcance de esa regla, pues no precisa dónde debe disponerse esa «otra cosa», ¿se refiere al contrato o a otro precepto del Convenio? Parece que el redactor del texto está haciendo mención a la posibilidad de una compensación especial regulada en el art. 14 de dicha norma legal, pues si en un contrato de salvamento se introduce el derecho a recibir una remuneración a pesar de que no se haya dado un resultado útil, la figura deja de ser salvamento y pasa a convertirse en otra prestación, en el ámbito del arrendamiento de servicios.

En la LNM se precisa también quiénes son los sujetos obligados al pago del premio: *todos los intereses vinculados al buque y a los demás bienes salvados en proporción a sus respectivos valores* (art. 362.2). Esto es, por lo general, en el caso del buque, el armador, y por los demás bienes salvados su propietario al tiempo de efectuarse su salvamento. En el caso de salvamento de bienes que no se hallen a bordo o no hayan sido transportados por un buque será deudor del premio el titular de dichos bienes.

En este asunto la LNM introduce además una modificación sustancial respecto al Derecho interno español derogado¹⁵. La LAS, con un espíritu eminentemente práctico y pretendiendo simplificar al máximo el mecanismo de pago de las remuneraciones por salvamento, establecía en su art. 2.4 que debe hacer frente al pago de las mismas el armador del buque o explotador de la aeronave objeto del salvamento, sin perjuicio del derecho de repetición que pueda corresponderle. El naviero del buque auxiliado era el titular pasivo de la totalidad del crédito y contra él debía dirigirse la reclamación del premio, pues la obligación de pago de la remuneración recaía exclusivamente sobre el mismo, pese a que el salvamento beneficiara generalmente a una comunidad de intereses.

En la nueva Ley, por el contrario, ya no es sólo el armador el sujeto obligado al pago del premio, sino también los titulares de los demás intereses beneficiados por la prestación del salvador. Así se deduce de la letra del apartado 2º del art. 362, que después de imponer la obligación de contribuir a todos los intereses señalados, precisa que ello opera *sin perjuicio de que el premio “pueda” ser abonado por el armador del buque salvado, a reserva de su derecho a repetir contra el resto de los intereses de los bienes a bordo salvados por sus respectivas aportaciones o de lo que proceda en caso de avería gruesa*. El tiempo verbal empleado por el legislador es elocuente al respecto.

¹⁵ El CSALV, ante las dudas que suscita este asunto en muchas jurisdicciones, deja la cuestión abierta, permitiendo que la Ley nacional precise que el pago de la recompensa haya de ser efectuado por alguno de los intereses vinculados al buque.

También se aprecian diferencias entre la LNM y el CSALV en lo relativo al límite máximo de la remuneración. El art. 362.1 de la LNM escuetamente establece que el importe del premio no podrá exceder del valor del buque y demás bienes salvados. En el Convenio se afina más, concretándose que la recompensa, excluidos los intereses y las costas judiciales exigibles en virtud del fallo, no excederá del valor del buque y demás bienes salvados (art. 13.3). Pero en este caso el adelgazamiento del precepto parece justificado, dado que el mismo resultado se producirá en la práctica por la aplicación de las leyes procesales pertinentes.

Por lo que respecta a los criterios para la determinación del premio, nada se dice en la LNM, por lo que habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 13.1 del CSALV, que a su vez recoge en buena medida los plasmados en el Convenio de Bruselas (art. 9), con alguna mejora sistemática. Se trata de una materia bien consolidada, sobre la que no conviene introducir innovaciones.

Sí se regula el denominado *Salvamento entre buques hermanos*, de una manera muy escueta, estableciéndose que se deberá premio incluso si los buques salvador y salvado pertenecen al mismo propietario (art. 362.3)¹⁶.

En cuanto a las reglas sobre reparto del premio entre naviero y dotación del buque salvador, el CSALV (art. 15.2), como su predecesor, remite a la Ley nacional la regulación de este asunto. Los redactores de la LNM, haciendo uso de esta posibilidad, han optado por reproducir las reglas del Derecho español derogado, con alguna modificación significativa.

Así, se establece en el art. 363.1 que *el premio por el salvamento, excluida la parte que corresponda al resarcimiento de daños, gastos o perjuicios del salvador, se repartirá entre el armador del buque salvador y su dotación en la proporción de un tercio y dos tercios respectivamente, salvo pacto en contrario. La distribución de la parte de la dotación entre sus componentes se efectuará en proporción al sueldo base de cada categoría*. Respecto a la legislación derogada, sin embargo, se introduce una importante salvedad: «salvo pacto en contrario». Se implanta así la posibilidad de insertar en los contratos de embarque estipulaciones que modifiquen esa proporción e incluso que anulen el derecho de la dotación a tener parte alguna en la remuneración del salvamento prestado.

A la vista de la innovación comentada, entiendo que resulta superflua la mención del art. 363.2 relativa a remolcadores y a los buques armados y equipados para el salvamento, en los que los derechos de la dotación se regularán por lo establecido en sus respectivos contratos de embarque o en convenio colectivo. Esta regla tenía sentido en un sistema como el de la LAS, que imperativamente imponía un reparto determinado del premio; pero estableciéndose expresamente en la LNM que con carácter general cabe estipular en todos los contratos de embarque las reglas sobre reparto de la

¹⁶ En el Derecho marítimo convencional se aborda también esta cuestión por medio de la estipulación denominada *New Jason Clause* o *Sister Ship clause*, incluida habitualmente en las pólizas de fletamento (cl. 12 GENCON 1994) y conocimientos de embarque (cl. 4 CONGEBILL), en virtud de la cual se aplican las reglas generales vigentes en materia de fijación y distribución de la remuneración por salvamento aún en los casos de que los buques implicados pertenezcan al mismo propietario, o estén explotados por el mismo naviero.

remuneración, no es necesario precisar que también en los embarcos en buques profesionales de salvamento cabe hacer lo mismo.

Debe también resaltarse una mejora aparentemente menor pero que contribuirá notablemente a eliminar problemas que se dan con frecuencia en la práctica judicial. Según el art. 363.3, *en el caso de buques extranjeros se aplicarán las anteriores reglas sobre distribución de la remuneración, salvo que la Ley del pabellón disponga otra cosa*. La Ley española, en consecuencia, se aplicaría por defecto. En el Derecho derogado, la LAS directamente remitía en caso de buques extranjeros a la Ley del pabellón, por lo que se planteaba la duda de qué Ley aplicar cuando esa normativa nada dispone al respecto.

Nada se dice en la LNM sobre la *compensación especial* regulada en el art. 14 del CSALV, en virtud de la cual se reconoce el derecho del salvador a una compensación económica, aunque su prestación no haya tenido un resultado útil para el salvado, siempre que mediante su esfuerzo se haya contribuido a la preservación del medio ambiente marino, medida con la que se pretende también fomentar la industria del salvamento. Ello no obstante, una vez más, dicha institución debe considerarse vigente en nuestro Derecho interno por la revisión genérica del art. 357 LNM, lo que resulta, además, una obligación dimanante de la ratificación por España del Convenio de Londres de 1989¹⁷.

8.- EL DERECHO DE RETENCIÓN

En el Derecho derogado el naviero podía ejercitar el derecho de retención de las mercancías transportadas y, en su caso, el *lien* sobre las mismas (arts. 37 y 40 LAS). En la misma línea, la LNM (art. 365), contempla la equivalente posibilidad: *el salvador tendrá derecho a retener el buque y otros bienes salvados bajo su control, en el puerto o lugar a que se hayan conducido tras la terminación de las operaciones de salvamento mientras no se constituya a su favor garantía suficiente por el importe del premio que se reclame*.

Pero, además, la nueva ley introduce algunos elementos que pueden contribuir a despejar las dudas que venía presentando el régimen derogado sobre la materia. Así, resulta plausible la concreción de que el armador del buque salvado, a petición y a costa del salvador, estará obligado a condicionar la entrega de las mercancías transportadas por dicho buque a la constitución por los destinatarios de garantía bastante para responder del premio que les pudiera afectar. En caso de incumplimiento de esta obligación será responsable de los perjuicios que por ello sufra el salvador.

¹⁷ En cualquier caso, debe tenerse presente que para la fijación del alcance de esa compensación especial se recurre en la práctica con frecuencia a instrumentos de Derecho convencional y, en particular a la estipulación SCOPIC, contenida en el *Lloyd's Open Form for Salvage Agreement*. Para los detalles vid. PULIDO BEGINES, «LOF 2000 y la cláusula SCOPIC», en *ADM*, vol. XX, 2003, pp. 117-138

9. JURISDICCIÓN Y PROCEDIMIENTO

La Ley derogada somete el conocimiento y fallo de los pleitos en materia de salvamento a una jurisdicción especial que actúa por medio de un procedimiento de carácter administrativo. Esta atribución a la esfera del Ministerio de Defensa de la competencia para juzgar asuntos estrictamente jurídico-privados ha sido fuertemente criticada por la doctrina, porque si bien es cierto que la injerencia de la Armada en materias marítimas tiene raíces históricas bien conocidas, en la actualidad no puede aceptarse que la Administración militar tenga competencias jurisdiccionales en materias mercantiles, por ser ésta una situación contraria al principio de unidad jurisdiccional que consagra nuestra Constitución. En cualquier caso, esta circunstancia parecía claramente abocada al cambio ante la reforma anunciada por la LPEMM de 1992, cuyo art. 86 atribuye a la Administración marítima central las competencias de auxilio, salvamento y remolques, si bien la Disposición Transitoria 10ª de la misma establece que hasta que se proceda a reglamentar las competencias en esas materias, seguirán siendo ejercidas por los órganos de la Armada, según lo previsto en la L.Aux.

Por otra parte, tampoco parece razonable que la instrucción y el fallo de asuntos estrictamente jurídico-privados se sometan un procedimiento administrativo y, en última instancia, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, resultaba aconsejable que en la reforma de esta materia se atribuyera el conocimiento de los pleitos sobre salvamento a la jurisdicción civil ordinaria, a fin de evitar los conflictos de competencia que en ocasiones se producen (vid., por ejemplo, el supuesto de hecho de la STS de 12 de abril de 2003).

La esperada reforma ha venido de la mano de la LNM, si bien en este punto el legislador, lejos de solventar adecuadamente la cuestión ha venido a añadir más confusión, si cabe, a una materia particularmente tortuosa.

Es la Disposición adicional segunda de la LNM la que se encarga de determinar cuáles son los órganos competentes para la determinación de los premios y remuneraciones por salvamentos y remolques. Y lo hace de una manera “salomónica”, creando una doble vía jurisdiccional, que queda abierta a la elección de los interesados en los procedimientos de salvamento.

En primer lugar, los interesados podrán optar por acudir a *los órganos competentes de la Armada*, que conocerán de las acciones relativas a los premios por salvamento y a las remuneraciones por remolques de fortuna: el *Consejo de Arbitrajes Marítimos* y los *auditores de arbitrajes marítimos*. Se crean, por tanto, dos órganos nuevos, cuya composición, régimen jurídico, ámbito territorial y demás extremos necesarios para su funcionamiento se establecerán reglamentariamente. Aunque nada se dice en la Ley se entiende que estos órganos actuaran conforme al procedimiento administrativo, si bien de la propia terminología empleada se desprende que el legislador está pensando en un sistema de arbitraje.

Como alternativa, los interesados en tales procedimientos *podrán optar* por acudir a *la jurisdicción civil ordinaria*.

Si no hubiere acuerdo entre los interesados, prevalecerá la jurisdicción civil ordinaria, que se sustanciará con arreglo al *procedimiento declarativo ordinario* o

verbal previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, según corresponda en razón de la cuantía reclamada.

La solución plasmada en la ley es extraña y encuentra difícil justificación. Parece que el legislador ofrece como posibilidad optativa a las partes la de acudir a un sistema de arbitraje marítimo administrativo. De no prosperar esta vía, se abriría entonces la ruta contenciosa en la jurisdicción civil ordinaria. Aunque la LNM no lo diga expresamente, cabe entender que las partes podrán someter el asunto a otro tipo de arbitrajes (como resulta, por ejemplo, de la utilización de la póliza *Lloyd's Open Form for Salvage Agreement*), solución que excluiría tanto la sumisión al *Consejo de Arbitrajes Marítimos* como a la *jurisdicción civil ordinaria*.

Pero, además, la propia LNM se encarga de complicar más el asunto, cuando en la Disposición final décima, se habilita al Gobierno para la modificación del Título II de la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, *sobre el régimen de auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimos*, estableciendo que dentro de los dieciocho meses siguientes a la entrada en vigor de la LNM, el Gobierno procederá a modificar las disposiciones de carácter reglamentario contenidas en ese Título II, *a fin de recomponer la actual estructura del Tribunal Marítimo Central, de los Juzgados Marítimos Permanentes y demás órganos allí previstos, adscribiéndolos orgánica y funcionalmente a la Administración Marítima*.

Cualquier intento de salvar las contradicciones existentes entre la Disposición adicional segunda y la Disposición final décima de la LNM está abocado al fracaso. La única solución posible es una rectificación legal o, al menos, un desarrollo reglamentario que clarifique cuál es la voluntad del legislador en esta materia, algo que todavía no sabemos: ¿los procedimientos administrativos de salvamento, se adscribirán a la Armada o a la Administración marítima?

10. LOS HALLAZGOS

En la LNM, el hallazgo desaparece como institución independiente, pasando a ser una modalidad del salvamento. Ello me parece una tesis correcta, pues el hallazgo, tal como estaba regulado en España, era una figura equívoca, que subsumía supuestos de extracción y que presentaba graves problemas de delimitación con instituciones afines.

Dispone el art. 358.4 LNM que el hallazgo y la recuperación inmediata de bienes abandonados en las aguas o sus costas *se considerará como salvamento*, salvo que sean producto del mismo mar o de las aguas navegables. En tales supuestos, si el titular de esos bienes es conocido, se aplicarán las reglas generales de los artículos 357 a 367. Para los casos en que los bienes así salvados sean de propiedad desconocida, la LNM establece un régimen especial en su art. 368, en cuya virtud quienes *durante la navegación o desde la costa salvaren bienes que encontraren desposeídos y fueren de propiedad desconocida estarán obligados a comunicarlo a la Armada en el primer puerto de escala*.

En este ámbito, se desencadena entonces un procedimiento, destinado a la averiguación de los legítimos propietarios, que será determinado reglamentariamente,

normativa que necesariamente deberá incluir la notificación al cónsul de pabellón si se tratare de buques o embarcaciones matriculadas. El salvador podrá mientras tanto retener los bienes salvados, adoptando las medidas necesarias para su adecuada conservación.

Si el propietario es localizado, estará obligado a hacerse cargo de los bienes, y al pago del premio que corresponda por salvamento: el órgano competente de la Armada procederá a notificar su identidad al salvador, asistiendo entonces a este los derechos previstos en el artículo 8.2.c) del CSALV y en el artículo 365 de la LNM, sin perjuicio de las acciones que le correspondan para resarcirse de los gastos de conservación y para obtener el precio que por el salvamento proceda (art. 368.3).

En el supuesto de que el propietario no fuere localizado en el plazo de seis meses desde el inicio del expediente administrativo, la Armada adoptará las medidas pertinentes para la tasación de los bienes salvados. Si el valor no excediera de 3.000 euros, el salvador hará suyos los bienes una vez pagados los gastos del expediente. En caso de que su cuantía superase la referida cantidad se venderán los bienes en pública subasta, siendo para el salvador además de dicho importe un tercio de la parte del precio obtenido que exceda de 3000 euros más los gastos en que haya incurrido. El resto, si lo hubiere, se ingresará en el Tesoro público.

Todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto para los bienes de comercio prohibido o restringido en el artículo 381 LNM, en cuyo caso la Armada procederá a dar a dichos bienes el destino que corresponda conforme a la legislación que resulte aplicable.

Las autoridades de los puertos vienen obligadas a facilitar la entrada y estancia de los bienes salvados pudiendo no obstante repercutir su legítimo titular los gastos en que hubiera incurrido. En todo caso, los bienes salvados por buques de titularidad pública, armados y equipados para el salvamento, estarán exentos de gastos y carga alguna.

11. RECAPITULACIÓN

La LNM ha culminado una reforma que era muy necesaria¹⁸, dadas las notables deficiencias del derogado Derecho en materia de accidentes de la navegación. Se ha producido la ineludible actualización de nuestro Derecho del salvamento, para adecuarlo a las modernas realidades del tráfico marítimo, y, sobre todo, la esperada armonización entre el Derecho interno y el Derecho uniforme, lo que unido a las mejoras de la sistemática y de la técnica jurídica empleada merece una valoración muy favorable.

¹⁸ Vid., por todos, RUIZ SOROA, *Reforma*, cit., p. 4117; MARTINEZ JIMÉNEZ, *Accidentes marítimos*, cit., pp. 183-204; MORRAL SOLDEVILA, «Algunas consideraciones entorno a la reforma del régimen jurídico español en materia de salvamento marítimo», en *Estudios de Derecho marítimo en homenaje a Ricardo Vigil Toledo*, Barcelona, 2000, pp. 261-280. Puede verse, además, PULIDO BEGINES, J.L., *Las averías y los accidentes de la navegación marítima y aérea*, *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo 48, vol. 6 (dirs. Manuel Olivencia, Carlos Fernández-Nóvoa, y Rafael Jiménez de Parga), Madrid, 2003, pp. 24-25, y la bibliografía allí citada.

Sin embargo, resulta criticable que el asunto de la jurisdicción y el procedimiento aplicable a los pleitos por salvamento siga resultando dudoso. Es de esperar que la necesaria clarificación venga de la mano del desarrollo reglamentario.

**MERCANTIL ES TODO LO QUE ESTÁ,
PERO ¿ESTÁ TODO LO QUE ES MERCANTIL?:
LA AUTONOMÍA DEL DERECHO MARÍTIMO
Y UN BREVE APUNTE A LA EXCLUSIÓN DEL CONTRATO DEL
TRANSPORTE EN EL CÓDIGO MERCANTIL**

JUAN PABLO RODRÍGUEZ DELGADO*

Resumen

La autonomía del DMar ha sido fuente constata de debate, entre los que la promulgaban y los que negaban tal condición. Las consecuencias que sobre esta calificación tiene la expresa pretensión del Código de renunciar a legislar sobre la materia y su remisión a la nueva LNM (y futuro Código de la Navegación). Partiremos de ésta para argumentar a favor de la autonomía *relativa*, pero autonomía al fin y al cabo, del DMar. Enunciaremos la existencia de ciertos principios o instituciones propias, algunas típicas (nacidas en el seno de la navegación marítima) y otras particulares, adoptadas y posteriormente adaptadas al DMar (apt. 2.2.1). También veremos la existencia de un ordenado sistema prelativo de fuentes (apt. 2.2.2) y un sistema interpretativo autónomo (apt. 2.2.3) para cerrar con una breve valoración sobre la pendiente autonomía jurisdiccional (apt. 2.3). ¿Es todo ello suficiente para calificar al DMar como un Derecho autónomo en el sentido que lo es el Derecho mercantil respecto del civil? Creemos que si. Finalizaremos con un apartado que pretende responder a parte del interrogante que da título a este trabajo-homenaje posicionándonos a favor de la incardinación del contrato de transporte terrestre en el Código Mercantil.

Contenido

1. Planteamiento general – 2. Código mercantil y derecho marítimo – 2.1. Consideraciones previas – 2.2. La Ley de Navegación Marítima y el reconocimiento de la autonomía científica y legislativa – 2.2.1. Reconocimiento de ciertas instituciones y principios propios del Derecho marítimo – 2.2.2. La afirmación de un ordenado sistema prelativo de aplicación de fuentes: autonomía legislativa – 2.2.3. La existencia de un sistema interpretativo autónomo – 2.3. La pendiente autonomía jurisdiccional – 3. Código mercantil y derecho del transporte terrestre: unos apuntes a favor de su incardinación en el código – 4. Conclusiones.

* Profesor Ayudante de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid. En homenaje a D. Rafael Illescas Ortiz, por haberme dado la oportunidad de incorporarme como Becario FPI al departamento de Derecho Privado, por animarme a investigar sobre Derecho marítimo, por tutelar mi Tesis doctoral y sobre todo, y más importante, por cada uno de los consejos, personales y académicos, que de él he recibido. Gracias Rafael.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Elaborar un trabajo para un Homenaje sobre una materia ajena a la temática del mismo parece, a todas luces, algo fuera de lugar. La temática sugerida por el Comité Organizador *limita* las contribuciones al posible Código Mercantil. El verbo empleado –*limitar*– respecto de un texto de casi 1.700 artículos no es elegido en vano. Se presta a resaltar que este compendio de normas, todas ellas mercantiles, no recoge un campo, como es el del Derecho marítimo (DMar), que tradicionalmente ha sido objeto de nuestros Códigos (1829 y 1885).

La pretensión de este trabajo es doble. Por un lado, y quizás algo osadamente desde mi posición, sobrevolar las razones por las que excluir del CM el DMar, codificado en la LNM, donde nos parece que debe estar, en lugar de su incardinación tradicional dentro de la codificación mercantil¹ (*vid.* Libro III del Cco de 1829 y 1885). La autonomía del DMar (ya sea normativa, jurisprudencial o científica), ha sido fuente constata de debate, entre los que la promulgaban y los que negaban tal condición. No pretendemos en estas páginas continuar con él, pero si exponer ligeramente las consecuencias que sobre esta calificación tiene la expresa pretensión del Código de renunciar a legislar sobre la materia y su remisión a la nueva LNM y futuro Código de la Navegación. Partiremos de ésta para argumentar a favor de la autonomía *relativa*, pero autonomía al fin y al cabo, del DMar. Enunciaremos la existencia de ciertos principios o instituciones propias de éste (apt. 2.2.1), de un ordenado sistema prelativo de fuentes (apt. 2.2.2) y un sistema interpretativo autónomo (apt. 2.2.3.) para cerrar con una breve valoración sobre la peniente autonomía jurisdiccional (apt. 2.3). ¿Es todo ello suficiente para calificar al DMar como un Derecho autónomo en el sentido que lo es el Derecho mercantil respecto del civil? Creemos que sí.

En segundo lugar, y como intentaremos exponer, no hemos encontrado razón alguna –por los menos hecha pública– para excluir del texto codificado la regulación relativa al contrato de transporte terrestre (tanto por carretera como por ferrocarril) o aéreo². Las razones que el legislador ha considerado para enmendar a los académicos y profesionales que formaban la Comisión General de Codificación, y que dotaron en la PCM de contenido los capítulos relativos al contrato de transporte terrestre y aéreo, por el momento, se nos escapan. Intentaremos aportar, sin embargo, las razones por las que entendemos que, al menos el contrato de transporte terrestre, debería incardinarse en el futuro texto codificado (apt. 3).

El que una materia no esté recogida en un determinado Código no significa que no pertenezca a la rama del Derecho que el texto codifica. El Derecho privado es ejemplo de ello. Numerosas leyes civiles o mercantiles quedan fuera de los vetustos Códigos y no por

¹ El DMar no se reduce exclusivamente a la materia marítima mercantil, como tradicionalmente se ha venido haciendo por inercia de la codificación, sino que alcanza también a otras normas privadas que no se consideran mercantiles (propiedad y copropiedad del buque, arrendamiento de buque a casco desnudo, publicidad registral de la propiedad, etc.) y a normas de Derecho-público (régimen de policía marítima, al régimen jurídico-administrativo de los buques, algunas cuestiones procesales, etc.).

² El Título VI relativo al contrato de transporte (el más corto de todo el Código) se limita a remitirse a las respectivas leyes especiales y demás disposiciones que le sean aplicables (el art. 561, para el contrato de transportes terrestres, a la LCTTM; el 562 a la LNM para el marítimo y el 563 hace lo mismo para el transporte aéreo, esta vez a la LNA).

ello han dejado de adherirse a una u otra rama del Ordenamiento jurídico. La afirmación que pone título a este trabajo –mercantil es todo lo que está- describe perfectamente la idea unitaria del Código. Un Código Mercantil o de Comercio (en terminología parece que desfasada) debe contener el conjunto de normas, principios e instituciones propias de una disciplina. La pregunta sin embargo –¿está todo lo que es mercantil?- genera dudas sobre el texto codificado y su finalidad. Si un Código no regula unitariamente toda la materia, qué sentido tiene la codificación. Así como el Código de 1885 encontró su justificación en la insuficiencia de su antecesor de 1829, que ignorando instituciones importantes (la banca, por ejemplo) no llegó a sintonizar con los cambios políticos que el comercio y la industria de la época potenciaban hacia un nuevo orden económico. Las reformas realizadas para suplir las deficiencias por medio de disposiciones especiales no fueron suficientes, dificultando su aplicación y llevando a un estado de confusión que hizo necesaria la redacción de un nuevo Código cincuenta y seis años después. Pudiese pensarse que el ACM, al menos en materia de contratos de transporte, podría adolecer de los mismos defectos. Ignora materias tradicionalmente mercantiles como el contrato de distribución, los contratos turísticos, contratos bancarios de garantía, la regulación relativa a las anotaciones en cuenta (con remisión a normativa específica), la regulación de la libre competencia (a diferencia de la PCM de la Comisión era casi todo un Libro, el Libro Tercero), las operaciones del mercado de valores y, por supuesto, los contratos de transporte, especialmente el terrestre. Perseverar en el error que llevó a una *verdadera anarquía normativa* en el pasado (en palabras de la propia EM, apt. I-2) no parece del todo coherente.

2. CÓDIGO MERCANTIL Y DERECHO MARÍTIMO

2.1. Consideraciones previas

Uno de los sectores tradicionalmente integrados en el DMer y que con mayor fuerza ha tendido a desgajarse de él y a configurarse autónomamente, tanto jurídica como doctrinal y legislativamente, ha sido el DMar. Y ello porque la autonomía del DMar no nace sobre la base del Derecho romano (no del todo ajeno a los asuntos marítimos, como muestra la *Lex Rhodia de iactu* recogida en el Digesto -Título XIV-, pero carente de una delimitación de normativa específica para los mismos) o como un Derecho local propio de diferentes Estados, sino por las propias costumbres del mar y de los navegantes. Así, se ha considerado que en este sector del ordenamiento existe la misma razón de *especialidad* que justifica la del DMer, y que fueron exclusivamente motivos coyunturales, más que sustanciales, los que llevaron a su codificación conjunta.

Según relata el Digesto Justiniano (Libro XIV, Título II) una petición hecha al Emperador Antonino por un caso de naufragio rezaba como sigue: “Señor Emperador Antonino, habiendo naufragado en Icara, hemos sido despojados por los recaudadores de impuestos que habitan en las inmediaciones de las Islas Cícladas”, solicitando auxilio por los desagravios sufridos. A lo que el emperador respondió: “Yo soy, en efecto, Señor del Mundo, pero la Ley es Señora de los Mares, y por tanto, esta cuestión deben debe ser

resuelta por el Derecho marítimo de los *rodhios* (*Lex Rodhia*) que fue adoptada para regular las cuestiones marítimas”³. Con este ejemplo no queremos más que resaltar la importancia que desde el principio ha tenido el DMar como fuente autónoma, dotada de instituciones y principios propios que ni siquiera el Emperador podía soslayar.

El concepto de autonomía marítima guarda relación con tres realidades⁴: en primer lugar, con la potestad reconocida a los navegantes para que fueran los artífices de su propio derecho (autonomía legislativa). El DMar consuetudinario creado por los navegantes al compás del desarrollo de la navegación marítima y del comercio por mar, debe ser observado como un *ius proprium*, pues solo regía sobre ellos. Un derecho cuyo contenido era muy distinto del propio del Derecho civil y también del específico del DMer terrestre⁵. En segundo lugar, con los privilegios que los titulares de las distintas organizaciones políticas con territorios costeros les concedieron para que en algunas situaciones dispusieran de una jurisdicción privativa (autonomía jurisdiccional), lo que en la práctica conllevó el establecimiento de diferentes jurisdicciones marítimas privilegiadas, ajenas a la jurisdicción común de los distintos territorios. Y, por último, con la capacidad de autorregulación que del mismo modo les fue reconocida y que permitió que con cierta frecuencia los navegantes, incluyendo en este término a los comerciantes marítimos y a los hombres del mar, se organizaran y gobernaran por medio de unas instituciones propias que comenzaron a permitir reconocer el DMar como un área jurídica diferenciada (autonomía científica).

El DMar, como un conjunto de normas e instituciones especiales, tal y como se presenta en nuestros días, se consolida en la Edad Media con ocasión del desarrollo de la navegación que se realiza con fines comerciales. La tradicional inserción del DMar en el sistema del DMer se explica por la relevancia de la navegación comercial (dado el desconocimiento de otras formas de navegación, al margen de la bélica –con un tratamiento separado- o la pesquera). Reiteradamente se ha advertido que la solución al dilema del encuadre vendría por el estudio del fundamento de la especialidad, bien la nota de *mercantilidad* (confinando la navegación únicamente al sector comercial), bien la de *maritimidad* (susceptible de generalización expansiva). Solución que se basa en la separación entre la causa o fundamento de la especialidad (la navegación por mar) y la ocasión de la causa (el comercio)⁶. Si el fundamento se encuentra en el hecho técnico de la navegación, con independencia de los fines para los que se navega, ello solicita soluciones normativas especiales e independientes, que son las que ofreció históricamente el DMar. La mayor parte de las instituciones y soluciones especiales del DMar tradicionalmente admitidas y que perduran hasta nuestros días no están teleológicamente vinculadas al comercio, sino a las características técnicas de la navegación y a las peculiares formas de

³ REEVES, J.S., “Two Conceptions of the Freedom of the Seas”, *The American Historical Review*, Vol. 22, No. 3 (Apr., 1917), pp. 535-543.

⁴ SERNA VALLEJO, M., “La autonomía jurídica en los mares: Derecho propio, jurisdicciones privilegiadas y autogobierno”, *Ivs Fvgit*, vol. 16, 2009, p. 198.

⁵ SERNA VALLEJO, M., “La autonomía jurídica . . .”, *op. cit.*, p. 205.

⁶ GABALDÓN GARCÍA, J.L.; RUIZ SOROA, J.M^a. *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, 3 Ed., Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 22, quienes tachan de espejismo este criterio por considerar que se funda un una distinción discutible como es la enunciada, ya que en realidad, es el ambiente y carácter de la ocasión comercial el factor que provocó la manifestación de la causa.

organización asociativa de las empresas navieras⁷.

Puede sorprender al lector especializado que se siga hablando de un tema tan manido como la autonomía del DMar en relación con el DMer; cuestiones estas, en definitiva, que se han venido tratando desde hace ya décadas por nuestra mejor doctrina y por doctrina extranjera⁸. Ya desde aquí reconozco que pocas ideas novedosas voy a aportar al respecto de lo que es comúnmente aceptado, no es ese el propósito del trabajo, si no fuera por la promulgación a mediados de 2014 de la primera Ley de Navegación Marítima en nuestro país. Hecho importantísimo que, de ser reconocido como tal, podría suponer el cambio más importante en cuanto a la consideración del DMar desde los inicios de la codificación. Una ley que, como ella misma indica en su Exposición, lleva a cabo una reforma amplia del DMar español contemplando todos sus aspectos. Se trata de una renovación que no busca una mera actualización y codificación de lo ya existente en un disperso sistema normativo, sino que responde a su imprescindible coordinación con el DMar internacional y su adecuación a la práctica actual del transporte marítimo, superando las contradicciones existentes entre los distintos Convenios internacionales vigentes en España y la dispersa normativa que regula esta materia, cuya cabecera estaba todavía constituida por el Libro III del Código de Comercio de 1885 y algunas leyes especiales del siglo pasado⁹. Por primera vez contamos con un instrumento legal que moderniza y aglutina todas las instituciones de DMar privado (y en menor medida algunas de Derecho público), que podrá ser refundido, en un plazo de tres años, en un Código de la Navegación Marítima (en sentido similar al italiano¹⁰) armonizado con el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 2011 y las normas internacionales sobre materias de Derecho del mar (Disposición final novena). La LNM entró en vigor el 25 de septiembre de 2014 tras el plazo de dos meses establecido por la Disposición final duodécima.

Sin embargo, la regulación nacida de la LNM no tiene por objeto el Derecho de la Navegación en su totalidad, sino un panorama algo más restringido: el Derecho marítimo¹¹, pues en lo que respecta al esquema y regulación administrativos de la

⁷ En este sentido, RECALDE CASTELLS, A., “Derecho marítimo, derecho de la navegación, derecho del transporte : concepto, sistema y especialidad”, *Diez años de derecho marítimo donostiarra*, Gobierno Vasco, San Sebastián, 2003, p. 208.

⁸ Entre los nuestros, ARROYO MARTINEZ, I., “El Derecho marítimo: Derecho especial o de especialización”, *ADM*, vol. 13, 1996 ; GABALDÓN GARCÍA; RUIZ SOROA, *Manual...*, *op.cit.*, pp. 16-22; GONDRA ROMERO, J.M., “La labor del intérprete ante el derecho marítimo”, *Bol. AEDM*, vol. 3, 1984; GONZALEZ-LEBRERO, R., *Curso de Derecho de la Navegación*, Gobierno Vasco, San Sebastián, 1998, pp. 36-38; LOPEZ RUEDA, F., “La identidad del Derecho marítimo”, *ADM*, 2003; PULIDO BEGINES, J.L., *Instituciones de Derecho de la Navegación Marítima*, Tecnos, Madrid, 2009; RECALDE CASTELLS, A., “Derecho marítimo...”, *op. cit.*; RUBIO, J., “Derecho marítimo y derecho aéreo. (Notas sobre la autonomía de las ramas jurídicas)”, *ADC*, vol. V, 1972. Entre los autores extranjeros, especialmente franceses e italianos, *vid.* SCIALOJA, A., *Sistema del derecho de la navegación*, 3ª ed., Buenos Aires y RIPERT, G., *Droit maritime*, I, Rousseau, Paris, 1950, pág. 2.

⁹ Entre otras, la LTM de 1949, Ley de Hipoteca Naval de 1893 o la Ley sobre auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas de 1962.

¹⁰ Siendo conscientes de que en el Código italiano, a diferencia de lo pretendido aquí, en su ámbito quedan incluidas asimismo la navegación por aguas continentales interiores -navegación interna- así como la navegación aérea (*RD* núm. 327, de 30 e marzo de 1942, *GU* núm. 93, de 18 de abril de 1942, *Cod. Nav.*).

¹¹ Esta alternancia nominativa tan sólo pretende contraponer, con intención meramente expositiva, el Derecho de la navegación marítima, como área integrada tanto por normas de Derecho público como de Derecho privado cuyo objeto viene determinado por el fenómeno de la navegación en el mar (*vid.* GABALDÓN GARCÍA; RUIZ SOROA, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 2-3; *cfr.* no obstante ARROYO

navegación el impacto de esta Ley es sensiblemente menor. Quedan fuera cuestiones como el Derecho del mar, rama característica del Derecho internacional público. Aunque tampoco el Derecho de la navegación se reduce exclusivamente a la materia marítima mercantil, como tradicionalmente se ha venido haciendo por inercia de la codificación, sino que alcanza también a otras normas privadas que no se consideran mercantiles (propiedad y copropiedad del buque, arrendamiento de buque, publicidad registral de la propiedad, etc.) y a normas de carácter público (régimen de policía marítima, al régimen jurídico-administrativo de los buques, cuestiones procesales, etc.).

No pretendemos volver a introducir el tema de la calificación del DMar como derecho especial o especializado, y cuya consecuencia principal de una u otra calificación es la autonomía –en sus diferentes vertientes¹²- o no de esta rama del Derecho. Lo que pretendemos resaltar aquí es si la *Codificación* del Derecho de la navegación marítima, de momento en un Ley especial, pero con la intención propuesta del legislador de promover en el plazo de tres años de un verdadero Código Marítimo, supone un hecho de identidad suficiente para poder afirmar la autonomía de esta rama (más allá de una mera autonomía exclusivamente normativa). En otras palabras, si la publicación de esta Ley supone el definitivo reconocimiento de unos principios soberanos propios del DMar –en posición separada a los existentes en otras ramas del Derecho (autonomía científica)-, o por el contrario, no es más que un mero avance en la suficiencia normativa de un Derecho especializado dentro de una cobertura mayor, como es el DMer.

Más discutible será el origen y primacía de la autonomía de dicha rama jurídica (en el sentido de causa-efecto): ¿es la autonomía legislativa la que reconoce y manifiesta la autonomía científica, o al contrario, la autonomía legislativa (por medio de la LNM) supone un avance y reconocimiento definitivo de la autonomía científica ya existente? Sea como fuere, lo que parece seguro es que no estamos ante una autonomía *absoluta* (de la misma forma que el DMer no es completamente autónomo del Derecho civil, que, aún con principios propios, necesita de aquél para su completo desarrollo¹³). En este sentido pregonamos la autonomía del DMar, no desde un punto de vista absoluto, sino *relativo* o

MARTINEZ, I., *Curso de Derecho marítimo*, 2ª ed., Civitas, 2005, pp. 38-42., quien emplea la expresión Derecho marítimo con este sentido) y el tradicionalmente denominado Derecho marítimo, es decir, el Derecho mercantil marítimo (aunque también parcialmente integrado por normas de Derecho público, esencialmente) que estaba contenido en nuestro Código de comercio, así como anteriormente en otros códigos a él coetáneos y ya desaparecidos (*vid.* en este segundo sentido SÁNCHEZ CALERO, F.,: “Noción y caracteres generales del Derecho marítimo”, *BAEDM*, Núm. 3, 1984, pp. 17-19; RECALDE CASTELLS, A., “Derecho marítimo...”, *op. cit.*, pp. 222-224. Es justo reconocer que la LNM se aproxima a esta concepción, al incluir en su articulado normas de Derecho privado (las más) y ciertos elementos de Derecho público (las menos, *vid.* Título I y parte del II de la LNM).

¹² Recordemos que el término autonomía no es una noción unívoca, sino polivalente, que goza de varios grados o niveles: científica, legislativa y jurisdiccional. Por todos *vid.* ARROYO MARTINEZ, I., “El Derecho marítimo...”, *op. cit.*, p. 26. El último grado de autonomía predicable del DMar es la académica (evitamos conscientemente el uso del término *universitaria* por cuanto que en nuestro país un gran número de profesionales del sector han tenido la ocasión de formarse gracias al auge de masters especializados en la materia, ajenos a la vida del campus). De los diversos estados de autonomía, esta es sin duda la que menor valor merece. No por un desprestigio de la academia o de los profesionales dedicados a la enseñanza de materias relacionadas con el DMar, sino porque su auge o encumbramiento no alteran la autonomía del Derecho o la naturaleza especial de sus normas. En muchos casos su enseñanza en las universidades españolas se debe a criterios de política universitaria o de oportunidad.

¹³ Un ejemplo de esta afirmación, en la materia que tratamos, es la explicación de la figura del destinatario en un contrato bilateral como es el transporte. Se recurre con frecuencia al contrato a favor de tercero (art. 1.257 Cc) para explicar que éste adquiera derechos de una relación de la que no formó parte originalmente.

limitado (la primera para referirnos a la relación entre Derecho privado y DMar y la segunda para resaltar que ésta no es en sí misma completa), y que como Derecho de los negocios, requerirá en ciertos momentos del DMer. El legislador tiene el *poder* para dotar de contenido legal (autonomía legislativa) un determinado sector pero carece de autoridad para reconocerlo (autonomía científica). En otras palabras, a menudo se buscan razones científicas para dotar de viabilidad un contenido legal. En el DMar sucede lo contrario: parece que reconocida la autonomía científica (en los términos aludidos), el poder legislativo había omitido conceder a esta rama del Derecho de un cuerpo legislativo que lo dotase definitivamente de autonomía legislativa¹⁴, sino que desde la época codificadora, se entendió que lo más adecuado era su inclusión dentro del cuerpo mercantil. Así, una de las objeciones que se ha formulado tradicionalmente a la autonomía del DMar ha sido la inclusión de su régimen de Derecho privado en el Código Comercio de 1885¹⁵, aunque es cierto que la trascendencia de las uniones o separaciones legislativas se ha relativizado al señalarse que son indiferentes a la verdadera autonomía de la rama jurídica de que se trata¹⁶.

2.2. La Ley de Navegación Marítima y el reconocimiento de la autonomía científica y legislativa

Una disciplina jurídica es científicamente autónoma si está constituida, como consecuencia de las especiales exigencias de la materia, por unos principios peculiares y un orden prelativo característico de aplicación de fuentes, sin que ello suponga un sistema normativo cerrado e inconexo con el resto del Ordenamiento o la pérdida del valor supletorio del Derecho común. Que una disciplina jurídica tenga autonomía científica suficiente, como la que se pretende, no supone, sin embargo, falta de conexión con el ordenamiento jurídico del que es parte, pues el Derecho común será siempre de aplicación *supletoria* aunque antes haya que acudir a la interpretación analógica de las normas y a los principios generales propios de su disciplina. Sólo cuando un sector de la realidad económico social debidamente acotado plantea necesidades no satisfechas por el Derecho general se puede decir que existe un concepto autónomo o científico de la disciplina¹⁷.

2.2.1. Reconocimiento de ciertas instituciones y principios propios del Derecho marítimo

Dentro del estudio de las instituciones del Derecho que aquí abordamos podemos dividir este elenco en principios o instituciones *típicas* y *particulares*. Las primeras son aquellas que han nacido en el seno de la navegación por mar y que carecen de correspondencia en otras ramas del Derecho. Las *particulares* son las propias del Derecho común pero que han sido, primero adoptadas y luego adaptadas, por el DMar¹⁸. Destacan, entre éstas, el régimen de propiedad del buque, la hipoteca naval, los privilegios marítimos, el régimen

¹⁴ ARROYO MARTINEZ, I., “El Derecho marítimo...”, *op. cit.*, p. 27.

¹⁵ GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, 7, Madrid, 1980, p. 547.

¹⁶ RUBIO, JESÚS, “Derecho marítimo...”, *op. cit.*, p. 571.

¹⁷ ARROYO MARTINEZ, I., “El Derecho marítimo...”, *op. cit.*, p. 26.

¹⁸ O como advierte GARRIGUES, J., *Curso...*, *op. cit.*, vol. II, pp. 513-514, entre el Derecho terrestre y el marítimo ha habido una especie de transfusión de instituciones.

de responsabilidad del porteador (limitada aún concurriendo dolo o exonerándose en ciertos supuestos tasados) o el principio de canalización de responsabilidad.

Entre las primeras encontramos, entre otras, la figura y especiales poderes del capitán, la particular disciplina de la asistencia y salvamento, el abordaje marítimo¹⁹, la contribución al régimen de la avería gruesa o el *préstamo a la gruesa*²⁰ (antecesor en el tiempo al seguro marítimo y aplicados posteriormente a los riesgos terrestres). La figura del capitán, con sus funciones y facultades extraordinarias, como son el mando y la dirección del buque, así como la jefatura de su dotación y representación a bordo la autoridad pública no tiene parangón en ninguna otra institución de Derecho privado (a excepción del comandante de aeronave en el Derecho de la navegación aérea, moldeado en este punto con la vista puesta en el régimen del capitán). Al capitán corresponde, además de otras funciones técnicas, de policía, comerciales y laborales, ejercer a bordo del buque los mismos deberes y facultades que un encargado del Registro Civil respecto de los hechos y actos inscribibles que ocurran durante un viaje marítimo y que afecten al estado civil de las personas embarcadas²¹. La razón de esta especialidad, carente de sentido en nuestros días²², obedecía a los largos periodos de tiempo que el buque se encontraba alejado de todo contacto con el mundo y a los riesgos propios de la travesía marítima. Muchas de estas situaciones requerían de una respuesta por parte del Derecho y las funciones propias del capitán (públicas o privadas) daba solución a todas ellas.

Pensemos ahora, por ejemplo, en un buque necesitado de auxilio ¿Cómo incentivar la solidaridad necesaria para que otro buque concurra al rescate? Dejando al margen las vidas humanas²³, el DMar contempla un régimen de asistencia y salvamento para el buque y los bienes transportados y el incentivo de ésta práctica mediante la figura de la recompensa a favor de los salvadores para aquellas operaciones que hayan producido un resultado útil²⁴. El premio por salvamento se repartirá entre el armador del buque salvador

¹⁹ Institución de la que pueden encontrarse antecedentes remotísimos de las vigentes leyes que lo regulan en el Código de Hammurabi (XXXVI 240), s. XVIII a.C., donde se establecía que si un buque en movimiento golpea a otro (anclado o en curso) y lo hunde, el dueño de la embarcación cuyo barco fue hundido hará declaración pública en presencia de su dios de todo lo que se perdió en su barco, y el propietario del otro buque restituirá el barco siniestrado y todo lo perdido. Sobre esta institución y sus particularidades, véanse GABALDÓN GARCÍA; RUIZ SOROA, *Manual...*, *op. cit.*, p. 692 y ss; PULIDO BEGINES, J.L., *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 496; RUIZ SOROA, J.M.; MARTIN OSANTE, J.M., *Manual de Derecho de Accidentes de la Navegación*, 3ª ed., Gobierno Vasco, Vitoria, 2006, p. 13 y ss.

²⁰ El seguro marítimo se remonta posiblemente a una institución romana llamada "*Foenus Nauticum*" que llegó hasta nosotros como "préstamo a la gruesa". Dicha institución consistía en una forma especial de mutuo sobre una suma de dinero cuyo pago era garantizado por el naviero con un derecho real sobre la nave, o incluso sobre la carga. A cambio de éste préstamo, y si la aventura marítima tenía éxito, el armador o naviero se comprometía a pagarle al prestamista el capital más unos intereses pactados. Si por el contrario, ocurría algún evento que causara la pérdida de la nave, el prestamista perdía el capital prestado y los intereses que se hubiesen podido generar. Se puede decir que esta transacción se dio como la primera forma de transferencia del riesgo por parte del propietario de la nave a su prestamista, donde el riesgo quedaba a cargo del acreedor desde el comienzo de la expedición hasta su fin.

²¹ Actas de nacimientos o defunciones que ocurran a bordo durante la travesía o las actas de los matrimonios celebrados en peligro de muerte serán extendidas por el capitán en el Diario de Navegación ajustando su contenido a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil (art. 178 LNM).

²² En lo que respecta al matrimonio en peligro de muerte o los nacimientos es evidente la falta de razón de ser de estas facultades; no así en lo que respecta a defunciones, por desgracia todavía habituales, y donde la labor certificadora del capitán resulta de gran utilidad.

²³ Régimen especial regulado en el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar –SOLAS– de 1974 y sus protocolos modificativos.

²⁴ El derecho a premio no podrá exceder del valor del buque y demás bienes salvados (art. 362 y ss LNM).

y su dotación en la proporción de un tercio y dos tercios respectivamente. Esta figura o institución carece de correspondencia en otras ramas del derecho.

Recapitemos ahora sobre un acto de avería gruesa, institución propia y peculiar del DMar, en la que el capitán, intencionada y razonablemente, causa un daño (arrojar mercancía al mar por la borda del buque) o gasto extraordinario (el premio de la asistencia) para la salvación común de los bienes comprometidos en un viaje marítimo o del propio buque, con ocasión de estar todos ellos amenazados por un peligro (art. 349 y ss. LNM). El principio de solidaridad previsto en el DMar consiste en que los daños o gastos ocasionados en acto de avería gruesa (o el pago por el salvamento) serán soportados por todos los titulares de los intereses en riesgo en el momento de la avería, en proporción y con el límite del valor salvado de cada uno de ellos. El punto de partida es la idea de comunidad de riesgo, y el de llegada el de la distribución de daños/costes realizados “por el bien común” entre los interesados en el viaje. Figura ésta, que como hemos dicho, tampoco existe en otras ramas del Derecho y que, ya desde el Derecho marítimo medieval descansa sobre una base contractual y sobre la idea de asociación entre comerciantes que buscan un interés común. Instituciones éstas que son el resultado de un principio característico del DMar que aquí enunciamos: el principio de *preferencia* de la expedición marítima, o en otras palabras, las expedición debe continuar²⁵.

Frente a las instituciones típicas, encontramos las que se han calificado como *particulares*, propias éstas del Derecho común, pero que han sido adoptadas por el DMar. Un ejemplo de instituciones características del Derecho común y su acomodo a la realidad del tráfico marítimo es el embargo de buques. La intrínseca movilidad del buque y sus cada vez más breves escalas en los puertos, así como el ámbito internacional de su operativa, ha llevado a nuestra LNM –siguiendo el texto del Convenio internacional- a la necesaria certificación del *periculum in mora* en la adopción de la medida cautelar, y por otro, a considerar que la exigencia legal de la acreditación de un *fumus bonis iuris* respecto del crédito marítimo reclamado impedirían que el embargo se obtuviese a tiempo para inmovilizar el buque en puerto. Por ello se ha sustituido este requisito, característico de nuestra LEC, por la «mera alegación» de uno de los créditos que reclama (art. 472 LNM), su causa y la embargabilidad del buque, presumiendo la existencia del riesgo y su urgencia (art. 476 LNM), eximiendo al embargante de cualquier prueba, siquiera indiciaria, de la apariencia de buen derecho que pudiera tener su crédito.

Ejemplo característico también de esta autonomía de la que hablamos es el régimen de los privilegios de los acreedores marítimos²⁶. En el Derecho común, civil y mercantil, el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros sin que el acreedor disponga de un bien en particular para la satisfacción de su crédito, salvo que esté

²⁵ Ya en el Libro del *Consulado del Mar* (s. XII-XIII) se regulaba el contrato de hermanamiento, en virtud del cual los interesados en la expedición acordaban contribuir a los gastos comunes necesarios para el buen fin de la expedición. Un breve repaso histórico sobre la institución puede consultarse en PULIDO BEGINES, J.L., *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 463 y ss; RUIZ SOROA, J.M.; MARTIN OSANTE, J.M., *Manual de Derecho de Accidentes de la Navegación*, *op. cit.*, p. 295 y ss.

²⁶ Desde antiguo el buque ha constituido, junto a los fletes, una especie de patrimonio separado del naviero en la que el acreedor marítimo puede satisfacer su crédito mediante la realización separada del buque (*fortune de mer*). Esta separación o independencia patrimonial, referida particularmente a cada nave frente a las demás y todas ellas frente al llamado (por contraposición) patrimonio terrestre (*fortune de terre*) del naviero, ha sido uno de los "particularismos" más notables del DMar. GABALDÓN GARCÍA; RUIZ SOROA, *Manual...*, *op. cit.*, p. 16.

reconocido como especial o privilegiado. Situación que contrasta con el DMar, donde la excepción se convierte en el principio general, significándose con ello que la práctica totalidad de los créditos marítimos son preferentes o privilegiados, frente al resto de créditos no marítimos que seguirán el régimen general. La concurrencia de créditos marítimos no se resuelve por la antigüedad, sino por preferencia, en función de la causa u origen del crédito (es la denominada preferencia entre créditos privilegiados). Así, en los supuestos de salvamento o avería gruesa que antes hemos indicado, los créditos generados por el buque para su asistencia o auxilio no siguen el principio "*prior in tempore, potior in iure*" para el resto de créditos, sino el conocido como "*posterior in tempore, potior in iure*". De no ser así, ningún buque prestaría auxilio si sabe que la recompensa se situará a la zaga del resto de acreedores del bien salvado. Este principio sirve como incentivo para que se preste el servicio de auxilio, siendo este crédito preferido a cualquier otro en el tiempo, incluso de los privilegiados. La razón es la dicha: *la expedición debe continuar*²⁷. Siguiendo con el ejemplo del salvamento, otra muestra de la autonomía del DMar es la exoneración de responsabilidad del porteador si el incumplimiento del contrato, con resultado de daño o pérdida de la mercancía, tiene como causa el desvío o asistencia para el auxilio.

Otra de los distintivos mas importantes que tienen los privilegios marítimos, respecto del régimen general, es la *reipersecutoriedad*. Ello significa que el crédito sigue al buque allí donde va, con independencia de que se modifique la titularidad, matrícula o pabellón (art. 122 LNM). En otros ámbitos, en ocasiones un cambio de titularidad de un bien (mediante enajenación, cesión o, en general, mediante transmisión a un tercero), reduce las posibilidades del acreedor de hacer efectivo su crédito, ya que el deudor se transforma, en realidad o apariencia, en un sujeto insolvente. En el DMar, el titular del privilegio está facultado para perseguir y realizar los bienes gravados aún frente al tercero poseedor o adquirente del buque. Con ciertos límites se puede afirmar que la venta o transmisión voluntaria del buque no suprime el privilegio y el acreedor puede ejecutar su crédito, incluso aunque éste sea en perjuicio de un tercer adquirente de buena fe e incluso aunque la transferencia haya sido inscrita en el Registro correspondiente. Estamos así ante una doble alteración o excepción, en primer lugar, frente al régimen de los bienes muebles y, en segundo, frente a los tradicionales principios registrales.

Tampoco el régimen general de responsabilidad civil, en el que es preciso un nexo causal entre la conducta del causante y el daño producido, opera siempre así en el DMar. La exigencia de este principio especial del DMar se fundamenta, primero, en la habitual superposición de contratos y sujetos, de manera que cuando se produce el daño no es fácil determinar quién es el sujeto responsable del hecho que ha originado el suceso, qué lo ha causado o los nexos de causalidad que conectan a los sujetos con los hechos producidos, y segundo, en las dificultades que encuentran los perjudicados para garantizar el cobro de las indemnizaciones, en cuyo caso el buque aparece como única garantía posible para el cobro de la deuda. En virtud del principio de canalización de la responsabilidad, la persona que debe responder del daño no es siempre la persona que

²⁷ Este criterio prelativo de los créditos de salvamento y avería gruesa se justifica entre los acreedores por el simple hecho de que incurrir en este crédito supone que, al cobrar él, el resto de acreedores pueden cobrar, ya que se ha mantenido incólume la expedición.

contribuyó a producirlo²⁸. En otras palabras, la responsabilidad civil del propietario del buque en supuestos de contaminación es objetiva (aunque limitada), ya que se atribuye al propietario del buque por el hecho de serlo, sin necesidad de probar su culpa o negligencia. Por el contrario, todos los demás sujetos que participan en la travesía—fletadores, auxiliares, aseguradores, titulares de la carga, etc.—estarán exonerados de responsabilidad. Sin embargo, parece que la LNM abandona este principio, vigente en el CLC y FUND²⁹, al establecer que el responsable de la contaminación será el armador del buque o el titular del uso o explotación del artefacto naval o plataforma en el momento de producirse el hecho generador de la contaminación, sin perjuicio de su derecho de repetición contra las personas culpables de aquel hecho (art. 385)³⁰.

Uno de los elementos que no queremos dejar de apuntar en el proceso de reconocimiento autónomo del DMar es, por un lado, el carácter eminentemente internacional que desde sus orígenes ha caracterizado al DMar, y por otro la vocación uniforme de la que tradicionalmente ha hecho bandera. No vamos a entrar aquí a enunciar todos los CI que regulan las diversas materias marítimas, tanto de naturaleza jurídico-pública como privada, ni las numerosas adhesiones que muchos de estos Tratados tienen. Labor ésta que escapa del ámbito de este trabajo³¹. La vocación uniforme del DMar (de la que hablaremos algo más adelante), y la preocupación constante por alcanzarla, puede ser apuntada como uno de los principios característicos de esta rama del Derecho. Uniformidad que no se alcanza exclusivamente, aunque también, por medio de la adopción de Convenios internacionales y su posterior adopción por los Estados, sino que existen muchas otras que contribuyen sustancialmente a la armonización del comercio

²⁸ Este principio está vigente en algunas leyes marítimas, como es el caso, por ejemplo, del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos de 1992 (CLC), *vid.* art. 3.4, que establece que no podrá promoverse contra el propietario del buque ninguna reclamación de indemnización de daños ocasionados por contaminación que no se ajuste a tal Convenio ni ninguna reclamación contra «el práctico o cualquier otra persona que sin ser tripulante, preste servicios para el buque». Mediante estas técnicas el legislador internacional hace recaer la responsabilidad, que resulta limitada, sobre la persona que según su entendimiento está en mejores condiciones para soportar el riesgo, excluyendo la posibilidad de dirigir la demanda contra otros sujetos implicados en la operación. En este sentido PULIDO BEGINES, J.L., *El concepto de porteador efectivo en el Derecho uniforme del transporte*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 165.

²⁹ Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil (CLC), y el Convenio para la Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños (FUND).

³⁰ El sistema de atribución de responsabilidad de la LNM resulta así más «equitativo» que la norma Convencional, pues permite que las consecuencias del hecho dañoso recaigan sobre el sujeto que ha originado el suceso y no exclusivamente sobre el propietario registral del buque. Se alinea así, en cierto modo, la LNM con el Convenio BUNKERS 2001, que abandonó el principio de «canalización» para permitir el ejercicio de la acción de responsabilidad “solidaria” también, además de contra el propietario inscrito, contra el armador, el arrendatario a casco desnudo y el gestor naval. No estaría hoy justificada, como sucede bajo el CLC excepto para los casos de dolo, la prohibición de reclamar a la persona que realice operaciones de salvamento, ni a sus agentes, ni a los agentes o empleados del armador, arrendatario a casco desnudo y gestor naval, lo que podría extenderse a contratistas de éstos como la sociedad clasificadora y el astillero constructor o reparador del buque, o incluso de reclamar a la propia autoridad marítima que ordenó maniobras respecto al buque siniestrado (como sucedió en el *Prestige*). Queda así abierto el camino legal para que los fletadores de los buques que contaminen las costas sean llamados a responder en los términos señalados así como la posibilidad del resarcimiento integral. *Vid.* ALCANTARA, J.M., “El *Prestige* aún.

¿Por qué no estamos preparados?”, *Diario La Ley*, 2014.

³¹ *Vid.* para ello GABALDÓN GARCÍA; RUIZ SOROA, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 35-50.

marítimo internacional y las normas que lo rigen en todo el mundo³². Ejemplo de este reconocimiento material es, entre otros, el uso de formularios internacionales o *standard forms* utilizados en la práctica por los operadores del tráfico marítimo, convirtiéndose éstos en verdadera ley entre las partes³³. También han alcanzado un amplio grado de estandarización ciertas cláusulas que se insertan en los contratos de transportes (*standard contract terms*). Los INCOTERMS de la CCI, por ejemplo, son hoy usadas en la mayoría de contratos, nacionales e internacionales, por compradores, vendedores, cargadores, porteadores y destinatarios. Los CE están repletos de cláusulas cuya terminología está totalmente estandarizada. Cuando se habla de una cláusula *Himalaya*, *New Jason*, *Paramount* o *both-to-blame collision*, todos los operadores entienden a lo que estas referencian. Por último, como ejemplo de esta uniformidad característica del DMar son las Reglas uniformes que con costumbre en la práctica: las UCP 600 para los créditos documentarios (CCI), las Reglas de Lisboa (CMI) para daños por colisión, las Reglas uniformes sobre CE electrónicos (CMI), las Reglas para el uso de *Sea Waybills* (CMI), las Reglas de *York/Antwerp* (CMI) o los Principios de Conducta para Sociedades de Clasificación de Buques (CMI) son hoy por todos conocidas y, en mayor o menor medida³⁴, utilizadas.

2.2.2. La afirmación de un ordenado sistema prelativo de aplicación de fuentes: autonomía legislativa

La autonomía legislativa ahora estudiada hace referencia a la producción normativa. El legislador dicta normas especiales que se refieren a una parcela concreta de la realidad económico-social que acontece en un determinado país. La promulgación de la LNM a mediados de 2014, tras casi una década de continuas propuestas legislativas, es el exponente máximo de la autonomía legislativa a la que nos referimos, al igual que lo fue a mediados del siglo pasado la promulgación del Código de la Navegación italiano³⁵, o al igual que la que significó la promulgación del Código de Comercio, años antes, frente al Derecho civil. Constituye el objeto de la LNM las situaciones y relaciones jurídicas nacidas «*con ocasión de la navegación marítima*». Nótese que no se añade la nota de «*comercial*», por lo que se entienden incluida en el ámbito del la Ley cualquier tipo de navegación marítima (así, la deportiva, científica, pesca, tendido de cables, etc.). La LNM contempla la navegación marítima desde una perspectiva integral, con el propósito de aglutinar en un solo cuerpo normativo la regulación de todos los aspectos que la

³² TETLEY, W., “Uniformity of International Private Maritime Law - The Pros, Cons and Alternatives to International Conventions - How to Adopt an International Convention”, *Tul. Mar. L. J.*, 24, 2000, p. 787. Más general, sobre los diferentes niveles de armonización contractual, HONKA, H., “Harmonization of contract law through international trade”, *Tul. Eur. & Civ. LF*, vol. 11, 1996, p. 128 y ss.

³³ Los formularios redactados por Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) y la Asociación de Corredores y Agentes Marítimos han ayudado a estandarizar las reglas del fletamento por todo el globo. Entre los más utilizados, *vid.* NYPE, BALTIME, ASBATIME o SHELLTIME para los fletamentos por tiempo. GENCON ó ASBATANKVOY para las modalidades por viaje. Entre los conocimientos de embarque, *vid.* CONLINEBOOKING, CONLINEBILL ó COMBICONBILL.

³⁴ Las Reglas de Lisboa, las Reglas para el uso de conocimientos de embarque electrónico o las relativas a las cartas de porte marítimas pertenecen a este segundo grupo.

³⁵ *Codice della Navigazione* (RD núm. 327, de 30 e marzo de 1942, *GU* núm. 93, de 18 de abril de 1942, *Cod. Nav.*).

conciernen, ya sean de índole jurídico-pública o jurídico-privada. Con base en las anteriores consideraciones, cabe interpretar que lo que la LNM pretende es el reconocimiento de una nueva rama del Derecho, el *Derecho de la navegación marítima*, que se procura sea suficiente en su regulación. Apoya esta tesis su separación definitiva del Anteproyecto de Código Mercantil. Se plasma así, de manera positiva, la nota de particularismo o autonomía que buena parte de la doctrina ha considerado como propia de esta materia³⁶.

Consecuencia inmediata de esa autonomía legislativa es la enumeración de un sistema jerárquico y propio de fuentes del Derecho que resulta acorde con la pretensión del texto³⁷, la atribución de autonomía legislativa al DMar español, y que acude, en primer lugar, a las fuentes específicas del DMar³⁸. En el crucial asunto del sistema de fuentes, el art. 2.1 concede a la Ley un lugar supletorio “en defecto de los Tratados Internacionales vigentes en España y de las normas de la Unión Europea que regulen la misma materia”³⁹. La técnica escogida de remisión normativa a los Tratados internacionales marítimos en cabeza de la jerarquía del nuevo sistema de fuentes no es sino un efecto de la vocación de compromiso con el Derecho internacional y el espíritu de uniformidad que inspira la confección y aprobación de la norma. En otras palabras, la LNM se aplicará como fuente principal en tanto no se oponga a lo dispuesto en los Tratados. La preocupación del legislador por alinear la legislación nacional al derecho convencional internacional es más que evidente: en primer lugar, al declarar los Tratados internacionales vigentes en España como primera fuente normativa, en segundo lugar, mediante la remisión respectiva de cada materia al Convenio en particular aplicable⁴⁰, y por último, como criterio interpretativo. Esta vocación de uniformidad conlleva el propósito de acabar con la criticada dualidad de regulaciones existente en muchos ámbitos de esta materia, en los que, por una parte, España ha ratificado distintos Convenios internacionales y, por otro,

³⁶ Como máximos exponentes en nuestro país, ARROYO MARTINEZ, I., “El Derecho marítimo...”, *op. cit.*; GONZALEZ-LEBRERO, R., *Curso..., op. cit.*

³⁷ El vigente Cco remite las instituciones del DMar al sistema de fuentes propio del DMer, en tanto que éstas eran consideradas como actos de comercio, ya los comprendidos en el Código como cualesquiera otros de naturaleza análoga, sometiéndose éstos a las disposiciones contenidas en el propio Código; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común (art. 2 Cco). El ACM propuesto no plantea cuestión alguna de fuentes ni de autonomía legislativa del DMer, sino que, partiendo de su carácter de Derecho especial, se limita a acotar su propia materia (de la que excluye el DMar), a la que son aplicables, en primer lugar (y de modo muy similar al art. 2 Cco vigente), las normas del Código y, en su defecto, los usos de comercio (cuya existencia parece sólo reservada hoy en día al ámbito de la contratación mercantil); sólo en ausencia de reglas especiales mercantiles, legales o consuetudinarias, se las de la legislación civil, según su sistema de fuentes (art. 001-4 ACM). Que la aplicación del Derecho civil solo se produce “en defecto de reglas especiales mercantiles” parece, en principio, una obviedad ya que es lo que resulta de la aplicación del principio *lex specialis derogat lex generalis*.

³⁸ Entra así nuestro nuevo DMar en el club de los Ordenamientos donde existe una clara autonomía legislativa, como lo son el Derecho italiano o, más recientemente, el argentino. Resulta llamativo, en este aspecto, que el sistema de prelación de fuentes de la LNM sea prácticamente idéntico, al igual que hizo el art. 1 de la Ley argentina de navegación de 1973, al art. 1 del *Codice della navigazione* de 1942.

³⁹ Lo que no resulta novedoso ya que los tratados o convenios internacionales han sido considerados siempre por la doctrina, el Derecho internacional consuetudinario o convencional y la jurisprudencia, nacional e internacional, como superiores a las normas de Derecho interno, a las que se imponen.

⁴⁰ Por citar algunos ejemplos, véanse las remisiones directas a los Convenios Internacionales sobre la materia en los artículos 48 LNM obre ejercicio del derecho de persecución y de visita, art. 122 sobre privilegios marítimos, 126 sobre hipoteca naval, art. 277 sobre transporte internacional mercancías o art. 339 sobre abordaje.

contamos con una legislación propia que, en muchos casos, no se ajusta a los mismos⁴¹. Se recurre para ello a una técnica de remisión normativa a los Tratados internacionales que rigen la materia. En coherencia con esa vocación de cuerpo normativo autónomo, y como consecuencia de esa constante interrelación entre la norma y los Tratados internacionales correspondientes a las distintas partes de su contenido, la LNM contiene una enumeración jerárquica de las fuentes aplicables en la materia y una fijación de los criterios de interpretación de la Ley (art. 2) que pretende dar equilibrio entre ambos extremos. La LNM, como fuente supletoria, completa e integra los espacios deliberadamente dejados por los Tratados internacionales a los Estados y, en esa medida, siempre que respete el contenido imperativamente establecido por las normas internacionales, la Ley estaría normando por primera vez esos espacios y gozando de la misma primacía que el Tratado tiene en las materias por él sí reguladas. En segundo lugar se estará a las leyes y los reglamentos complementarios⁴². Tercero, los usos y costumbres relativos a la navegación marítima⁴³ –con prioridad sobre cualquier otra norma legal- y no limitados a los estrictamente locales, o generalmente admitidos en cada plaza, como reza el Cco, siguiendo así un enunciado más amplio. La vigencia de estos usos, que por características técnicas de la navegación y la vocación de uniformidad de su contenido inherente a su dimensión espacial, resultan configurados en términos que superan los restringidos límites de las fronteras nacionales, lo que hace de ellos una de las más evidentes manifestaciones de la tendencia a la universalidad del DMar⁴⁴.

En defecto de todo ello, es decir, en ausencia de reglas especiales marítimas (tanto legales como consuetudinarias), se acudirá a la analogía, como expediente metodológico de cobertura de lagunas del conjunto de la normativa marítima⁴⁵. Nos situamos ante la aplicación analógica cuando al que compete aplicar el Derecho debe buscar soluciones

⁴¹ Como ejemplo véanse las contradicciones en materia de transporte marítimo bajo régimen de CE. En España han coexistido la LTM de 1949, al mismo tiempo que nuestro país había ratificado el Convenio de Bruselas de 1924 sobre transporte de mercancías en régimen de CE (Gaceta de 31 de julio de 1931). Nuestro legislador optó asombrosamente por implementar el CB en nuestro ordenamiento mediante ambas vías. El problema se acentuaba cuando el contenido de la norma doméstica no era en todo idéntico a la convencional. Los Tribunales han aplicado indistintamente ambos textos.

⁴² Pese a que este concepto de “complementariedad” ha sido tachado por algunos de semántico, pues, cada CI define sus límites objetivos de aplicación (*vid.* ALCANTARA, J.M., “Proyecto de Ley General de la Navegación Marítima (I y II)”, *La Ley*, 2013, p. 3.), sin embargo habrá situaciones en que el recurso a leyes y reglamentos será necesario. Muestra de ello es el art. 67 sobre el Registro de Bienes Muebles, en su Sección de Buques, el cual se registrará por lo dispuesto en esta ley, su reglamento de desarrollo y demás disposiciones complementarias y, en todo lo no previsto, por la Ley y el Reglamento Hipotecarios. Aquí una muestra del carácter complementario de normas de rango legal.

⁴³ Los cuales deberán ser probados, en caso de que se invoquen, por quienes los alegan y requieren de ellos para afirmar sus pretensiones, ante los Tribunales españoles por los medios reconocidos en Derecho. Así, entre otros, y seguramente de mayor eficacia, mediante certificado de su existencia expedido por una Cámara Oficial de Comercio, Industria o Navegación en virtud de la atribución que se le otorga por la Ley.

⁴⁴ En este sentido JIMENEZ SANCHEZ, G., “Las fuentes del Derecho marítimo”, *Estudios de Derecho Marítimo*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 90. Se exime de prueba de su existencia aquellos en que las partes estuviesen de acuerdo en su existencia, contenido (art. 281.2 LEC).

⁴⁵ Frente a una analogía general, propone en el texto una analogía *sectorial*, con recurso a los distintos ámbitos normativos previstos en la Ley. Esta particular analogía, sin embargo, no está exenta de dificultades. Así, por ejemplo, cuando se desee colmar las lagunas que surjan de la regulación del arrendamiento de buque, habrá que estudiar con cautela si el régimen del fletamento contenido en la norma marítima (a quien nos empuja la interpretación analógica del problema) ofrece un resultado más apropiado que la normativa civil del arrendamiento.

sobre la base de las instituciones jurídicas o principio ya existentes⁴⁶, procediendo por semejanzas o deferencia, con lo que así, a una determinada situación sin respuesta aparente con la norma estudiada, se le acabará aplicando las normas que regulen la institución más parecida y compatible con esa nueva situación. La analogía es, creemos, la consagración definitiva de la nota de autonomía aplicable al DMar: un sistema autónomo, autosuficiente y dotado de principios propios, que se anteponen a los generales, en que las lagunas son absorbidas por la propia legislación marítima, sin recurso, salvo excepciones, a las instituciones del Derecho común⁴⁷.

Se aplicarán, a modo de cierre⁴⁸, los principios generales del Derecho común⁴⁹ (expresión arcaica posiblemente carente de sentido en nuestros días –por contraposición al Derecho foral- para referirse simple y llanamente al Derecho civil o al Código Civil, expresiones más acordes con los tiempos⁵⁰). Remisión última que sólo se limita a estos principios y en ningún caso debe suponer una aceptación en bloque a todas las fuentes del Derecho común (como la ley, los usos o los principios generales, sino únicamente éstos últimos serán aquí aplicables). La invocación al Derecho común enfrenta al intérprete con el problema de si ésta ha de ser entendida, bien como una solución final a la que recurrir ante la falta de respuesta de las normas anteriormente consideradas, o por el contrario, si a los principios del Derecho común deberían anteponerse las normas que configuren el conjunto completo de la regulación civil según su propio orden de prioridad de fuentes

⁴⁶ Salvo, claro está, supuestos, ciertamente *anacrónicos*, en que la propia analogía es excluida por la propia norma. Un ejemplo característico es la posibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad del contrato de transporte marítimo diseñado en el Convenio de Bruselas al transportes de animales vivos o sobre cubierta.

⁴⁷ Un ejemplo de posible autointegración de lagunas por medio del recurso a la analogía puede verse en un criterio interpretativo que algunos tribunales anglosajones han llevado a cabo en torno al pago de un rescate (por la liberación del buque, la tripulación y la mercancía transportada) por un acto pirata y su inserción dentro de las instituciones propias del DMar. El caso de derecho de inglés más citado es *Hicks v Palington* donde la carga dada a los piratas a modo de rescate fue considerada por el Tribunal como un sacrificio propio de la institución de la avería gruesa. La justificación para tal práctica se basó en la idea de que cualquier pago razonable hecho a los secuestradores para lograr la liberación del buque y de la carga representa un sacrificio propio de la avería gruesa en el interés común de todos los interesados. Más recientemente *Royal Boskalis Westminster NV v. Mountain* [1999] QB 674. En muchos casos de piratería, sin embargo, los armadores han solicitado y recibido la contribución voluntaria de las compañías de seguros de carga para evitar la necesidad de declarar un acto de avería gruesa, pudiendo ser posiblemente esta la razón de la falta de jurisprudencia sobre el tema. Así en PAULSEN, “Piracy: An International Problem in Search of a Solution Legality and Insurance Issues”, *ABA Section of International Law’s* 2009 Fall.

⁴⁸ Última fuente y recurso final y siempre fructuoso a la que puede recurrir el intérprete y el aplicador del Derecho para cumplir su deber inexcusable de dar respuesta a las cuestiones que se le propongan. JIMENEZ SANCHEZ, G., “Las fuentes...”, *op. cit.*, p. 92, y las referencias allí mostradas.

⁴⁹ Se ha suprimido del texto final de la LNM la remisión a los principios deducibles de la propia Ley de Navegación (que si encontraba proclamación expresa en los Anteproyectos) como medio para colmar las lagunas que pudiesen apreciarse en el conjunto de la normativa legal y consuetudinaria), siendo estos sustituidos por la remisión expresa a la analogía en el texto vigente. La existencia de estos principios propios había sido criticada como fórmula “ampulosa”, “imprecisa” y “completamente inútil” puesto que posibilitaba la existencia de unos derechos generales marítimos cuya existencia resultaba imposible dada la naturaleza jurídica de las normas que integraban el Anteproyecto. Así EIZAGUIRRE, J.M., “Las fuentes del derecho marítimo proyectado”, en *Diez años de derecho marítimo donostiarra*, Gobierno Vasco, San Sebastián, 2003, p. 34 y ss.

⁵⁰ Frente a la remisión final a los principios de la “legislación mercantil” que se proponía por el Anteproyecto, el legislador ha optado por una referencia expresa a los principios generales del Derecho civil. Solución que podría entenderse como una referencia más, además de las enunciadas, a favor de un autonomía legislativa del DMar respecto del DMer.

(art. 1 Cc)⁵¹. Este es el sistema diseñado por el legislador español, en sintonía con otra normas de derecho comparado, con la aprobación de la LNM.

2.2.3 La existencia de un sistema interpretativo autónomo

Una vez determinada la norma que ha de aplicarse para la solución del problema, ésta requiere ser interpretada para aplicarla correctamente. Al hablar de los criterios idóneos para la interpretación normativa se alude a los materiales sobre los que el intérprete debe dirigir su atención, con el fin de obtener como resultado el esclarecimiento del sentido de la norma para ser empleada al caso concreto. Apuntaba GARRIGUES que la caracterización legal del DMar como una rama del DMer simplificaba el *problema de la interpretación*, que sería complicado si se considerase, como ahora hacemos, como un sistema autónomo de carácter excepcional, al no existir en la época un sistema autosuficiente, cuyas lagunas habrían de colmarse dentro del propio sistema, sin posibilidad de recurso al DMer terrestre o al Derecho común, por lo que considerándolo como una rama del DMer, su interpretación había de seguir la norma general del artículo 2 Cco⁵².

Por tanto, más novedoso, si cabe que el sistema de fuentes, son los criterios interpretativos autosuficientes que el precepto segundo recoge (art. 2.2 LNM). La novedad se encuentra en la plasmación de un sistema interpretativo propio (aunque no queda claro si supletorio respecto del sistema del Cc⁵³), cuyo conjunto de criterios interpretativos deberán ser tenidos en consideración por los órganos jurisdiccionales y arbitrales que conozcan de la materia.

El texto escogido por el legislador presenta, además, otros caracteres novedosos por varios motivos. Primero, en una visión *ad extra*, y aún siendo consciente de la aparente contradicción, por su similitud con los criterios interpretativos que se han recogido en Convenios internacionales y en leyes nacionales en las que el legislador se ha apoyado para la redacción de la LNM. El art. 3 RHam o el art. 2 RR, como ejemplos, en relación a los primeros, o, respecto del segundo grupo, el art. 264 de la Ley mejicana de Navegación y Comercio marítimos de 2006, al tratar sobre las disposiciones generales en materia procesal marítima, contienen preceptos análogos al art. 2 LNM. El Código de la Navegación italiano de 1942 o la ley de la Navegación argentina de 1973, ambas inspiradoras también de la LNM española⁵⁴, carecen, sin embargo, de preceptos

⁵¹ JIMENEZ SANCHEZ, G., “Las fuentes...”, *op. cit.*, p. 91.

⁵² GARRIGUES, J., *Curso...*, *op. cit.*, vol. II, p. 523. Sin que ello supusiese que antes de pasar a otro grupo de normas debía ponerse en práctica la solución analógica de las normas especiales del DMar como sistema de Derecho especial

⁵³ El *chapeau* del precepto aludido “en todo caso”, parece indicar que, si bien no de manera principal, al menos si complementaria a los criterios del Código Civil, el intérprete deberá acudir a estos como mecanismo eficaz de resolución de dudas de carácter interpretativo.

⁵⁴ Para la elaboración de la LNM se han tenido también en cuenta ordenamientos ya clásicos como el Derecho alemán del HGB, el *Codice della navigazione* italiano de 1942 ((RD núm. 327, de 30 e marzo de 1942, GU núm. 93, de 18 de abril de 1942) y las leyes de Navegación de la República Argentina de 1973 (BO de 2 de marzo de 1973), la Ley de Navegación chilena de 1978 (DL núm. 2222, de 21 de Mayo de 1978, DO núm. 30077, de 31 de Mayo de 1978), y la Ley de Navegación mexicana de 1994 (DOF de 4 de enero de 1994, actualmente Ley de la Navegación y del Comercio marítimo de 2006). Cuerpos todos estos en los que por otra parte la LNM con mayor o menor extensión y apoyo reconoce haberse inspirado (*vid.* Memoria de la Propuesta del Ministerio de Justicia, p. 13).

interpretativos similares. Creemos que a diferencia de los Convenios internacionales, donde éste precepto podría ser considerado pleonástico en cuanto pudiera resultar superabundante reiterar en la norma positiva su propia razón de ser, lograr la uniformidad en las soluciones, no lo es en la norma doméstica. Sin duda, si faltara esta disposición en el texto internacional posiblemente se llegaría a los mismos resultados que puede llegar por su aceptación por los Estados y su observancia por los Tribunales competentes⁵⁵. No así en la norma nacional, en el que es necesaria una disposición como la mencionada si se pretende establecer como criterio interpretativo la uniformidad en las materias objeto de la ley.

En segundo término, *ad intra*, puede afirmarse que estamos ante criterios interpretativos sin correspondencia en otros textos del Ordenamiento jurídico español. Y es ahí donde vuelve a ponerse en valor la novedad del precepto estudiado⁵⁶. Frente a un recurso de los criterios interpretativos tradicionales del Cc utilizados por los Tribunales (donde el punto central es la norma que se interpreta, y sobre ella giran los criterios gramaticales, históricos, sociológicos o teleológicos), la LNM propone unos recursos interpretativos que huyendo de sí mismos, y olvidándose momentáneamente de la norma objeto de interpretación, acude a los Tratados internacionales y a la perseguida uniformidad, para retornar con soluciones suficientes que doten de contenido a la labor del intérprete. Estos criterios *especiales* de interpretación judicial son manifiestamente novedosos⁵⁷, sin hasta ahora correlativo en nuestro sistema judicial: “*en todo caso, para la interpretación de las normas de esta ley se atenderá a la regulación contenida en los Tratados Internacionales vigentes en España y la conveniencia de promover la uniformidad en la regulación de las materias objeto de la misma*”. Frente al texto del ALNM⁵⁸, el texto de la LNM amplía el mandato interpretativo a todas las normas de la Ley, con independencia de su origen internacional, transnacional o doméstico. Así, el intérprete, ante la necesidad de exégesis de un precepto, deberá acudir a los criterios

⁵⁵ Por ello, siendo el Derecho una realidad cultural, este artículo 3 deviene en una norma heterónoma en cuanto no contiene una disposición propia sino que reitera la voluntad final por la cual se sancionará el Convenio: llegar a la uniformidad e internacionalidad en las soluciones. Con ese criterio, puede aceptarse la incorporación de este artículo 3 en el texto de las RHAm en cuanto posibilita su interpretación evolutiva, no analógica, la que deberá reflejarse en el resultado querido a través de la vida jurídica futura de los transportes de mercancías por mar. Así BLAS SIMONE, O., *Las Reglas de Hamburgo*, Nuevo Forum, Buenos Aires, 1980, pp. 31-32.

⁵⁶ Actualmente, tales criterios se encuentran expresamente acogidos por el artículo 3 del Código Civil: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras (criterio gramatical o literal), en relación con el contexto (sistemático), los antecedentes históricos y legislativos (histórico), y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (sociológico), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas (teleológico)”.

⁵⁷ Pese a que han sido calificados de redundantes e innecesarios (ALCANTARA, J.M., “Proyecto de Ley...”, *op. cit.*, p. 3).

⁵⁸ La LNM ha variado sustancialmente el texto respecto del Anteproyecto presentado por la Comisión de Codificación en 2004, cuyo literal era: “Para la interpretación de las normas de la presente Ley que se inspiren en tratados internacionales vigentes en España, se deberá tener en cuenta (...)”. En el ALNM las normas de interpretación sólo eran aplicables a aquellos artículos que se inspirasen (a) en Tratados internacionales y sólo cuando (b) estuviesen vigentes en nuestro país. En otras palabras, los criterios interpretativos previstos en el Anteproyecto serían de aplicación exclusiva a los artículos que fuesen resultado de inspiración internacional. A todos aquellos que no lo fuesen, bien por su origen transnacional (como los artículos inspirados en el Código de navegación italiano o la Ley argentina) o de elaboración doméstica, no podrían ser aplicados estos criterios de interpretación, debiendo de acudir el juzgador a los criterios tradicionales del Cc (art. 3).

interpretativos previstos en la norma, con independencia de su origen, lo que favorece la pretendida vocación de uniformidad.

Una vez determinado el objeto de la exégesis (todas las normas de la ley y no sólo a los artículos que fuesen resultado de inspiración internacional), veamos cuales han sido los criterios escogidos por el legislador como técnica legislativa: El primero de estos dos criterios es la *regulación contenida en los Tratados internacionales vigentes en España*. Observamos, en primer lugar, como desaparece aquí el recurso a las normas de la UE, fuente normativa, como criterio exegetico. En segundo lugar, la remisión a los CI vigentes en nuestro país, excluye, como dijimos, los no vigentes en nuestro ordenamiento⁵⁹. El intérprete no podrá acudir a estos textos para solventar las dudas que la aplicación de la Ley le genere. De aplicarse así, se constriñe considerablemente la vocación de uniformidad aludida en la EM de la Ley, ya que, al menos en materia de transporte, los Convenios aludidos representan, no sólo las orientaciones más modernas del Derecho del transporte marítimo, sino el futuro en dicha materia (véase la Disposición Adicional Primera). Parece un error por parte del legislador desechar estos textos por el hecho de no estar vigentes en nuestro país.

El segundo criterio especial de interpretación del DMar es la *conveniencia de promover la uniformidad en la regulación de las materias objeto de la misma ley* (art. 2.2 LNM). Para alcanzar la uniformidad –dejando al margen el uso de reservas o los denominados sistemas *opt-in/opt-out*⁶⁰ que rompen desde el principio la uniformidad- no es suficiente con el simple hecho de que las normas uniformes pasen a formar parte del Ordenamiento jurídico de un Estado (CI y normas de la UE como fuente normativa así como las referencia expresas a los Tratados en las diferentes instituciones marítimas que regula la Ley), sino que se requiere además que la norma uniforme sea aplicada por órganos judiciales nacionales en el sentir uniforme. La plural nacionalidad de los órganos llamados a aplicar estas normas producirá interpretaciones distintas en el ámbito de la discrecionalidad que permita la norma uniforme. De ahí que uno de los retos que se plantean en todo proceso de unificación del Derecho es el de mantener la unidad en el momento aplicativo e interpretativo una vez alcanzada la uniformidad legal.

No creemos estar, como se ha afirmado por el Informe del CGPJ y posteriormente acogido por ciertos autores⁶¹, ante un *desiderátum*, el de la uniformidad de la norma marítima (cuya conveniencia debiera ajustarse a los cauces apropiados, no pudiendo ser susceptible de adquirir rango de criterio de interpretación de las normas legales), sino ante una verdadero criterio interpretativo de aplicación efectiva cuyo propósito es mantener la

⁵⁹ Bien porque España no se haya adherido a ellos, pese a la firma del mismo, bien porque habiendo adherido y ratificado el Tratado no será de aplicación directa en nuestro país en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el BOE (art. 1.5 Cc). Ejemplo de ello podrían ser, en el transporte marítimo intencional, el recurso al Convenio de Hamburgo, en el que España no es parte pero del que ha utilizado sus disposiciones para dar contenido a un gran número de artículos en los que la LNM se ha inspirado, o a las Reglas de Rotterdam, que pese a haber sido firmadas y ratificadas por nuestro país, éstas no están aún en vigor. *Vid.* Motivo VI de la EM: “La ley ha tenido en cuenta los últimos convenios en esta materia, especialmente las conocidas Reglas de Rotterdam, previendo así ulteriores modificaciones de su articulado cuando entren en vigor”.

⁶⁰ *Vid.* a modo de ejemplo los capítulos 14 y 15 RR sobre jurisdicción y arbitraje.

⁶¹ Informe del Consejo General del Poder Judicial, p. 37 y ARROYO MARTINEZ, I., *Compendio de Derecho Marítimo*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2014, p. 42, entre otros.

uniformidad de la norma en el momento aplicativo⁶². Cuando el intérprete se enfrente a un problema para cuya solución requiera de exégesis deberá acudir al CI y a la forma en que éste se ha interpretado en otros Ordenamientos jurídicos en que el texto internacional es aplicable o una norma transnacional cuyo contenido es similar al convencional. En otras palabras, el juez nacional que desee una correcta interpretación de un precepto de la LNM deberá auxiliarse de la jurisprudencia extranjera que ha aplicado el precepto en cuestión para importar de allí la solución prevista y promover así la uniformidad en la regulación de las materias objeto de la Ley.

Critiquemos, sin embargo, la redacción del texto. De una simple lectura parece que se exige al intérprete, como criterio exegético, promover la uniformidad en la regulación, hecho que a todas luces contraría la labor de éste, que es interpretarla y aplicarla, debiendo ser el legislador quien se encargue de uniformar la regulación. El sentido que creemos entender aquí es la uniformidad, no en el modo de proceder del legislador, sino en el modo en que se ajusta el funcionamiento de un sistema (entendiendo por este las materias objeto de la ley) por medio de quienes lo interpretan. Si el criterio interpretativo va dirigido a los aplicadores de la norma (especialmente órganos jurisdiccionales y Tribunales arbitrales), estos deberán, antes dudas que requieran de interpretación, acudir no sólo a la regulación contenida en los Tratados internacionales (criterio primero), sino también a la jurisprudencia internacional con la intención de ver en su doctrina la resolución de casos similares a los planteados con el objeto de promover la uniformidad en aquellas materias que regula la LNM (criterio segundo). Por tanto, pese a que se omite referencia alguna a la jurisprudencia como fuente de interpretación del Derecho, su alusión creemos viene implícita en el propósito uniforme, ya que será la búsqueda de opiniones jurisprudenciales, primero propias (siendo de ello asumible que serán aplicables al DMar las distintas cuestiones relativas al valor de la jurisprudencia que se regulan en el art. 1.6 Cc, complementando al ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley), y luego extranjeras, las que conformen, tal y como se solicita, la uniformidad en la regulación de las materias propias de la ley.

Ahora bien, dado que los Tratados vigentes en nuestro ordenamiento constituyen fuente directa del Derecho, superior incluso a la propia Ley (art. 2.1 LNM), la consideración simultánea de éstos, no sólo como fuente normativa, sino con directa intención interpretativa causa, cuanto menos, cierta incertidumbre, y en el que la labor del intérprete, en el contexto de un litigio, no será nada fácil ya que el juzgador habrá de atender al contexto de los términos del Tratado, su objeto y fin, además de acudir a los trabajos preparatorios del Tratado y a la información sobre las circunstancias de su celebración (arts. 31-33 Convención de Viena 1969)⁶³, sino además realizar un estudio jurisprudencial sobre las diferentes vertientes interpretativas que se hayan podido realizar

⁶² Se ha afirmado por algunos autores que lo deseable hubiese sido que esa uniformidad, cuya promoción se considera conveniente, lo fuese precisamente de la interpretación de la ley, y no del contenido de la ley. Como se ha indicado la uniformidad en la regulación es algo que debe intentar lograr el legislador, y no encargar esta función a los encargados de su aplicación (a quienes los criterios interpretativos van dirigidos), y por consiguiente no debería insertarse en el cuerpo de la ley un mandato –de contenido eminentemente hermenéutico– que va dirigido a quien está llamado a elaborarla y no a interpretarla. Por todos ALCANTARA, J.M., “Proyecto de Ley...”, *op. cit.*, p. 3.

⁶³ *Ibid.*

por los órganos judiciales que lo han aplicado, y en su caso, elegir aquellas que favorezca la uniformidad en la regulación de las materias objeto de la ley.

2.3 La pendiente autonomía jurisdiccional

Configurado, como parece, el DMar como Derecho *relativamente* autónomo, debemos preguntarnos si requiere también que se le dote de autonomía jurisdiccional. Este segundo grado de autonomía se predica respecto de la existencia de jueces o tribunales y procedimientos especiales y especializados en causas relacionadas con el DMar⁶⁴. Si bien es cierto que afirmada la autonomía legislativa ello no nos conduce necesariamente a una jurisdiccional, o viceversa, cabría la posibilidad de una autonomía científica y legislativa sin la jurisdiccional correlativa. La no existencia de tribunales especiales⁶⁵, con competencia y facultades exclusivas para conocer de los asuntos marítimos, no significa la negación del carácter autónomo del Derecho enjuiciado. Argumenta ARROYO⁶⁶ que no cabe afirmar que el DMer carezca de autonomía legislativa e, incluso, conceptual por el mero hecho de resolver sus cuestiones ante la jurisdicción civil (ahora mercantil), porque en sentido opuesto, ¿cabe afirmar la autonomía del Derecho de Familia respecto al Derecho Civil por la existencia de Juzgados de Familia?

El legislador español dio, en el año 2003, un paso importante en el reconocimiento de la autonomía jurisdiccional del DMar mediante la creación de los juzgados de lo mercantil, que conocerán de «cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de aquellas pretensiones relativas a la aplicación del Derecho marítimo» (art. 86 *ter* de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, según modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal). Se podría pensar que tal atribución de competencias a los juzgados especiales de lo mercantil no son si no un argumento a favor de la unidad. Quien así pensase, deberá enfrentarse a los más de cien años de historia en nuestro país en que los asuntos mercantiles han sido competencia de la jurisdicción civil⁶⁷. Resulta evidente que la

⁶⁴ Autonomía que ha existido históricamente pero que por razones políticas desapareció. Sobre la autonomía del jurisdiccional del DMar a lo largo de la historia, *vid.* SERNA VALLEJO, M, “La autonomía jurídica...”, *op. cit.* La idea de tribunal especial (o jurisdicción especial) se opone a la idea de jurisdicción común, en la que todas las controversias de relevancia jurídica pueden ser resueltas por un mismo orden de tribunales dentro de cuyos factores de asignación no se encuentra la materia. De este modo, cualquier causa (con independencia de materia y partes) será conocida por una misma y única categoría de tribunales y asignada en concreto a uno por razón del territorio o cuantía. Cuando se crean tribunales que conocen de determinadas materias que se sustraen del orden jurisdiccional común estamos ante tribunales especiales, como lo son los juzgados en el orden penal o más recientemente en el orden mercantil. Frente a estos tribunales especiales se encuentra la calificación de especializados para órganos que, dentro de una misma jurisdicción, conocen de materias de particular complejidad e integrados por jueces o magistrados con un conocimiento o experiencia de la materia a resolver. Un ejemplo de esta especialidad dentro de ámbito mercantil serían los juzgados especializados en patentes, marcas y propiedad industrial.

⁶⁵ Cabe destacar, sin embargo, la existencia del Tribunal Marítimo Central y los Juzgados Marítimos Permanentes con arreglo a lo dispuesto en la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, por la que se regulan los auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas. No obstante, es importante resaltar que estos órganos son estrictamente de carácter administrativo y no órganos jurisdiccionales. Sus resoluciones son susceptibles de ser recurridas ante la Jurisdicción contencioso-administrativo a través de los recursos contencioso-administrativo que la ley prevea.

⁶⁶ ARROYO MARTINEZ, I., “El Derecho marítimo...”, *op. cit.*, pp. 24-25.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 25.

intención del legislador en el ámbito del DMar fue la de definir la competencia objetiva de estos Juzgados en función de la materia sobre la que versa la pretensión y con independencia del cauce procesal a seguir o de la cuantía del litigio⁶⁸. La terminología empleada (“pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional”), permite entrever una preferencia por la extensión, pues, no sólo atribuye al juez la competencia objetiva en materia de transporte, en general⁶⁹, y sin especificar el modo o el medio, sino que además, lo hace de todas las pretensiones que en este ámbito se susciten. Sin embargo, merece la pena resaltar aquí las dificultades que encuentran los jueces para determinar los supuestos que, en relación con esta materia, corresponden a los Juzgados de lo mercantil⁷⁰. Habrá que atender para ello, en cada caso concreto, a la pretensión y fundamentación jurídico-material de la petición en que se base la demanda y comprobar si la acción ejercitada se funda en la aplicación del DMar, no sin enfrentarnos al dilema de concretar qué entendemos por DMar, algo que la Ley no precisa⁷¹.

Afirma la anatomía del DMar supone reconocer la existencia de juzgados o tribunales especiales, que por razón de la materia y naturaleza de la controversia jurídica, sean capaces de dar respuesta a la realidad del tráfico marítimo. Los juzgados de lo mercantil son prueba de ello. Su especialidad, por razón de la materia, agiliza los procedimientos y la efectividad de su labor y refuerza la seguridad jurídica que debe presidir todo tipo de procedimientos y, muy especialmente, los relativos a las áreas en las que es necesario poseer de unos conocimientos técnicos muy concretos. Sin embargo, estos, sobrecargados hoy día de otras controversias, carecen de los conocimientos técnicos necesarios en una materia tan compleja, y a menudo cambiante, como es el DMar.

⁶⁸ PULIDO BEGINES, J.L., *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁹ El apartado (c) del artículo muestra una preferencia del legislador por una concepción del DMar más allá de la mera concepción del transporte marítimo, ya que de lo contrario la redacción resultaría redundante, por estar ya contemplada en el párrafo anterior. En cambio, en los ámbitos no marítimos, el legislador ha restringido la competencia al contrato de transporte, ya sea nacional o internacional, de personas o cosas. Así se pronuncia *Ibid.*, p. 35. Por otro lado, parece evidente que ello sea así, ya que el DMar no puede ser constreñido al transporte de mercancías, pese a ser una de sus instituciones más importantes, mientras que no existe un derecho terrestre o de la navegación terrestre sino únicamente un contrato de transporte terrestre de cosas o personas.

⁷⁰ Los tribunales se han hecho eco de esa dificultad. Como muestra, la SAP de Álava de 31 de marzo de 2006, La Audiencia puso de manifiesto, que pese a tratarse de un proceso en el que se ejercitaron pretensiones relativas a un contrato de transporte mercantil, la demanda se interpuso y se tramitó ante un Juzgado de Primera Instancia. El Tribunal, en lugar de decretar la nulidad de lo actuado por falta de competencia objetiva del Juzgado *a quo*, indicó que «este Tribunal, teniendo en cuenta que estamos ante una normativa relativamente reciente, dado que la parte demandada no ha opuesto una excepción en este sentido, al objeto de tutelar efectivamente el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24 CE), y considerando que tampoco se causa ninguna otra vulneración de derechos, más allá del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, pero que no se ha invocado como infringido, excepcionalmente, por esta vez, ha entendido oportuno analizar y fallar el caso». De modo similar se vienen planteando si ante los Juzgados de lo mercantil pueden presentarse reclamaciones formuladas por consumidores en relación con incidencias producidas en transporte de viajeros o en viajes combinados. Para un análisis de las dificultades jurisprudenciales sobre la materia tratada, vid. GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M. “La competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil”, *Actualidad*, *Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento* / n. extraordinario-2006, pp. 54-55. Todo ello es buena muestra de las dificultades que en este punto se presentan a la hora de delimitar la competencia de estos Juzgados.

⁷¹ Así PULIDO BEGINES, J.L., “Comentarios sobre el concepto de Derecho de la navegación en la Ley 14/2014, de Navegación Marítima”. Texto en <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=131>.

3. CÓDIGO MERCANTIL Y CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE: UNOS APUNTES A FAVOR DE SU INCARDINACIÓN EN EL CÓDIGO

Dentro del nutrido elenco de contratos mercantiles ahora regulados *ex novo* se echa de menos la omisión *injustificada* del contrato de transporte terrestre (bajo regulación unitaria de sus dos variantes, por carretera y por ferrocarril), ni se haya formulado ninguna explicación al respecto, salvo la constatación de la remisión, en la Memoria del análisis del impacto normativo del ACM de 29 de mayo de 2014. Dicha ausencia no puede ser considerada un olvido del legislador, dado que expresamente reconoce la remisión normativa a leyes especiales. Si se acude a la PCM elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación se observa que dentro del Título VI del Libro Quinto, y bajo el título de contratos de transportes figura el Capítulo I titulado "De transporte terrestre" que dispensa a esta modalidad contractual 102 artículos de indudable relevancia⁷².

Nada se nos dice, ni siquiera en la EM, sobre la decisión tomada por el legislador de excluir del Anteproyecto la regulación de los contratos de transporte terrestre y aéreo tal y como disponía la PCM. Pudieran hallarse razones en los siguientes argumentos: (a) las normas excluidas del ACM son materias que tienen ya una regulación específica (como el contrato de transporte terrestre y la existencia de una ley relativamente reciente sobre la materia) y no era menester volver regular la materia en un diferente texto legal; (b) la exclusión podría justificarse por la complejidad que supone aunar los intereses de los sectores económicos afectados, difíciles de congeniar en ciertos casos, y plasmarlo en un texto único, lo que en ciertos casos pudiese aconsejar la no inclusión; (c) o la dificultad de enunciar unas normas mínimas para el transporte terrestre y aéreo de pasajeros, bien por la diversidad de organismos implicados (estatales ó autonómicos para el terrestres y comunitarios e internacionales para el aéreo) con competencia en la materia, así como su sujeción al Derecho de la UE. Quizás estos sean argumentos suficientes para determinadas instituciones excluidas, pero no para otras. El contrato de transporte terrestre, creemos, que no es una de ellas⁷³.

Enunciaremos a continuación, brevemente, las razones por las que consideramos que, al menos el contrato de transporte terrestre (por carretera y por ferrocarril), debería ser objeto de regulación por el ACM.

⁷² El actual ACM dedica el Título VI del Libro Quinto al Contrato de Transporte en sus diversas modalidades: terrestre (art. 561), marítimo (art. 562) y aéreo (art. 563), y remitiéndonos al estudio de los títulos de tradición para encontrar una breve alusión al transporte multimodal, que si bien no se regula como contrato, si que reconoce con carácter general la equiparación del valor negociable de los documentos del transporte multimodal emitidos en forma negociable al de los conocimientos de embarque, siendo de aplicación las normas establecidas en el Código Mercantil para los documentos marítimos (con remisión expresa a la LNM, *Vid.* arts. 246 a 266) a los documento de transporte entregado por un porteador, o por un agente que actúe en su nombre con poder suficiente, en un transporte multimodal o combinado. El ACM se limita a remitirse a las respectivas leyes especiales sobre la materia, la Ley del Contrato del Transporte Terrestre de Mercancías (LCTTM), Ley de Navegación Marítima (LNM) y la Ley de Navegación Aérea (LNA), así como las demás disposiciones que le sean aplicables.

⁷³ La presión latente de intereses en conflicto de los operadores afectados y evitar que se reabran viejas discusiones (puestas de manifiesto en los trabajos legislativos de la LCTTM) sean quizás las únicas razones que expliquen esta notable ausencia. Aunque ello es algo que el legislador deberá explicar en la Memoria que acompañe al texto definitivo. En ningún sitio hemos encontrado, por ahora, explicación alguna.

- a) *Los contratos de transporte son contratos mercantiles*: El contrato de transporte terrestre de mercancías ha sido considerado tradicionalmente como un contrato mercantil⁷⁴. Sin embargo, dicha afirmación no ha sido fácil de concluir, ya que la *mercantilidad* del contrato de transporte de mercancías no es un requisito inherente a su condición, dada la existencia de un contrato civil de transporte⁷⁵, sino una exigencia que debe cumplir el sujeto que realice dicha actividad para que esta pueda regirse por el Título dedicado al Contrato mercantil de transporte terrestre⁷⁶.
- b) *El contratos de transporte tradicionalmente ha estado incardinados en los Códigos de Comercio*: Desde el Cco de 1829 hasta la PCM de 2013, pasando por el actual Código de 1885, el contrato de transporte (terrestre y marítimo, no así el aéreo y el multimodal por cuestiones obvias) ha sido parte protagonista de los textos mencionados. La codificación del s. XIX dedicó un libro, el Tercero en ambos textos, al DMar, y muy especialmente al contrato de transporte marítimo en sus diversas modalidades del fletamento, CE y arrendamiento. En el de 1829 el transporte terrestre quedaba difuminado en diversos preceptos (por ejemplo, arts. 417 y ss. en materia de seguros de conducciones terrestres), mientras que en el Código vigente el contrato de transporte terrestre se mantuvo, hasta su derogación por la LCTTM, en los arts. 349-379⁷⁷. Destaquemos, por último, la contradicción

⁷⁴ Sobre ello ya nos pronunciamos en otro lugar. Sobre la mercantilidad del contrato de transporte terrestres, *vid.* RODRIGUEZ DELGADO, J.P., “La mercantilidad del contrato de transporte terrestre de mercancías”, *RDM*, 281, 2011; RODRIGUEZ DELGADO, J.P., “Aproximación a la noción de porteador en la nueva Ley de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías”, *Régimen del transporte en un entorno económico incierto*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

⁷⁵ El Código Civil dedica tres artículos -no derogados por la LCTTM-, el 1.601 (establece que los conductores están sujetos a la guarda y custodia de las cosas que se le confían), 1.602 (que los *transportistas* responden de la pérdida y averías de las cosas que reciben) y 1.603 (comprendidos en la Sección III del Capítulo III, que se refiere al arrendamiento de obras y servicios), a exponer una breve pincelada sobre el transporte “sin más”, ya que no era la intención del legislador decimonónico el que este negocio jurídico fuese regulado por un ámbito que no fuese el comercial.

⁷⁶ El art. 2.2 LCTTM se remite a las normas sobre la contratación mercantil para suplir las lagunas de la Ley. Esta previsión es relevante porque evidencia el carácter mercantil de la normativa del contrato de transporte terrestre de mercancías. La Ley parece poner fin a esa dicotomía normativa, por lo que al transporte terrestre de mercancías se refiere. Se aplica a todos los contratos de transporte terrestre, con independencia de que el objeto del desplazamiento sean efectos de comercio o no y de que el porteador tenga la condición de empresario o no. Por tanto, parecería que no tuviera sentido mantener vigente las normas civiles sobre el contrato de transporte. La necesidad de ser *comerciante* el porteador, prevista por el Cco, ha desaparecido, permitiendo, entendemos, que cualquier sujeto que se comprometa a realizar un transporte y ponerlo a disposición de la persona designada en el contrato podrá ser parte contractual de este. Por el contrario, el concepto de *habitualidad* no ha desaparecido totalmente de la normativa, si bien parece que ha cambiado. La habitualidad se recoge en el Art. 5 de la LCTTM y se predica de los empresarios transportistas, las cooperativas, agencias, transitarios, almacenistas-distribuidores, sociedades de comercialización o de cualesquiera que contraten transportes o intermedien en su contratación, que deberán hacerlo siempre en nombre propio. En el caso de no dedicarse habitualmente a estas operaciones podrán, excepcionalmente, contratar en nombre ajeno (se prevé que dicha contratación será posible si así lo hacen constar en el contrato, indican la identidad de la persona en cuyo nombre se contrata y lo realizan con carácter gratuito). El problema que esto suscita es si esta habitualidad hace referencia al porteador o a figuras afines que intermedien en la contratación de transportes. Cuestión esta no baladí, en especial por la desaparición del término de comisionista de transportes recogida en el derogado Art. 379 del Cco. El *criterio de habitualidad* ha dejado de ser definitorio de la figura del porteador ostentando una nueva función como criterio delimitador de la contratación en nombre propio o en nombre ajeno. Me permito remitirme a lo ya escrito en RODRIGUEZ DELGADO, J.P., “La mercantilidad del contrato...”, *op. cit.*, p. 215 y ss.

⁷⁷ También en las legislaciones continentales, especialmente la francesa (article L133-5 y ss. del *Code de Commerce*, ahora incluidas en el nuevo *Code des Transports* de 2010) e italiana (arts. 77-88 del *Codice di*

que se aprecia en el ACM al regular el seguro de transportes terrestres (arts. 582-28 a 582-34) y no el propio transporte objeto de cobertura.

- c) *El contrato de transporte es una materia de la que conocen los Juzgados de lo mercantil*: La reforma de la LOPJ llevada a cabo por el art. 2 de la Ley Concursal, por la que se crean los Juzgados de lo mercantil como órganos especializados dentro del orden jurisdiccional civil, añade un elemento más a la lista de razones para dotar de carácter mercantil al contrato de transporte de mercancías en sus diversas modalidades. Los Juzgados de lo mercantil conocen, entre otras, de las cuestiones que sean competencia del orden jurisdiccional civil respecto de aquellas pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transporte, ya sea nacional o internacional, y las relativas a la aplicación del DMar [art. 86 ter. 2.b) y c)].
- d) *No existen causas jurídicas o económicas para su exclusión*: El texto del ACM presenta omisiones muy significativas respecto al contenido de la PCM. Así, junto al régimen jurídico del contrato de transporte terrestre y aéreo, también han sido excluidas del texto las siguientes materias: contratos turísticos, algunos contratos de garantía (bancarios), ciertas operaciones del mercado de valores (se remite a su normativa específica), la regulación de las anotaciones en cuenta (se remite a su normativa específica) o la regulación de la libre competencia (solo se mantienen en el Anteproyecto dos artículos en materia de competencia que se remiten a la LDC, cuando en el texto de la PCM de la Comisión era casi todo un Libro, el Tercero). Mucho se ha hablado sobre los motivos económicos (y la posibles presiones por parte de las concesionarias de automóviles y las grandes distribuidoras cinematográficas) por los que se ha excluido también el contrato de distribución⁷⁸. Nada de ello justifica la exclusión del contrato de transporte terrestre, cuya regulación en la PCM era idéntica a la LCTTM. Tan sólo se nos ocurre, como posible alegación, argumentar que el contrato de transporte, o en términos generales, el Derecho del transportes, ya es un Derecho uniforme (CMR, COTIF, CIM, CV, CM, RHV, RHam, RR, etc.). Razón por la cual la codificación de esta materia carecería argumento.

Tampoco parecen existir motivaciones en términos de economía legislativa que justifiquen dicho proceder. La derogación de los arts. 349-379 Cco como resultado de la aprobación de la LCTTM en 2009 tenía por objeto actualizar el régimen jurídico del contrato de transporte terrestre de mercancías tanto en la modalidad de transporte por carretera como por ferrocarril. Dado que esta ley no venía obligada por la incorporación al Derecho español de Directivas comunitarias, la razón fue, y así se expresó en la EM, la necesaria reforma que el Derecho del transporte terrestre de mercancías necesitaba. Si el anacronismo y el desfase del Cco en esta materia, que no estaba ya en condiciones de dar respuesta a las cambiantes necesidades del transporte actual, fueron motivos suficientes que

Commercio de 1865), el contrato de transporte también ha sido objeto de regulación por los Códigos de Comercio.

⁷⁸ Sobre las razones para la incorporación de los contratos de distribución en el ACM, *vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A. “Los contratos de distribución: ¿una laguna en el anteproyecto de código mercantil?”, en Legaltoday.com. Puede consultarse el artículo en <http://www.legaltoday.com/leyes-en-tramite/codigo-mercantil/los-contratos-de-distribucion-una-laguna-en-el-anteproyecto-de-codigo-mercantil>.

aconsejaron proceder a la reforma del Derecho del contrato de transporte de mercancías, la aprobación de la LCTTM, hace tan sólo cinco años, no parece ser motivo suficiente para su exclusión de un futuro texto codificado, cuando el texto de la PCM no es más que la incorporación, artículo por artículo, de la LCTTM al texto codificado. La dispersión normativa con la que nos encontraríamos en materia de transporte, por la falta de incorporación al ACM, sería de *estudio*. El contrato de transporte más antiguo, como es el marítimo, estaría regulado por la norma más moderna (LNM de 2014), el contrato que en el devenir de la historia, por motivos obvios, es el más reciente, el aéreo, quedaría regulado por la norma más antigua (LNA de 1960) y el contrato de transporte terrestre de mercancías por la LCTTM de 2009. Y para más asombro, el transporte multimodal quedaría al amparo de diversas regulaciones (arts. 67-70 LCTTM, art. 209 y 267 LNM y art. 642-1 ACM, si bien con expresa remisión a la LNM).

4. CONCLUSIONES

El DMar es, sin duda, un derecho especial. Pero tan especial que presenta caracteres propios del un Derecho autónomo. El legislador español ha regulado mediante la LNM, si bien bajo un epígrafe posiblemente discutible –dada la inexistencia de una terminología uniforme para denominar la materia⁷⁹–, el Derecho marítimo. Y ha dotado a esta rama del Ordenamiento jurídico de un amplio grado de autonomía científica, mediante el reconocimiento legislativo, y en menor medida el jurisdiccional. La existencia de principios e instituciones, en algunos casos típicas del DMar, y en otras particulares, fruto de la adopción y adaptación a la realidad en que nos movemos, permiten afirmar, y así lo creemos, que nos encontramos ante una “*nueva*” rama del Derecho. En su disciplina concurren elementos de Derecho público (administrativo, penal y financiero) y de Derecho privado (civil y mercantil), además de un marcado carácter internacional (público y privado), por lo que difícilmente puede concebirse como una rama especial o especializada del Derecho privado (ni siquiera del DMer), o del Derecho público. A poco que se examine el contenido de nuestra disciplina, como indicaba GONZÁLEZ-LEBRERO⁸⁰, uno descubre que éste supera el marco de lo mercantil y que surgen aspectos de naturaleza diversa que no pueden, sin forzar el ordenamiento jurídico, quedar sujetos a la ley mercantil. Así, puede concluirse que el DMar es un Derecho autónomo - postura ésta defendida por cierto sector de la doctrina⁸¹ - y no un Derecho especializado. La relación entre DMer y DMar parece tomar caminos diferentes.

Cambiando de tercio, tampoco hemos encontrado razón alguna para excluir el contrato de transporte, especialmente el terrestre, de la regulación del Código Mercantil, por lo que abogamos por *incorporar materialmente el texto de la LCTTM* (ya probado tras 5 años de vigencia) *en el articulado definitivo del futuro Código Mercantil, tal y como*

⁷⁹ Vid. nota *supra* 11.

⁸⁰ GONZÁLEZ-LEBRERO, R., *Curso...*, *op. cit.*, p. 37.

⁸¹ Vid. a favor de la autonomía del DMar, ARROYO MARTINEZ, I., “El Derecho marítimo...”, *op. cit.*; GONZÁLEZ-LEBRERO, R., *Curso...*, *op. cit.*; MATILLA ALEGRE, R., *Internacionalidad del Derecho marítimo y jurisdicción internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pp. 43-45. Más recientemente, y sobre la base de la LNM, PULIDO BEGINES, J.L., “Comentarios sobre el concepto...”, *op. cit.*

*aparece en la Propuesta*⁸². Ello salvo que se quiera, en sentido similar a lo llevado a cabo en Francia con el *Code de Commerce*, legislar todo el contrato de transporte, en su vertiente jurídico-privada y pública, nacional e internacional, y en sus diversas modalidades, en un único Código de Transportes. Por lo que se refiere al transporte aéreo de mercancías y personas, habrá que estar a la decisión de su posible integración en una ley de navegación aérea –de la misma manera que el transporte marítimo en la LNM–. Sea una u otra la medida adoptada, lo cierto es que parece necesario formular cuanto antes una *nueva ley de navegación aérea*, que incorpore las numerosas novedades que se han producido en este sector, y que sustituya a las normas obsoletas que proceden de 1960.

⁸² En este sentido se ha manifestado también DUQUE DOMINGUEZ, Presidente del Grupo de Trabajo 12, encargado por la Comisión de Codificación de la elaboración el Título relativo al Contrato de Transporte, en las conclusiones propuestas en “Contrato de transporte terrestre y aéreo”, *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 537-538.

ESTUDIO DE LA REMISIÓN LEGAL DE LA DEUDA EN SEDE CONCURSAL

TOMÁS VÁZQUEZ LÉPINETTE*

Resumen

La remisión legal de la deuda es el elemento clave del concurso de persona física. La remisión es una modalidad de resolución contractual por dificultad subjetiva en el cumplimiento. Cumplidos los requisitos legalmente previstos para que opere la remisión, la resolución judicial que la declara determina la extinción de las deudas del concursado. Los beneficiarios de esta institución son las personas físicas empresarias y, con menor alcance, a otras personas físicas.

Contenido

1. Introducción. – 2. La naturaleza jurídica de la remisión de la deuda: análisis teórico. – 2.1. Introducción. – 2.2. La responsabilidad patrimonial universal. – 2.3. La remisión de la deuda en sede concursal. – 3. La remisión de la deuda en la Ley Concursal vigente. – 3.1. Introducción. – 3.2. La constitucionalidad de la remisión de la deuda. – 3.3. Elemento subjetivo: beneficiarios de la remisión. – 3.4. Los presupuestos de la remisión. – 3.5. El alcance de la remisión. – 3.6. Aspectos formales de la remisión.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es rendir homenaje al Profesor Illescas, maestro andaluz (por origen) y madrileño (por adopción) del Derecho mercantil. Conocí al Profesor Illescas por obra y gracia del destino, compartiendo asiento en un tribunal de oposiciones que él presidía. Es cierto que “su fama le precedía”; pero el contacto personal superó las expectativas que tenía: No sólo era (es) el fino jurista que sabía, sino también el ejemplo (que no abunda) de un universitario con vocación universal y con sentido del humor. Sirvan pues estas líneas en merecido homenaje a uno de los grandes de la disciplina.

El objeto del presente trabajo es el estudio de la remisión de la deuda del deudor persona física empresario efectuada al amparo de la nueva redacción del art. 178.2 de la Ley Concursal (“LC”) dada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo al

* Profesor titular de Derecho mercantil, Instituto Polibienestar, Universidad de Valencia.

emprendedor y a su internacionalización¹. Dice así el art. 178.2 LC en su redacción vigente:

“2. La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa *declarará la remisión de las deudas insatisfechas*, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener *la remisión de los créditos restantes* si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados.”

La figura de la remisión de la deuda ha sido objeto de tratamiento en diversos trabajos recientes², pero a mi juicio, falta todavía por enmarcar esta institución dentro del Derecho general de obligaciones, que es donde encuentra su fundamento. En efecto, como veremos en las páginas siguientes, la remisión legal de la deuda prevista en la Ley concursal es un supuesto específico de extinción de la deuda por imposibilidad sobrevenida de cumplimiento (“*hardship*”). Así pues, las páginas siguientes irán destinadas a explicar la base jurídica (teórica) de la institución y una vez hecho esto, analizaremos sus perfiles y sus límites.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA REMISIÓN DE LA DEUDA: ANÁLISIS TEÓRICO

2.1. Introducción

A *priori*, cabría incardinar la remisión legal de la deuda en dos instituciones diversas, bien (i) como un supuesto específico de limitación legal de responsabilidad, o bien (ii) como una modalidad de extinción de una obligación por imposibilidad sobrevenida de su cumplimiento, en la que la ley simplemente establece los criterios para que se establezca dicha remisión. Pues bien, seguidamente analizaremos la responsabilidad patrimonial universal y sus limitaciones y la compararemos con la figura de la remisión, tal y como está regulada en nuestro Derecho.

¹ La falta de regulación de esta remisión en la Ley Concursal había sido justamente criticada como una de los principales fallos de la norma. Por todos, puede verse CUENA CASAS, M., “Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 125, 2012 (he consultado la versión electrónica en la base de datos Aranzadi, BIB 2013\14480).

² Muy señaladamente en AZNAR GINER, E., *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 121 y ss.

2.2. La responsabilidad patrimonial universal

La regla general en materia de responsabilidad patrimonial está enunciada en el art. 1911 C.c. que dispone que “*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”³. Este precepto contiene dos reglas que –en principio– son separables, por una parte establece que el deudor responde de sus obligaciones con su patrimonio y, por otro lado, establece que todo su patrimonio está afecto al pago de las obligaciones contraídas. Dicho sea de otra forma, fija por un lado el principio de la responsabilidad patrimonial (frente a la responsabilidad personal – *rectius*, sobre la persona del deudor-) y por otro el carácter universal de dicha responsabilidad, esto es, que son susceptibles de ejecución no sólo los bienes que tiene el deudor en el momento de contraer la obligación, sino también los que adquiera posteriormente por cualquier título (herencia, donación, etc...).

De una lectura apresurada del art. 1.911 C.c. podría deducirse que responsabilidad patrimonial y carácter universal de la misma son inescindibles, pero el tenor del precepto no debe llevarnos a engaño, pues ambos términos son esencialmente separables. Lo nuclear es, por emplear las palabras de GULLÓN, que “[...] *no puede existir un deudor en el sentido jurídico del término que no responda del cumplimiento de sus obligaciones*”.⁴ Lo accesorio es el carácter universal de la responsabilidad, que se produce por obra misma de la ley⁵. De ahí que la propia ley pueda limitar la responsabilidad patrimonial⁶. Esta limitación legal puede hacerse de tres formas distintas, a saber, (i) de forma directa, sustrayéndose por ministerio de la ley determinados bienes a la ejecución de los acreedores como son los bienes inembargables (arts. 605-612 LEC)⁷, (ii) permitiendo al deudor que, con carácter previo

³ El principio moderno de la responsabilidad patrimonial universal fue establecido en las codificaciones modernas por artículo 2092 Code Napoléon que establecía que: “*Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.*”.

⁴ Por todos, cf. GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentario al art. 1911 Cc”, en VV.AA., *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 2055.

⁵ Como recuerda DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. I, 6ª ed., Civitas, 2007, p. 149, en el Derecho romano dicho carácter universal de la responsabilidad no se encontraba establecido y fueron la doctrina y la práctica jurisprudencial la que suplieron esta laguna acudiendo a específicas cláusulas mediante las cuales el deudor afectaba al cumplimiento todos sus bienes (la llamada hipoteca “*omnium bonorum*”). Hay ecos de esta idea en el art. 2644 del Código civil del Quebec, que reza así: “*Les biens du débiteur sont affectés à l'exécution de ses obligations et constituent le gage commun de ses créanciers*». El subrayado es nuestro.

⁶ Véase, v. gr., el art. 2740 del Código civil italiano que dispone “*Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge*”. El subrayado es nuestro.

⁷ La creación de un determinado ámbito de bienes inembargables ha sido declarado constitucional por la STC 113/89, de 22 de junio. Paralelamente, el Alto Tribunal ha declarado que el art. 41 Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 es inconstitucional por atentar contra el Derecho a la propiedad privada (art. 33 CE), en cuanto prohíbe el embargo de las prestaciones de la Seguridad Social de manera incondicionada y al margen de su cuantía.

El TC razona que “[...] *debe resolverse declarando la constitucionalidad de la norma cuestionada en aplicación de nuestra consolidada doctrina en torno a los límites constitucionales a las declaraciones legislativas de inembargabilidad.*”. Y añade que “*la Ley, por las más variadas razones de interés público*

a contraer la obligación excluya de forma unilateral ciertos bienes mediante el cumplimiento de determinados requisitos formales (así ocurre, *v.gr.*, con la vivienda habitual del empresario individual de responsabilidad limitada previa su inscripción en el Registro y con determinados límites –art. 8 Ley 14/2013- o la exclusión de los bienes del cónyuge del comerciante casado en régimen de gananciales –art. 6 C. de co.- o con la declaración de inembargabilidad de la renta vitalicia constituida a título gratuito –art. 1807 C.c.-) y, finalmente, (iii) autorizando expresamente los pactos de limitación de responsabilidad celebrados entre el deudor y su acreedor (cf., *v.gr.*, el art. 140 LH)^{8 9}. Es más, tales pactos limitativos de responsabilidad no precisan de autorización expresa de la ley para poder celebrarse, puesto que se admite sin problemas la renuncia de derechos, con tal de que sea clara y precisa (art. 6.2 C.c.), renuncia que puede ser previa o posterior al momento en que se contraja la obligación.

Analizando las reglas anteriores desde el punto de vista funcional, tenemos que, en puridad, ni la declaración legal como inembargables de determinados bienes, ni la exclusión unilateral de ciertos elementos patrimoniales previa la correspondiente publicidad (vistos en los números (i) y (ii) del epígrafe anterior) suponen limitaciones de responsabilidad en sentido cuantitativo, sino que son limitaciones cualitativas a la responsabilidad. El deudor sigue respondiendo por la misma cantidad, pero no puede ejecutarse dicha cantidad respecto de determinados bienes de su titularidad. Por el contrario, los pactos de limitación de responsabilidad vistos en el apartado (iii) tienen

o social, excluye determinados bienes y derechos de la ejecución forzosa, declarándolos inembargables y prohibiendo, en su consecuencia, que el ejecutante proyecte su acción sobre los mismos, que podrían ser objeto de la actividad ejecutiva de no mediar la prohibición... Comprobada así la justificación constitucional de la inembargabilidad de bienes y derechos como límite del derecho a ejecutar Sentencias firmes, corresponde ahora examinar si la establecida en la norma legal cuestionada cumple la regla de proporcionalidad de los sacrificios, de obligada observancia en toda limitación de un derecho fundamental... De producirse tal sacrificio desproporcionado es indudable que el precepto legal cuestionado será inconstitucional en cuanto limita un derecho fundamental más allá de toda justificación constitucional" (STC 113/1989, Fundamenot Jurídico 3º, base de datso El Derecho Jurisprudencia 1989/6388-).

⁸ Dice así el art. 140 Ley Hipotecaria:

“No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados.

En este caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor.

Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo 121”.

⁹ En un prodigio de síntesis, el art. 2645 del Código civil del Quebec recoge las tres posibilidades mencionadas. Dice así el precepto en cuestión:

“Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens meubles et immeubles, présents et à venir, à l'exception de ceux qui sont insaisissables et de ceux qui font l'objet d'une division de patrimoine permise par la loi.

Toutefois, le débiteur peut convenir avec son créancier qu'il ne sera tenu de remplir son engagement que sur les biens qu'ils désignent. ».

carácter cuantitativo, el acreedor acepta *ex ante* que, en determinadas circunstancias, podría no llegar a cobrar la totalidad de su crédito.

En suma, pese a la aparente similitud entre los diversos tipos de limitación de responsabilidad, lo cierto es que la limitación de responsabilidad entendida como la aceptación *ex ante* por parte del acreedor de que en determinadas circunstancias puede no llegar a cobrar la totalidad de su crédito no se impone al acreedor, sólo es posible si el propio acreedor lo acepta expresamente¹⁰. No podría ser de otro modo, puesto que, en caso contrario, se estaría infringiendo por parte del legislador ordinario el derecho a la propiedad privada recogido en el art. 33 CE. A mayor abundamiento, tampoco hay ningún problema legal para admitir *ex post* que en determinados casos el acreedor no será capaz de saldar la totalidad de su crédito con los bienes del deudor. Así ocurre, *v.gr.*, con las transacciones judiciales o extrajudiciales (art. 1810 C.c.), con las daciones en pago (art. 1175 C.c.) o con la condonación de la deuda (arts. 1.187 C.c. y ss.)¹¹.

2.3 La remisión de la deuda con carácter general

Doctrinalmente se entiende que hay quita o remisión en todos aquellos casos en que el acreedor manifiesta su voluntad de extinguir en todo o parte su derecho de crédito, sin recibir nada en pago ni a cambio¹². Así pues, la expresión “remisión de la deuda” empleada por el art. 178.2 LC no es desconocida en el Derecho patrimonial español, pues encuentra su solar en los arts. 1.143 y 1.146 Cc, que asimilan quita y remisión. Una de las cuestiones que más problemas plantea en la práctica es determinar la naturaleza gratuita u onerosa de las quitas o remisiones, pero como enseña DIEZ-

¹⁰ Y aún, con determinados límites: así el art. 1.102 Cc prohíbe la renuncia a la acción para hacer efectiva la responsabilidad por dolo por una razón evidente: ¡¡¡sería como legalizar el robo!!!.

¹¹ Un supuesto específico de “inembargabilidad sobrevenida” es el art. 671.2º LEC, que dispone que “*Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60% de su valor de tasación*”. Y añade “*Cuando el acreedor, en el plazo de veinte días, no hiciera uso de esa facultad, el Secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado*”. Como puede observarse, el precepto está diseñado para evitar las repeticiones innecesarias de las subastas, por ser manifiestamente antieconómico, tanto para el propio ejecutado como para la propia estructura judicial. Para ello parte de la idea de que en las subastas declaradas desiertas, el acreedor embargante tiene el derecho de adjudicarse el bien por el 60% del importe del precio de tasación. Decimos bien, tiene el derecho y no la obligación, pero el legislador le impone una carga (en sentido obligacional, no real) a dicho acreedor ejecutante, puesto que indica que de no adjudicarse el bien, se producirá el levantamiento del embargo a petición del deudor. La expresión “levantamiento del embargo” no es más que una forma de referirse a la vertiente registral del fenómeno, que en realidad es una auténtica consunción del derecho o, si se prefiere, un agotamiento del mismo respecto del bien inmueble objeto del embargo. En efecto, una vez que el acreedor ha renunciado a cobrar lo que se debe (si quiera sea mediante el cobro en especie, vía adjudicación del bien), su acción para reclamar el pago con cargo al bien embargado ha precluido. El acreedor ya no podrá iniciar un nuevo embargo respecto del citado bien, toda vez que ya inició en su día el proceso y éste culminó en una sentencia de ejecución sobre un bien concreto. En suma, el art. 671.2º LEC determina la preclusión del derecho del acreedor ejecutante que no cumple con la carga de adjudicarse el bien ejecutado, siempre que no haya otros postores, a embargar de nuevo dicho bien.

¹² DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, p. 561.

PICAZO, ello depende de la voluntad que haya guiado a los interesados¹³. En particular, caben tres tipos de remisión distintos: (i) la renuncia por puro ánimo liberal y con el fin de favorecer al deudor, determinando en él un enriquecimiento. Esta renuncia es un negocio de liberalidad, tiene “*causa donandi*” y puede configurarse como una donación en sentido amplio; (ii) La renuncia del crédito fundada en una causa transaccional. Una de las partes renuncia a un derecho de crédito como contraprestación de la concesión que el otro contratante le hace o promete hacerle. En tal caso habría una remisión total o parcial del crédito, pero no un acto de liberalidad y, por consiguiente, tampoco una donación y, finalmente, (iii) La renuncia del crédito realizada sin contraprestación y sin ánimo liberal, confluyendo en ella un interés del renunciante. Es el caso de la quita parcial, cuando el acreedor accede a concederla, no por liberalidad, sino para facilitar el cobro del resto, que de otra manera se vería también en dificultad. Objetivamente el acto es gratuito, pero no hay “*causa donandi*” y, por consiguiente, no puede hablarse de donación.

Pues bien, conectado con lo anterior, uno de los problemas que con mayor agudeza ha venido preocupando a la doctrina durante los últimos tiempos es la incidencia en las relaciones obligatorias de la modificación sobrevenida de las circunstancias. En el Derecho español no existe un mecanismo general de adaptación de las obligaciones a las nuevas circunstancias, si bien la jurisprudencia ha reconocido desde antiguo la llamada cláusula “*rebus sic stantibus*” como mecanismo dirigido a reequilibrar las condiciones contractuales cuando se produce una excesiva onerosidad sobrevenida. Como indica la mejor doctrina¹⁴, los presupuestos de aplicación de esta doctrina son los siguientes: (i) Que se trate de una obligación de tracto sucesivo o tracto instantáneo cuyo cumplimiento haya sido postpuesto; (ii) que la relación obligatoria de que se trate se encuentre pendiente de ejecución en todo o en parte; (iii) que se haya producido una desaparición sobrevenida de la base del negocio, esto es, (a) que la relación de equivalencia haya entre las prestaciones haya desaparecido, de tal suerte que no pueda hablarse de prestación y de contraprestación o (b) que la finalidad común del negocio, expresada en él, o la finalidad del negocio manifestada por una de las partes y no rechazada por la otra, resulta inalcanzable; (iv) que la desaparición de la base del negocio ha de producirse como consecuencia de una alteración de las circunstancias que ha de considerarse como extraordinaria, y (v) que la alteración sobrevenida de las circunstancias determine un perjuicio al deudor de la prestación que resulte injustificado de acuerdo con el sistema de responsabilidad estatuido para la obligación. Cumpliéndose estas condiciones, la doctrina opta por entender que procede la resolución contractual cuando la obligación es sinalagmática y su reajuste o revisión cuando las obligaciones son de cargo de una sola de las partes¹⁵.

¹³ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, p. 562.

¹⁴ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, pp. 897 y ss.

¹⁵ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, p. 899.

2.4. La remisión de la deuda en sede concursal

La Ley Concursal establece un procedimiento de ejecución colectiva que puede terminar, bien en un convenio, bien en liquidación. Pero ambas soluciones al concurso no son equiparables, sino que, como indica la Exposición de Motivos de la LC (Apartado VI), idealmente ha de prevalecer la solución convencional sobre la de liquidación pues aquélla supone –en principio– una mayor satisfacción de los intereses en presencia en comparación con ésta:

“El convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud” y añade “Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, *en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses.*”

Pues bien, sin perjuicio de otro tipo de contenido al amparo de la libertad de pacto, el convenio puede tener por objeto bien una quita (que, en determinados casos pueden superar el 50% del pasivo) o bien una espera (máximo 10 años)¹⁶. Para el caso específico de las personas físicas empresarias, en el seno del procedimiento de Acuerdo Extrajudicial de Pagos puede pactarse un convenio con dos contenidos distintos: o bien una remisión total de la deuda mediante la entrega de todo el patrimonio del deudor a sus acreedores o bien una quita y/o una espera, máximo del 30% del pasivo y tres años de quita.

Siguiendo con la categorización que hemos efectuado con anterioridad (ver §§ 9 y 10 *supra*) es evidente las quitas y/o esperas efectuadas en el seno de un proceso concursal por parte de los acreedores distan mucho de ser liberalidades, sino que se trata de actos gratuitos dirigidos a asegurar el cumplimiento de las obligaciones no remitidas y/o aplazadas. La conclusión que se deriva de lo anterior es palmaria, las quitas y esperas en cuestión son mecanismos legales dirigidos a dar una solución a la modificación esencial de las condiciones producida por estar el deudor común en situación de insolvencia (cf. art. 2.2 LC: “*Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*”). Dando un paso más, es igualmente evidente que la remisión de la deuda de los empresarios personas físicas es un extensión de ese mismo principio¹⁷, se trata de evitar la “muerte civil” de

¹⁶ Cf. art. 124.1.b) LC en la redacción dada por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre.

¹⁷ Esta conclusión es hoy “*communis opinio*” en la doctrina extranjera. Puede verse el informe de síntesis efectuado por KILLBORN, Jason, *Expert Recommendations and the Evolution of European Best Practices for the Treatment of Overindebtedness, 1984-2010*; Agosto 2.010, accesible en <http://ssrn.com/abstract=1663108>. Este autor dice expresamente lo siguiente: “*The most ubiquitous recommendation, on which there appears now to be complete unanimity, would have been viewed as a scandalous abdication of responsibility as recently as two decades ago. Every one of the sources surveyed here (and many others not surveyed) unambiguously recommends that national laws contain a*

los deudores personas físicas incapaces de pagar sus deudas¹⁸. Y ello no sólo en interés de los propios deudores, sino también de la sociedad en general¹⁹.

3. LA REMISIÓN DE LA DEUDA EN LA LEY CONCURSAL VIGENTE

3.1. Introducción

Sentada ya la naturaleza de la institución de la remisión de la deuda, como una modalidad de resolución contractual por “*hardship*” en el presente apartado veremos los elementos subjetivos y objetivos de la remisión, es decir, quién y en qué condiciones puede beneficiarse de la remisión de las deudas en sede concursal, pero antes haremos mención expresa a la constitucionalidad de la medida.

3.2. La constitucionalidad de la remisión (forzosa) de la deuda

El estudio del art. 178.2 LC plantea de inmediato la cuestión de suconstitucionalidad, dado que se impone al acreedor la asunción de unas pérdidas determinadas, de tal suerte que su derecho a la propiedad privada se ve afectado. A nuestro entender, no puede sino concluirse que la institución de la remisión de la deuda, tal y como está regulada en la actualidad, forma parte de las limitaciones a la propiedad inherentes a su función social (art. 33.2 CE).

Para empezar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 29 de julio de 2014 (caso “*Bäck c. Finlandia*”), en la que enjuició la compatibilidad de la regulación finlandesa sobre liberación imperativa de deudas de las personas físicas entendió que dicha normativa no afectaba al derecho a la propiedad privada:

mechanism for allowing debtors, even those not engaged in business, to seek personal and household rehabilitation through some sort of procedure that concludes with a discharge of part or most of their debts. The fear of moral hazard and “de-responsibilisation” is still present, and all sources impose some sort of rigorous quid pro quo for this relief. Nonetheless, it is extraordinary that such consensus seems to have emerged for abandoning the historical notion that debts must be paid, whatever the personal and social costs. A more nuanced appreciation has clearly taken hold in analyzing the balancing act involved in enforcing conventional, delictual, and even administrative obligations: pacta sunt servanda—requiescat in pace?”

¹⁸ Esta concepción está recogida desde antiguo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Así, en el caso “*Local Loan Co. v. Hunt*”, 292 U.S. 234, 244 (1934), se señala que una de las finalidades del proceso concursal es la remisión de la deuda: “*One of the primary purposes of the Bankruptcy Act is to ‘relieve the honest debtor from the weight of oppressive indebtedness, and permit him to start afresh free from the obligations and responsibilities consequent upon business misfortunes.’*”

¹⁹ No en vano POSNER, E., “Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws, and Related Limitations on the Freedom to Contract”, *Journal of Legal Studies*, 283, 307 (1995), señala expresamente que “*Bankruptcy Law is analogous to the welfare system: it is social insurance for the non-poor*”.

“Así, la transferencia del bien efectuada de conformidad con legítimas políticas sociales, económicas o de otro tipo puede ser de “interés público” incluso si la comunidad en general no utiliza o no se beneficia directamente del bien transferido [...]. La legislación sobre el ajuste de las deudas sirve claramente a una legítima política social y económica y no constituye ipso facto un incumplimiento del Protocolo nº 1 [protección de la propiedad privada]”.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ya zanjó en su día (cf. STC 113/89) respecto de las reglas sobre la inembargabilidad de los bienes, entendida como la sustracción de determinados bienes o derechos del poder de acción de los acreedores y, por tanto, funcionalmente equivalentes a la remisión de la deuda, que éstas se justificaban constitucionalmente por ser:

“[...] una exigencia de justicia (art. 1 C.E.), plenamente congruente con el postulado de la dignidad humana (art. 10 C.E.), al que repugna sin duda que la efectividad de unos derechos patrimoniales, tenga lugar a costa del sacrificio de unos bienes, cuya posesión está ligada a un mínimo vital, en el sentido de ofrecerse como indispensables para la realización de los fines propios de la persona; no sólo de los fines que cada persona se asigne a sí misma, sino de aquellos que el constituyente perfila expresamente como dignos de una acción tutelar positiva por parte de los poderes públicos. La protección a la familia (art. 39 C.E.), de la salud (art. 43), a la vivienda digna y adecuada (art. 47), entre otros, no sólo se ofrecen como mandatos dirigidos al legislador para el despliegue de una acción prestacional de signo administrativo, sino para el desarrollo de una acción normativa que permita configurar una especie de esfera patrimonial intangible para los terceros, precisamente para asegurar el cumplimiento de aquellos objetivos constitucionales. En este sentido la dignidad humana debe comprender como algo inherente a su significado, no sólo algunos derechos inmateriales, sino también derechos patrimoniales que permiten asegurar una misma existencia digna. En tal sentido deben ser considerados estos derechos patrimoniales, dentro de la categoría de los inviolables a que como “inherentes a la dignidad humana” menciona explícitamente el art. 10.1 de la Constitución, que las limitaciones a la propiedad”.

Abunda en la constitucionalidad de la remisión de la deuda que el sacrificio de la propiedad privada es proporcional, toda vez que la remisión es la “última ratio” del sistema, una vez que no se ha logrado un convenio (en el concurso) o un acuerdo extrajudicial de pagos y que presenta por lo demás características bien definidas: *“Supone un límite general, cuantitativa y cualitativamente proporcionado, previsible, ajustado a una tradición jurídica indiscutida, pacíficamente aceptada y sobre todo respondiendo a una idea de justicia”*²⁰.

3.3. El elemento subjetivo: beneficiarios de la remisión

La determinación del elemento subjetivo de la remisión es una cuestión que tiene una carga política como pocas. En principio, el legislador podría optar por permitir la remisión de la deuda sólo respecto de empresarios personas físicas (o, más

²⁰ Argumento ex STC 113/89

reducidamente, sólo de comerciantes individuales) o ampliarlo a todos los deudores personas físicas²¹. La evolución del Derecho concursal estadounidense es paradigmática, la remisión de la deuda empezó siendo aplicable sólo a los comerciantes individuales y, con la aparición de sociedades de responsabilidad limitada, poco a poco, la remisión de la deuda se transformó en un instrumento de protección de los consumidores, paralelo a la “democratización” del crédito y dirigido a paliar el “sobreendeudamiento”^{22 23}.

Como veremos seguidamente, el modelo que sigue el Derecho español no es un modelo puro, de protección de consumidores exclusivamente o de empresarios, sino mixto, pero esencialmente de protección del empresario²⁴. En efecto, coexisten dos regímenes distintos de remisión según que el deudor sea empresario o no, más favorable el primero que el segundo, pues así como el primero podrá solicitar la remisión de la deuda con pagar los créditos ordinarios y privilegiados, el segundo tendrá que haber pagado, además, el 25% de los créditos ordinarios.

²¹ La vigente Ley Concursal no contempla que las personas jurídicas puedan beneficiarse de la remisión en la liquidación toda vez que, por un lado, la conclusión del concurso determina la cancelación de su inscripción en el Registro mercantil y, por otro, la propia Ley Concursal determina el destino que ha de darse a los eventuales activos sobrevenidos que aparecieran (cf. arts. 178.3 y 179.2 LC, respectivamente).

²² ROJAS ELGUETA, Guillermo, “The Paradoxical Bankruptcy Discharge: Rereading the Common Law-Civil Law Relationship”, *Institute for Law and Economics, University of Pennsylvania, Research Paper*, nº 13-29, p. 5, (accesible en <http://ssrn.com/abstract=2298486>). Para una referencia sobre la evolución de la figura de la “discharge” en los EE.UU., véase CUENA CASAS, Matilde, Cf. CUENA CASAS, M., “Fresh Start y mercado crediticio”, *Indret* 3/2011, *passim*. Esta autora señala que el 90% de los concursos de personas físicas en los EE.UU. son de consumidores. Cf. CUENA CASAS, “Fresh Start...”, p. 11 y nota al pie nº 16.

²³ Un debate distinto es si el “sobreendeudamiento” es fruto de la presión de los acreedores, a través fundamentalmente de la publicidad o, por el contrario, son los consumidores que conscientemente se sobre-endeudan contando con la posibilidad de liberarse de la deuda. Sobre esta cuestión, cf. ROJAS ELGUETA, *The Paradoxical...*, pp. 33 y ss.

²⁴ Hecho criticado por el Informe de la Defensora del Pueblo. Cf. *Estudio sobre crisis económica e insolvencia personal: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Madrid, octubre 2013, que aboga por establecer un procedimiento ágil de remisión de la deuda de los consumidores sobre-endeudados:

De ahí que emita las siguientes recomendaciones:

«1. Regular ex novo un procedimiento singular de insolvencia de los particulares o consumidores, independiente del resto de los procedimientos existentes en el ordenamiento jurídico, basado en la cultura del pago y con la previsión de liberación de deudas remanentes, tras la liquidación del patrimonio, siguiendo la recomendación efectuada por el Fondo Monetario Internacional. Para el cumplimiento de este objetivo se recomienda abordar las reformas normativas necesarias en el orden civil, mercantil, administrativo y procesal. Defensor del Pueblo

2. El procedimiento ya sea judicial o administrativo tiene que contar con un ámbito de aplicación amplio, sin exclusiones, para que todos los deudores de buena fe puedan acogerse a él, sobre todo los que más lo necesitan. Sin distinción entre los tipos de crédito, privilegiados, contra la masa, ordinarios o subordinados, a los que no se pueda hacer frente, abarcando todas las deudas.

3. El procedimiento ha de ser sencillo, eficaz y gratuito, permitiendo el saneamiento de las economías domésticas sobre-endeudadas, sin obstáculos para acceder a su tramitación.

4. La resolución final debe fijar la quita, el importe de la deuda persistente, el plan de pagos, las condiciones a cumplir, el plazo de vigencia (prudencial) y la fecha de liberación del deudor, a imagen y semejanza de otros ordenamientos jurídicos.»

La vía para introducir esta diferenciación es procedimental, pues como indica el art. 178.2 LC, “*Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados*”. En efecto, sólo podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos los empresarios, entendido el concepto de forma lata como no asalariado/funcionario²⁵, siempre y cuando el importe del pasivo no exceda de cinco millones de euros, pero en ningún caso el mero consumidor (léase, persona física asalariada o funcionaria)²⁶. A los “grandes” empresarios personas físicas (es decir, aquellos que tengan un pasivo superior a cinco millones de euros) y a los consumidores (en el sentido indicado antes), no les queda más remedio que acudir al procedimiento concursal ordinario y, posteriormente, a la liquidación, con remisión de la deuda previo pago de los créditos ordinarios, de los privilegiados y del 25% de los créditos ordinarios.

3.4. Los presupuestos de la remisión

Los presupuestos de la remisión vienen fijados en el propio art. 178.2 *in fine* LC, y así procederá la remisión “[...] siempre que [(i)] el concurso no hubiera sido declarado culpable ni [(ii)] condenado [el deudor] por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y [(iii)] que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados”. De la lectura de la norma surgen varias dificultades interpretativas, que examinaremos a continuación.

La primera de ellas es la exigencia de que el deudor no haya sido condenado por el delito previsto en el art. 260 CP o por “*delitos singularmente relacionados con el concurso*”. Atendiendo al tenor literal de la norma (que hace referencia al “concurso”, en singular), parece que se hace referencia a delitos específicamente relacionados con el concurso concreto que se tramita y en el cual debe decidirse sobre la exoneración de pasivo, con una vinculación directa. No será preciso, en cambio, para apreciar el requisito, que el delito esté tipificado dentro de los delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, sino que basta que por su contenido antijurídico quede relacionado con la concreta insolvencia tramitada en el concurso (*v. gr.*, delitos contra

²⁵ Conforme, AZNAR GINER, *Mediación concursal...*, p. 19.

²⁶ Debe de tenerse en cuenta que a estos efectos, son empresarios según la legislación de Seguridad Social aquéllos que tienen contratados empleados del hogar incluidos en el correspondiente sistema especial de la Seguridad Social, aunque sea por horas (Véase el art. 10.1.7º Real Decreto 84/1996, de 26 de enero. Conforme, FERNANDEZ DEL POZO, Luis, “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, mayo-agosto 2014, p. 124 y 126.

las relaciones familiares, por impago de pensiones y alimentos)²⁷. Además, en atención al principio de presunción de inocencia, es evidente que mientras no haya condena firme (esto es, mientras se tramite el concurso), parece que habrá de acordarse la remisión de deuda, no debiendo la mera existencia de un procedimiento penal servir de excepción a la aplicación de este beneficio.

Por otro lado, surge la duda respecto del tercer requisito, la necesidad para que tenga lugar la remisión de la deuda que se haya efectuado el pago de los créditos privilegiados “*en su integridad*” (art. 178.2, regla 1ª, LC) o de “*todos los créditos concursales privilegiados*” (art. 178.2, regla 1ª, LC). La cuestión se plantea, evidentemente, respecto de los créditos concursales con privilegio especial, cuando el precio de realización de la garantía no cubre el importe del crédito privilegiado. En este caso, de acuerdo con las normas generales concursales para el pago de dichos créditos (art. 155 LC) el resto del crédito no cubierto por el valor del bien pasa a recibir el tratamiento de crédito ordinario. Por tanto, para gozar de la exoneración, bastará con la satisfacción del crédito hasta la cuantía cubierta por el bien sobre el que recae dicha garantía. El resto del crédito, ya como ordinario, será tratado como dispone el art. 178.2 LC, en orden a determinar si se debe aplicar la exoneración de pasivo o no.

Conectado con la exigencia de pago anterior, está el problema de la discordancia entre el art. 242.2.5ª LC, que dispone que “*En el caso de deudor empresario persona natural, si el concurso se calificara como fortuito, el juez declarará la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho público siempre que sean satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados*” y el art. 178.2 LC, que permite la remisión a partir del momento en que se paguen “*los créditos concursales privilegiados*”, esto es, los créditos de Derecho público con privilegio especial, así como los créditos públicos con privilegio general (art. 91, apartados 2º y 4º, LC). Es decir, la cuestión es saber si se remiten el 50% de los créditos públicos, calificados como ordinarios y los créditos subordinados por multas, recargos, sanciones, etc... En principio, parece que, en virtud del principio de especialidad, el art. 242.5ª LC, incardinada en sede del concurso consecutivo, debería prevalecer sobre el art. 178.2 LC, que regula con carácter general, la conclusión del concurso. Sin embargo, no es así, porque el propio art. 178.2 *in fine* tiene una referencia al supuesto en que se haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos (“*Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados*”). Intentar sin éxito el acuerdo extrajudicial no puede significar más que se ha acabado en un concurso consecutivo, por lo que el art. 178.2 *in fine* contiene también la regla especial. Por tanto, existen dos reglas especiales, no pudiendo prevalecer una sobre la otra, lo que, en virtud del principio “*favor debitoris*”, nos lleva a

²⁷ En este sentido, VV.AA, “*Conclusiones de la reunión de los Magistrados de lo mercantil de Madrid, de 11 de octubre de 2.013*”, Apartado II, punto 6º.

entender que prevalece el art. 178.2 LC sobre el art. 242.2.5ª LC²⁸. No tiene sentido que deudor empresario persona física tuviera que pagar todos los créditos públicos, mientras que no tenga que hacerlo el consumidor, que sólo habría de pagar los créditos públicos privilegiados (aunque también el 25% de los créditos ordinarios).

Por último, especiales problemas plantea la remisión de la deuda en los casos de parejas casadas en régimen de gananciales, cuando uno sea empresario y otro no (p.ej., cuando uno sea abogado en ejercicio y otro funcionario)²⁹. En efecto, mientras el primero podría acudir al acuerdo extrajudicial de pagos, el segundo no, con lo que se le privaría de la posibilidad de la remisión de la deuda sin tener que pagar el 25% de los créditos ordinarios (¡¡pero –en principio– pagando todos los créditos públicos!!). A nuestro juicio, la solución pasaría en estos casos por que el cónyuge empresario solicitara la puesta en marcha del acuerdo judicial de pagos y, en el momento de la apertura de la fase de liquidación, se acumulara al concurso solicitado por el cónyuge no empresario. En tal caso, parece que en virtud del principio constitucional de protección de la familia (art. 39 CE), habría de interpretarse que cabe la remisión sin pagar el 25% de los créditos ordinarios ni, por lo expuesto, la totalidad de los créditos públicos, pero no es una interpretación segura.

3.5.El alcance de la remisión

Con carácter general, el alcance de la remisión es claro: se deben entender extinguidos los créditos a los que afecte, de tal modo que no pueden ejercitarse acciones individuales posteriormente por ellos, tras el archivo del concurso, ni los titulares de dichos créditos extinguidos por la exoneración cuentan ya en el futuro con legitimación para instar una declaración de nuevo concurso contra ese deudor (vid. art. 3 LC)³⁰.

²⁸ En contra, cf. VV.AA., “Conclusiones Magistrados”, Apartado II, punto 3º.

²⁹ Trata de los particulares problemas del concurso de los cónyuges en régimen casados en régimen de gananciales, PARRA LUCÁN, M. Á., *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, Civitas, Madrid, 2009, en particular, pp. 259 y ss.

³⁰ Conforme, VV.AA., *Conclusiones Magistrados*, apartado II, punto 9º. En este mismo sentido, cf. Section 524 del Bankruptcy Code estadounidense:

“(a) A discharge in a case under this title—

(1) voids any judgment at any time obtained, to the extent that such judgment is a determination of the personal liability of the debtor with respect to any debt discharged under section 727, 944, 1141, 1228, or 1328 of this title, whether or not discharge of such debt is waived;

(2) operates as an injunction against the commencement or continuation of an action, the employment of process, or an act, to collect, recover or offset any such debt as a personal liability of the debtor, whether or not discharge of such debt is waived; and

(3) operates as an injunction against the commencement or continuation of an action, the employment of process, or an act, to collect or recover from, or offset against, property of the debtor of the kind specified in section 541 (a)(2) of this title that is acquired after the commencement of the case, on account of any allowable community claim, except a community claim that is excepted from discharge under section 523, 1228 (a)(1), or 1328 (a)(1), or that would be so excepted, determined in accordance with the provisions of sections 523 (c) and 523 (d) of this title, in a case concerning the debtor’s spouse commenced on the date of the filing of the petition in the case concerning the debtor, whether or not discharge of the debt based on such community claim is waived”.

Más problemáticas, si cabe, son las cuestiones particulares, no resueltas expresamente por la Ley Concursal. Por un parte, parece que se extinguen los créditos de todos los acreedores, haya sido o no comunicada su existencia por éstos³¹. Por tanto, parece que en España no cabrá demandar al concursado remitido respecto de deudas generadas por hechos anteriores a la declaración de concurso y respecto de las que no se haya demandado antes del concurso, a los meros efectos de establecer la responsabilidad para exigir la cobertura del siniestro a las empresas aseguradoras (p.ej, una mala praxis médica que ha tenido lugar antes del concurso y que no ha sido objeto de demanda)³². Por cuanto hace a las deudas afianzadas, dado que la remisión de la deuda es una mecanismo de extinción contractual por imposibilidad subjetiva (del deudor principal) en el cumplimiento (“*hardship*”) parece que la remisión de la deuda que no debe extenderse a los fiadores del concursado. En suma, como no desaparece la obligación del mundo jurídico, los fiadores seguirán respondiendo de las deudas afianzadas pero no podrán repetir contra el deudor afianzado³³. Esta postura está mejor fundada que la que entiende que al tratarse la exoneración de un efecto “*ex lege*”, imperativo cuando concurren los requisitos para su aplicación, no de una concesión o pacto voluntario, ni aún extensivo (v. gr., el convenio, lo que justifica este diferente trato) entre acreedor y deudor, y cuyo efecto es la extinción del débito, la obligación del fiador aparece remitida en el mismo sentido. Otro tanto cabe señalar respecto de los supuestos en que el concursado sea deudor solidario, co-deudor y, en general en todos aquellos casos en que exista un derecho de reembolso frente a él. Extinguida la deuda principal por imposibilidad subjetiva de cumplimiento, los titulares de un derecho de reembolso o repetición no podrán ejercerlo frente al concursado-remitido³⁴. Finalmente, otro problema no resuelto por el legislador, es el tratamiento que deriva de

En el mismo sentido, cf. § 301.1 de la Insolvenz Ordnung alemana: “*Wird die Restschuldbefreiung erteilt, so wirkt sie gegen alle Insolvenzgläubiger. Dies gilt auch für Gläubiger, die ihre Forderungen nicht angemeldet haben*”.

³¹ En este sentido se pronuncian los autores respecto del Derecho alemán. Vid. ASENSI, A., “La reforma del concurso de la persona física y la condonación de la deuda restante en el Derecho alemán”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 33, septiembre-diciembre 2014, p. 364, con ulteriores referencias doctrinales.

³² Por el contrario, en los Estados Unidos estas demandas son muy frecuentes. Véase sobre este particular, GUMMOW, Susan N.K. and WUNDERLICH, John M., “Suing the Debtor: Examining Post-Discharge Suits Against the Debtor (January 25, 2009)”. *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 83, p. 495, 2009. Accessible en SSRN:<http://ssrn.com/abstract=1335068>. Dicen así estos autores: “*Section 524 post-discharge injunction does not affect the enforceability of any non-debtor liability for pre-petition debt. Thus, courts have been “nearly unanimous” in holding that a post-discharge injunction does not prohibit a creditor from proceeding against the debtor nominally for the purposes of establishing liability as a prerequisite to proceeding against the debtor’s insurer*”.

³³ En este mismo sentido, cf. § 301 (2) Insolvenzordnung: “*Die Rechte der Insolvenzgläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Schuldners sowie die Rechte dieser Gläubiger aus einer zu ihrer Sicherung eingetragenen Vormerkung oder aus einem Recht, das im Insolvenzverfahren zur abgesonderten Befriedigung berechtigt, werden durch die Restschuldbefreiung nicht berührt. Der Schuldner wird jedoch gegenüber dem Mitschuldner, dem Bürgen oder anderen Rückgriffsberechtigten in gleicher Weise befreit wie gegenüber den Insolvenzgläubigern*”. En contra, AZNAR GINER, *Mediación concursal*, p.123.

³⁴ Conforme, ASENSI, *La reforma del concurso de la persona física*, p. 364.

la exoneración para los terceros hipotecantes de bienes propios a favor de deuda ajena, deuda exonerada luego por aplicación del art. 178.2 LC. Si lo son en esa mera condición, la remisión legal del débito ajeno en cuya garantía habían constituido hipoteca sobre bienes propios implica la desaparición de la garantía prestada, ya que desaparece por completo aquel débito (aunque sea por motivos subjetivos, exclusivamente imputables al deudor), y la garantía real carece ya de justificación.

3.6.Aspectos formales de la remisión

Finalmente, examinaremos en este epígrafe las cuestiones relativas a los aspectos formales de la remisión, a saber, quién la declara, cómo se declara la remisión y, en su caso, qué vías de recurso hay contra la misma.

Para empezar, en la reforma no se ha previsto de forma especial de declarar la remisión. Por tanto, como la remisión es un efecto de la conclusión del concurso, el informe de la administración concursal donde ésta inste la conclusión del mismo, deberá razonar y exponer lo pertinente sobre la exoneración de pasivo, y contener una propuesta de pronunciamiento al respecto. En este sentido, dado que la Administración concursal no tiene acceso a los antecedentes penales, deberá ser el Juzgado quien, de oficio, incorpore al concurso el certificado de antecedentes penales.

Por otro lado, de la petición de la administración concursal, tanto de la conclusión del concurso como de si debe o no proceder la exoneración de pasivo, se dará a los personados el traslado previsto en el art. 152.2 LC, que podrán oponerse a ello, con la subsiguiente tramitación de incidente concursal, donde en su caso, se discutirá conjuntamente las cuestiones relativas a la conclusión del concurso y a la exoneración de pasivo. En cuanto a la exoneración, podrán oponerse los acreedores a su aplicación, o el propio deudor a su no aplicación, con las justificaciones precisas sobre la ausencia o presencia de los requisitos objetivos previstos en la norma³⁵.

³⁵ VV.AA., “Conclusiones Magistrados”, apartado II, punto 8°.

LA AUTORREGULACIÓN EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

TRINIDAD VÁZQUEZ RUANO*

Resumen

La aprobación de códigos de conducta o de buenas prácticas profesionales ha proliferado en la actualidad, entendiéndose como un complemento de la regulación vigente respecto de ciertos ámbitos y comportamientos del tráfico económico. Sin embargo, pese al alcance y utilidad en determinados sectores del mercado, su previsión también plantea cuestiones en el marco de la competencia tanto desde la óptica del perjuicio que se puede ocasionar a los participantes en el mercado, como respecto de los actos que suponen un obstáculo al juego de la libre competencia en el mismo. Razones éstas que han llevado al legislador a establecer la necesidad de normar esta forma de autorregulación y a limitar conductas en relación a la misma que se contraponen con los intereses de los sujetos que actúan en el mercado. En este sentido, la Propuesta de Código mercantil recoge, como novedad, junto a las materias del Derecho mercantil en sentido estricto el régimen aplicable a la competencia, incluyendo disposiciones específicas sobre los códigos de conducta.

Contenido

1. Introducción. – 2. Conceptualización de los códigos de conducta y los iconos de confianza. – 3. Previsiones jurídicas en materia de competencia desleal. La LCD y la Propuesta. – 3.1. Prácticas desleales en relación con los códigos de conducta. – 3.2. Disposiciones normativas específicas sobre códigos de conducta. – 4. Conexión entre los códigos de conducta y la defensa de la competencia. – 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación de códigos de conducta resulta un mecanismo idóneo para complementar las provisiones jurídicas vigentes en una determinada materia y, en particular, en lo que respecta al ámbito del mercado. Por ello, en el panorama normativo europeo se instó tanto a los Estados miembros, como a la Comisión a promover y desarrollar la aprobación de códigos de conducta entre las entidades, difundiendo el conocimiento acerca de este sistema de autonormación, así como la creación de mecanismos

* Acreditada Profesora Titular de Universidad. Profesora Contratada Doctora. Área de Derecho mercantil. Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad de Jaén.

extrajudiciales de resolución de controversias con la pretensión de disponer de un sistema transfronterizo de reclamaciones¹.

No obstante, la proliferación del sistema autonómico y los efectos jurídicos que su establecimiento comporta en la práctica empresarial, han hecho necesaria una regulación expresa de los mismos y también de ciertos comportamientos que –en relación con ellos- pueden afectar a la competencia leal en el mercado, suponiendo un perjuicio para los sujetos que participan en él. En este sentido, el legislador comunitario establece el fomento del sistema autonómico, siendo consciente de la relevancia de los códigos de conducta en el ámbito empresarial y de la limitación de prácticas comerciales desleales sin que sea preciso recurrir a acciones administrativas o judiciales. Pero insta que en su elaboración se cuente con la participación de las organizaciones de consumidores con objeto de alcanzar un nivel adecuado de tutela de dicho colectivo². Pues ya en el texto normativo precedente, el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la UE³, se ponía de manifiesto la necesidad de reformar la legislación comunitaria en la medida en que uno de los obstáculos principales con los que se encontraba la correcta evolución y desarrollo del comercio interior era la divergencia entre las legislaciones internas de los Estados miembros. En cumplimiento de este requerimiento, se aprobó la Directiva marco sobre las prácticas comerciales desleales de las entidades en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, aunque el propio texto de la misma admite la posibilidad de unir sus disposiciones con la autorregulación en virtud de alcanzar una adecuada protección de los intereses de los consumidores.

Siguiendo este mandato y las previsiones normativas de ámbito europeo, nuestro legislador aprobó la Ley 29/2009⁴ que supuso una modificación de la regulación de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios vigente hasta el momento, de acuerdo con las exigencias del mercado y los intereses de los operadores económicos que actúan en él. Esta reforma afectó a aspectos tan relevantes como: las conductas y comportamientos desleales⁵ y la

¹ Nos referimos, en particular, a la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior ('Directiva sobre el comercio electrónico', DOUE L 178 de 17 de julio).

² Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior que modifica la Directiva 84/450/CEE, la Directiva 97/7/CE, la Directiva 98/27/CE y la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo ('Directiva sobre prácticas comerciales desleales', DOUE L 149/22, de 11 de junio 2005).

³ Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea de 2 de octubre de 2001 (COM (2001) 531 - no publicado en el Diario Oficial).

⁴ Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE núm. 315, de 31 de diciembre).

⁵ En concreto, los actos de engaño, de confusión, de denigración, la imitación, la explotación de la reputación ajena, la violación de secretos, la inducción a la infracción contractual, la violación de normas, la discriminación y dependencia económica, la venta a pérdida y las prácticas agresivas, arts. 5-17 de la Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991, de 10 de enero, BOE núm. 10, de 11 de enero, en adelante LCD).

difusión publicitaria⁶, incluyendo un régimen jurídico unitario sobre la deslealtad de los actos de engaño y los agresivos, así como normas procesales tendentes a establecer acciones de cesación frente a las prácticas desleales que perjudican los intereses económicos de los consumidores⁷; previsiones en materia de defensa de los consumidores⁸, en concreto respecto del deber de información por parte de los empresarios y, en materia de deslealtad, se rectifica la cláusula general y se recoge una regulación explícita de las prácticas comerciales con los consumidores; y otras cuestiones relativas a la ordenación del comercio minorista sobre las ventas promocionales⁹. Si bien, la novedad de mayor calado en relación con la tutela de los consumidores en el mercado es la previsión de un apartado específico dedicado a regular los códigos de conducta, incluyendo el ejercicio de acciones frente a los empresarios adheridos públicamente a ellos que actúen en contra de las obligaciones asumidas o incurran en actos desleales, así como frente a los responsables de los códigos que fomenten actos opuestos a la leal competencia en el mercado.

Por su parte, la Propuesta de Código mercantil¹⁰ que nos ocupa en el presente trabajo introduce una novedad merecedora de nuestra valoración, cual es la inclusión de la competencia en el mercado junto a las tradicionales materias de Derecho mercantil. Pues, como es sabido, la ordenación de la competencia se hallaba regulada a parte de la legislación mercantil en sentido estricto y, por tanto, ajena al Código de Comercio en vigor. Ello nos permite considerar que la Comisión de codificación ha pretendido instaurar una nueva concepción del Derecho mercantil que se amplía al aglutinar, además, el comportamiento de los que participan en el mercado, bien se trate de empresarios o de cualquier operador que actúe en dicho ámbito¹¹. Ello se debe a que, tal y como se recoge en la Exposición de Motivos de la misma, su pretensión es garantizar la unidad de mercado en el ámbito privado y la seguridad jurídica de los operadores económicos. En este sentido, la determinación de la materia mercantil se hace desde la idea de mercado¹², volviéndose a la concepción del Derecho mercantil como el Derecho de una clase de personas (el empresario titular de una empresa u organización

⁶ Art. 18 de la LCD. En materia publicitaria, se modifica el art. 1 y el Título II de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE núm. 274, de 15 de noviembre, en adelante LGP), así como los arts. 9 a 24 del Título III (actuales arts. 7 a 22) y se deroga el Título IV del mismo texto normativo.

⁷ A saber: la cláusula general de deslealtad (art.4 de la LCD), las prácticas desleales con los consumidores (arts. 19-31 de la LCD), los códigos de conducta (arts. 37-39 de la LCD) y ciertos aspectos procesales (arts. 32-36 de la LCD).

⁸ Nos referimos a los arts. 8, 18, 19, 20, 47.3º, 49.1º, 60, 63 y 123 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 287, de 30 de noviembre, en adelante LGDCyU).

⁹ En particular, la modificación de los arts. 18, 22, 23 y 32 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE núm. 15, de 17 de enero, en adelante LOCM).

¹⁰ Propuesta de Código mercantil, de 17 junio 2013, Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación, sección 2ª de Derecho mercantil (en adelante, Propuesta), en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292404268990?blobheader=application%2Fpdf&blobheaderna me1=Content->

[Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_codigo_mercantil.pdf](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292404268990?blobheader=application%2Fpdf&blobheaderna me1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_codigo_mercantil.pdf) (consultada por última vez el 1 de diciembre de 2014).

¹¹ Puntos I-22 a I-25 de las Consideraciones generales de la Exposición de Motivos de la Propuesta.

¹² Puntos I-9 y I-10 de las Consideraciones generales de la Exposición de Motivos de la Propuesta.

económica de producción de bienes o prestación de servicios) y de una tipología de actividades (actos y contratos calificados de mercantiles).

El tratamiento de la competencia como parte del Derecho mercantil en la Propuesta se efectúa desde las dos perspectivas jurídicas de la misma y que analizaremos a lo largo de este trabajo. A saber: de un lado, la defensa de la competencia respecto de las prácticas que suponen una restricción de ella; y, de otro, en cuanto a las actuaciones desleales en el mercado. A este respecto, la Propuesta incluye un Libro dedicado al Derecho de la competencia y de la propiedad industrial¹³ en sentido sustantivo y, a su vez, sistemático. El aspecto sustantivo se refleja en la inclusión de normas generales sobre la leal competencia, así como otras en materia de defensa de la competencia, principios reguladores de los comportamientos de los sujetos que actúan en el mercado y sobre las posibles acciones judiciales y cuestiones del procedimiento civil en el ámbito de la competencia desleal y en el de la defensa de la competencia. Por su parte, el sentido sistemático de la Propuesta implica la formalización de los principios que se ocupan de la ordenación de las conductas que se llevan a cabo en el mercado y que, como se ha adelantado, hasta el momento habían quedado fuera de las previsiones del Código de Comercio y del Derecho mercantil en su sentido más restringido.

2. CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA Y LOS ICONOS DE CONFIANZA

Los códigos de conducta engloban un conjunto de pautas de comportamiento que comprometen al que de manera voluntaria ha manifestado su intención de vincularse al cumplimiento de las mismas. La norma comunitaria vigente en materia de prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, se encarga de establecer una delimitación conceptual de los códigos de conducta. A este respecto, se entiende que se trata de:

un acuerdo o conjunto de normas no impuestas en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos¹⁴.

¹³ Libro III de la Propuesta.

¹⁴ Véase el art. 2, f) de la Directiva 2005/29/CE. Sobre las normas de conducta no impuestas, véanse los trabajos de: DE LA CUESTA RUTE, J. M^a., “Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año 23, n^o. 94, 2004, pp. 87-116; MEDINA MALO DE MOLINA, E., “Comunicaciones comerciales por vía electrónica. Códigos de conducta. Resolución judicial y extrajudicial de conflictos”, en VV.AA. *Derecho de Internet (La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*, MATEU DE ROS-LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (coords.), Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 538-542; MOLES PLAZA, R. J., *Derecho y control de Internet. La regulabilidad de Internet*, Ariel, Barcelona, 2004, pp. 46 y 76-77; PATIÑO ALVES, B., *La autorregulación publicitaria*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 63-73; VELÁZQUEZ BAUTISTA, R., *Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (T.I.C)*, Colex, Madrid, 2001, p. 124.

Esta delimitación conceptual también fue acogida por nuestro legislador en la actual redacción de la norma sobre competencia desleal¹⁵, en ella se recoge expresamente la posibilidad de elaborar códigos de conducta a los que se van a comprometer los empresarios o profesionales de modo voluntario en las prácticas comerciales que lleven a cabo con los consumidores¹⁶. Esto es, un modo de regulación realizado por los empresarios de manera responsable y en razón de unos principios de conducta dirigidos a atender en sus relaciones en el ámbito empresarial o económico la tutela de los intereses de los consumidores.

Por consiguiente, cabe afirmar que los códigos de conducta están conformados por un elenco de principios de carácter privado cuya obligatoriedad en su cumplimiento se impone por la adhesión voluntaria que se haga a los mismos y que van a requerir que un tercero independiente los acredite¹⁷. Teniendo en cuenta, asimismo, que este conjunto de principios se caracteriza por un objetivo preciso, cuál es la tutela de los intereses y derechos de las partes afectadas y, en razón de ello, en su creación han de participar las organizaciones de consumidores, como así lo prevé y exige el propio texto de la norma.

La aprobación de códigos de conducta por parte de las entidades, asociaciones o profesionales que actúan en el mercado se establece como alternativa para superar algunas de las cuestiones que las lagunas normativas hacen plantear en la práctica, así como para conseguir un adecuado nivel de protección de los consumidores, en particular¹⁸. En este sentido, cabe considerar que el sistema autonormativo resulta un complemento del sistema jurídico y que discurre paralelo al mismo, lo que implica que la aprobación de códigos de conducta en determinados sectores del tráfico económico esté sometida al principio de legalidad¹⁹. Esto es, que las disposiciones o principios que conforman un código de conducta no pueden resultar opuestos a las normas imperativas.

¹⁵ Art. 37. 1º de la LCD.

¹⁶ Art. 16 de la Directiva 2000/31/CE, los arts. 6 y 10 de la Directiva 2005/29/CE y el art. 18 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (BOE núm. 166, de 12 de julio, en adelante LSSIyCE).

¹⁷ Vid., BERCOVITZ RODRÍGUEZ, CANO, A., “Los códigos de conducta, la autorregulación y la nueva Ley de Competencia Desleal”, en VV.AA. *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, GÓMEZ SEGADÉ-GARCÍA VIDAL-OLIVENCIA RUIZ (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 271-280; TATO PLAZA, A., “Aspectos jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones comerciales”, en VV.AA. *Comercio Electrónico en Internet*, GÓMEZ SEGADÉ, J. A. (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 227-228.

¹⁸ Art. 37 de la LCD en el que se identifican como organismos con obligación de impulsar la elaboración y aplicación de códigos de conducta a las Administraciones Públicas, las corporaciones, asociaciones u otras organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores. Además de la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios, las organizaciones representativas de personas con discapacidades físicas o psíquicas y la observancia de la tutela de los menores y de la dignidad humana, en los casos en los que sus intereses se vean afectados.

¹⁹ Arts. 6 y 10 de la Directiva 2005/29/CE. Circunstancia que ya hemos puesto de manifiesto en otras ocasiones VÁZQUEZ RUANO, T., *La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 107-113; “La ordenación del entorno electrónico. Idoneidad del sistema autonormativo I”, *RAAP*, nº. 137, Madrid, enero, 2009, pp. 9-14 y “La ordenación del entorno electrónico. Idoneidad del sistema autonormativo II”, *RAAP*, Nº. 138, Madrid, febrero, 2009, pp. 9-14; y en *La inserción de enlaces en una web. Cuestiones de propiedad industrial y competencia desleal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 201-205. Véanse también: MOLES, “*Derecho y control...*”, *op.cit.*, pp. 29-31. Si bien, existe una tendencia que destaca la posible influencia de los

A este respecto, la naturaleza jurídica de los principios de conducta que integran un código no ha sido una cuestión delimitada en su totalidad en la medida en que, a pesar de que se asemejan a las cláusulas contractuales por cuanto sólo vinculan a las partes contratantes que las hubieran aceptado debidamente y de forma voluntaria, se contraponen con la exigencia generalizada y asumida de las normas jurídicas²⁰. En consonancia con ello, se cuestiona también su posible determinación como condiciones generales en los contratos celebrados con los consumidores o, en su caso y cuando corresponda, si cabe apreciar que estos principios autonormativos son mecanismos idóneos de interpretación e integración de los contratos²¹.

En otro orden, hay que tener presente que los instrumentos que conforman la autorregulación, no se limitan a la aprobación de los códigos de conducta, sino que también se exige la previsión de la autoridad competente encargada de supervisar y observar el cumplimiento de su contenido de forma adecuada y el establecimiento de una serie de mecanismos extrajudiciales de resolución de los conflictos surgidos en su aplicación. Se trata del establecimiento de un sistema de responsabilidades y de concreción de las relaciones contractuales existentes en el uso de códigos de conducta para que, en caso de incumplimiento de una obligación por parte del empresario adherido voluntariamente, el consumidor pueda reclamar ante el órgano de resolución extrajudicial de controversias con facultades para solventar el conflicto.

A ello se añade, además, el elemento material de la adhesión voluntaria al código de que se trate. Es decir, la creación de un sello o icono de confianza identificativo del mismo²². En este aspecto, pese a que corresponde al Estado la facultad de concretar los distintivos que permitan identificar la adhesión y el respeto que las entidades adscritas tienen hacia el contenido de un determinado código de conducta, se ha admitido también la competencia de las Comunidades Autónomas en lo que concierne al procedimiento de concesión del identificativo y otras funciones ejecutivas en relación a ello. Los efectos jurídicos de la inserción de dichos distintivos sobre el colectivo de consumidores es que éstos van a actuar en la creencia de que la entidad con la que se llevan a cabo las relaciones contractuales ha aceptado de manera voluntaria el cumplimiento de unas determinadas normas de conducta, así como el sometimiento a los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos que en él se hubieran determinado y a las decisiones que en su aplicación adopte el órgano de resolución

códigos de conducta en el ordenamiento jurídico, tal es el caso de: ESPINOSA CALABUIG, R., *La publicidad transfronteriza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 112; MEDINA, “*Comunicaciones comerciales...*”, *op.cit.*, pp. 538-542; PATIÑO, “*La autorregulación...*”, *op.cit.*, pp. 42-56.

²⁰ A este respecto cabe destacar su validez y eficacia jurídica a partir de la *lex contractus* (art. 1091 del Cc).

²¹ Vid., MATEU DE ROS, R., “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de La Sociedad de la Información y Comercio Electrónico”, en VV.AA. *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de La Sociedad de la Información y Comercio Electrónico*, MATEU DE ROS- LÓPEZ-MONÍS GALLEGRO (coords.), Aranzadi, Navarra, 2003, p. 187.

²² Tal es el caso, por ejemplo, del distintivo público de confianza en los Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Disposición Final Octava de la LSSIyCE, por la que el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 1163/2005 de 30 septiembre, mediante el que se crea el distintivo público mencionado, así como los requisitos y procedimiento de concesión. BOE núm. 241, de 8 de octubre y que fue modificado por la Disposición Final Tercera del Real Decreto 231/2008, de 15 febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. BOE núm. 48, de 25 de febrero).

competente²³. En consecuencia, su previsión supone un incremento de la confianza y seguridad de los consumidores en la celebración de transacciones con la entidad adherida²⁴.

3. PREVISIONES JURÍDICAS EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL. LA LCD Y LA PROPUESTA

Las consecuencias que en el tráfico empresarial motivan la adhesión voluntaria de una entidad a los principios contenidos en un código de conducta y a los procedimientos y decisiones de los órganos de resolución extrajudicial de controversias y que se materializa en la previsión del signo identificativo del mismo, ha sido uno de los objetivos que ha ocupado al legislador comunitario. La finalidad que justifica dicha preocupación no es otra que alcanzar un nivel adecuado de tutela de los intereses de los que participan en el mercado (competidores, consumidores y usuarios y destinatarios en general) y la corrección de las prácticas de carácter comercial que se desarrollan en el tráfico económico.

El seguimiento de los postulados y exigencias de la norma comunitaria ha traído como consecuencia que, en el ámbito nacional, se modifique la normativa vigente en materia de competencia desleal a fin de incluir una relación de comportamientos o actos sobre los códigos de conducta, así como una regulación expresa y específica de los mismos²⁵. La finalidad esencial de la reforma normativa aludida fue, además de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de la empresa en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior y la Directiva 2006/1004/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, garantizar la leal actuación de las entidades y profesionales en el mercado y proteger los intereses de los que participan en él evitando comportamientos desleales. Y, de manera específica, asegurar la tutela de los intereses de los consumidores en relación con los actos de competencia y la publicidad en las relaciones comerciales.

Cabe advertir, asimismo, que el cambio normativo referenciado se ha incluido en el contenido de la Propuesta como una parte más del Derecho mercantil. En consecuencia, se ha dedicado el Libro III de la misma al Derecho de la competencia y de la propiedad industrial en el que se prevé una regulación expresa de los códigos de conducta siguiendo la línea marcada por la actual Ley de Competencia Desleal. Aunque con algunas salvedades que serán objeto de análisis en los epígrafes sucesivos.

²³ Vid., BENAVIDES VELASCO, P., “Los sellos y marcas de calidad (*trustmarks*) en el mercado digital y el distintivo público de confianza en línea”, en VV.AA., *Marca y Publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*, MARTINEZ GUTIERREZ, A. (dir.), La Ley, Madrid, 2009, pp. 615-618; GÓMEZ CASTALLO, J. D., “La Autorregulación e Internet”, en VV.AA., *Comercio electrónico en Internet*, GÓMEZ SEGADE, J. A. (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 464-465; TATO, “Aspectos jurídicos...”, *op.cit.*, p. 226.

²⁴ Vid., VÁZQUEZ, “La protección...”, *op.cit.*, pp. 107-109; y en “La inserción...”, *op.cit.*, pp. 201-203;

²⁵ Arts. 5, 21, 37-39 de la LCD. Véase DE LA CUESTA RUTE, J. M^a., “Un límite al poder autorregulador de la publicidad derivado del Derecho de la Competencia (A propósito de la Resolución del TDC de 20 de enero de 2004)”, *Revista de Derecho mercantil*, n^o 256, 2005, pp. 676-690.

La Propuesta hace referencia a las dos perspectivas jurídicas indicadas en materia de códigos de conducta: de un lado, dispone un conjunto de actos desleales entre los que se incluyen algunos en relación con dichos códigos y la atención de los mismos por parte de las entidades que de manera voluntaria se han comprometido a su seguimiento; y, de otro, una ordenación expresa del sistema autonormativo en la que se recoge tanto el fomento de la elaboración de códigos de conducta, como las acciones judiciales que caben interponerse contra los responsables de ellos cuando incentiven comportamientos desleales o contrarios a Derecho.

Las previsiones normativas mencionadas resultan una novedad no sólo porque, como se ha indicado, hasta el momento no se había estimado la necesidad de regular con unas disposiciones jurídicas propias la aprobación de pautas de comportamiento asumibles con carácter voluntario²⁶; cuanto porque se incluye la autorregulación en el marco de la competencia desleal y, en la Propuesta, esta última se conforma como una parte más del Derecho mercantil propiamente dicho.

3.1. Prácticas desleales en relación con los códigos de conducta

La tutela de los intereses de los sujetos que participan en el mercado en relación con la aprobación y establecimiento de códigos de conducta se ha previsto en la norma sobre la base de tres preceptos concretos: uno de carácter general y dos específicos, como se analizará a continuación.

En cuanto al primero, hacemos alusión a la cláusula general de deslealtad en la que se reputa desleal *todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*²⁷. No obstante, se ha especificado la protección de los consumidores y usuarios concretando que en las relaciones que se lleven a cabo con los sujetos indicados resultará opuesto a las exigencias de la buena fe la conducta o comportamiento de un profesional que sea contrario a la diligencia que le es exigible y que distorsione significativamente el comportamiento económico del ‘consumidor medio’ (o ‘miembro medio del grupo’) o pueda llegar a distorsionarlo. Es decir, la conducta resulta objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe y, en consecuencia, es desleal cuando el empresario en las relaciones con los consumidores y usuarios hubiera actuado al margen de la diligencia que le es propia afectando con ello las decisiones de los mismos en cuanto a la elección de una oferta o del sujeto que la ofrece, la contratación de un producto o servicio y sus condiciones, el abono del

²⁶ MASSAGUER FUENTES, J., “Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 2, 2011, pp. 6-7.

²⁷ Art. 321-1. 1º de la Propuesta, art. 4 de la LCD y art. 6 de la Directiva 2005/29/CE. La cláusula general prevista en la norma tiene naturaleza de cláusula *de cierre*, opinión compartida entre otros por autores como: BARONA VILAR, S., *Competencia desleal. Tutela Jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajurisdiccional*, tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 312; MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, p. 152; SANCHEZ- CALERO GUILARTE, J., “La ampliación del concepto de competencia desleal”, en VV.AA., *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández- Nóvoa*, GOMEZ SEGADÉ-GARCIA VIDAL (eds.), Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 398-399.

correspondiente pago, la conservación del bien o servicio y la ejecución de sus derechos contractuales²⁸.

En este sentido, la transposición de la previsión comunitaria llevada a cabo en nuestra norma ha mantenido la redacción de la cláusula general anterior, lo que ha supuesto que se reconozca: de un lado, la deslealtad de todo acto contrario objetivamente a la buena fe y, de otro, se prevé la contravención de la diligencia profesional como un tipo de comportamiento determinado que aglutina las prácticas honestas en el mercado. Así, al contrario de la Directiva comunitaria, nuestro ordenamiento sigue otorgando a la buena fe la consideración de base de la cláusula general, seguida de la diligencia profesional y, en su caso, de las prácticas honradas en el tráfico económico. Pues, de forma expresa se estima la diligencia profesional como *el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado*.

Obvia aludir a las posibles cuestiones interpretativas que esta redacción plantea en la práctica y que se hubieran podido salvar transcribiendo el contenido de la norma comunitaria o, por el contrario, manteniendo las previsiones anteriores de la Ley de Competencia desleal en este aspecto²⁹. Cabe advertir que la Propuesta no salva estas incertidumbres jurídicas, por cuanto conserva el contenido de la norma vigente, considerando desleal lo que resulte objetivamente contrario a la buena fe y, en la relaciones con los consumidores, se especifica que aquél va a ser el comportamiento opuesto a la diligencia profesional. Pero se elimina la delimitación conceptual del término ‘diligencia profesional’³⁰.

Asimismo, como se ha indicado, la práctica resultará desleal cuando produzca el efecto de mermar la capacidad del ‘consumidor medio’ (o ‘miembro medio del grupo’ especialmente vulnerable) para adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa sobre su comportamiento económico y que no hubiera tomado de no ser por la actuación que distorsiona de manera notable dicho comportamiento³¹. En este aspecto, recordamos que fue la jurisprudencia del TJCE la que se encargó de la concreción del concepto de ‘consumidor medio’ al indicar que lo era el consumidor *normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos*³² o, cuando corresponda, si se perjudica la conducta

²⁸ En igual sentido que el art. 7 del Cc, en el que se exige un ejercicio honesto y leal de los derechos. Vid., MASSAGUER, “Comentario a la Ley...”, *op.cit.*, pp. 155-156.

²⁹ En esta misma opinión, pueden consultarse los comentarios de: MASSAGUER, “Comentario a la Ley...”, *op.cit.*, p. 147; ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “Art. 4. La cláusula general prohibitiva de la competencia desleal”, en VV. AA. *Análisis de la reforma del régimen legal de la competencia desleal y la publicidad llevada a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre*, ARMIJO CHÁVARRI, E. (coord.), La Ley, Madrid, 2011, pp. 29-37; y TATO PLAZA, A., FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERRERA PETRUS, Ch., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 66.

³⁰ Tal vez por estar ya definida en el art.2 h) de la Directiva 2005/29/CE.

³¹ Vid., VÁZQUEZ, “La inserción...”, *op.cit.*, pp. 71-72.

³² Por tanto, el concepto de ‘consumidor medio’ no puede entenderse como una referencia estadística, sino que van a ser los tribunales nacionales los que –de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE- adopten su propio criterio. El pronunciamiento de referencia fue la Sentencia del TJCE, Sala Quinta, de 16 de julio de 1998, Asunto C-210/96, pág. I-04657, sobre la petición del *Bundesverwaltungsgericht* (Alemania) al Tribunal de Justicia de una decisión prejudicial sobre la interpretación de la letra e) del apartado 2 del art. 10 del Reglamento (CEE) 1907/90 del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativo a

económica del ‘consumidor medio de un grupo’ especialmente vulnerable por razones personales o sociales.

La conexión de esta cláusula y los códigos de conducta puede hacerse, a nuestro entender, en relación con el posible incumplimiento de las previsiones a las que el sujeto se ha comprometido de manera voluntaria en un doble sentido. De un lado, de forma general, en lo que respecta a los participantes en el mercado. En este caso, se mantiene el criterio de la actuación opuesta a las exigencias de la *buena fe* en un sentido objetivo. En segundo término, en lo que a las relaciones comerciales con los consumidores se refiere, como se ha indicado, la norma determina qué es la contravención de la buena fe. Es decir, la actuación que es opuesta a la honestidad profesional exigible al empresario en el mercado y que, además, sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento del ‘consumidor medio’. Así, lo podría ser que el contenido de un código de conducta establezca entre sus principios el reconocimiento de derechos o facultades como si fueran específicas cuando, en realidad, ya se encuentran recogidas en la norma jurídica de aplicación.

En otro orden, como indicábamos al inicio, conviene atender a los preceptos particulares en relación con ciertos comportamientos llevados a cabo en el mercado y los códigos de conducta. En consecuencia, se establece un supuesto concreto de deslealtad por engaño en relación con los destinatarios en general, cuál es la práctica comercial consistente en que un empresario o profesional no respete el contenido del código de conducta al que se encuentra adscrito³³. Así, se considera desleal por engañoso que el empresario o profesional que hubiera hecho pública su adscripción a un código incumpla los compromisos que le vinculan cuando éstos sean firmes y puedan verificarse y la conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de los destinatarios. Por consiguiente, la determinación de la deslealtad de la aludida actuación implica el cumplimiento necesario de unos presupuestos que se concretan en los siguientes: la precisa y voluntaria adhesión de una entidad a un código de conducta de contenido firme y verificable, lo que supone que

determinadas normas de comercialización de los huevos (DOUE L 173) en el asunto entre *Gut Springenheide GmbH, Rudolf Tusky y Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*. A este respecto, pueden mencionarse los siguientes trabajos: GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La noción de consumidor normalmente informado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: la Sentencia *Gut Springenheide*”, *Derecho de los Negocios*, n.º. 103, 1999, pp. 1-15; también en “La noción de consumidor en el derecho comunitario del consumo”, *Estudios sobre consumo*, n.º 75, octubre, 2005, pp. 31-35; y en “Las nociones consumidor medio y miembro medio de un grupo particular de consumidores en el Reglamento n.º 1924/2006 (declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos)”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 247, 2007, pp. 9-19. Sin embargo, en algunos casos el ‘consumidor medio’ se caracteriza por ostentar cierto nivel de especialización o experimentación, como así lo han destacado: DE LA CUESTA RUTE, J. M^a., “Supuestos de competencia desleal por confusión, imitación y aprovechamiento indebido de la reputación ajena”, en VV.AA., *La regulación contra la competencia desleal en la ley de 10 de enero de 1991*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (coord.), BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pp. 35-39; FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *Fundamentos del Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1984, pp. 261-263; MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2006, pp. 91-95; TATO PLAZA, A., “Una primera aproximación al régimen jurídico de las prácticas agresivas en la Directiva sobre prácticas desleales con los consumidores”, *ADI*, n.º 27, 2006-07, pp. 425-436.

³³ Art. 322-2. 3º de la Propuesta y art. 5.2º de la LCD.

cuenta con un sistema y un órgano de resolución extrajudicial de controversias propio³⁴; que se hubiera hecho pública tal circunstancia en la práctica comercial; y que los principios contenidos en el código se incumplan por parte del empresario que está adherido a los mismos³⁵.

Sin embargo, hay que llamar la atención sobre la simplificación del contenido de la Propuesta en relación con las previsiones de la LCD a este respecto, la cual añade un requisito y es que en el supuesto de hecho concreto la conducta fuera susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de los destinatarios³⁶. Esto es, que la inobservancia de los compromisos asumidos por la adhesión al código ocasionare un perjuicio relevante para su comportamiento económico suponiendo una merma de la capacidad para adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa y optando por una elección que, de otro modo, no hubiera realizado³⁷. En caso contrario, el incumplimiento de las pautas de comportamiento contenidas en un código de conducta no podría estimarse desleal por engañoso.

Siguiendo esta previsión, la línea interpretativa de la norma actual permite afirmar que la deslealtad del acto de engaño que en los destinatarios ocasiona el incumplimiento de los principios contenidos en el código deriva de que los motivos que le hicieron actuar de una determinada forma en el mercado se vean malogrados y se perjudique su comportamiento económico³⁸, sin embargo la eliminación de esta última apreciación en la Propuesta hace establecer una interpretación diversa. Nos referimos a la consideración de la deslealtad en la propia vulneración de los principios autonormativos a los que el empresario se vinculó dando publicidad a tal compromiso y siempre que éstos resulten firmes y verificables. Aspecto que, a diferencia del contenido de la Directiva comunitaria, no se recogió en nuestro texto normativo³⁹. Pues, el legislador comunitario reconoce que el incumplimiento del código de conducta que puede producir el engaño en los destinatarios proviene de la mención que se hace en la relación con éstos sobre la vinculación a las disposiciones del código.

Por último, hay que referirse a las prácticas comerciales que se realizan con los consumidores en particular⁴⁰. En lo que a ello concierne, se ha previsto que son desleales por engañosas, en todo caso, ciertas actuaciones en relación con la adscripción

³⁴ Vid., BERCOVITZ, “*Los códigos de conducta...*”, *op.cit.*, pp. 271-280; DE LA CUESTA, “*Un límite al poder...*”, *op.cit.*, pp. 680-690; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., “*Incumplimiento de códigos de conducta como práctica de competencia desleal*”, VV. AA. *Distribución comercial y derecho de la competencia*, VIERA GONZÁLEZ-ECHEVARRÍA SÁENZ (dirs.), La Ley, Madrid, 2011, pp. 565-588; VÁZQUEZ, “*La inserción...*”, *op.cit.*, pp. 206-211.

³⁵ Es decir, las pautas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas (letra f) del art. 2 de la Directiva 2005/29/CE).

³⁶ Art. 5. 2º de la Ley 29/2009 que trae su causa en el art. 6. 2º b) y en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE, apartados 1 a 3. No obstante, parte de los autores destaca el complejo entendimiento de este contenido normativo, consúltese MASSAGUER, “*Códigos de conducta...*”, *op.cit.*, pp. 5 y 7-9.

³⁷ Letra e) del art. 2 de la Directiva 2005/29/CE.

³⁸ Según el art. 6.2º de la Directiva 2005/29/CE. A este respecto, son de interés los trabajos de BERCOVITZ, “*Los códigos de conducta...*”, *op.cit.*, pp. 271-280; MASSAGUER, “*Códigos de conducta...*”, *op.cit.*, pp. 9-10; y TATO, FERNANDEZ, HERRERA, “*La reforma...*”, *op.cit.*, p. 146.

³⁹ Vid., MASSAGUER, “*Códigos de conducta...*”, *op.cit.*, pp. 9-11 que relaciona el contenido del art. 5.2º de la LCD con el del art. 15 de la misma norma.

⁴⁰ Art. 322-4 de la Propuesta y art. 21.1º y 2º de la LCD.

a un código de conducta y con la previsión de un sello de confianza⁴¹. Así, es desleal por engañoso que en una práctica comercial se afirme faltando a la verdad que el empresario o profesional está vinculado a un código; o que éste ha obtenido el correspondiente refrendo del organismo competente; o se prevea un icono de confianza que materialice la vinculación con un código sin haber sido cierto. Al ser prácticas que se realizan con los consumidores se califican de desleales por engañosas en cualquier circunstancia, sin que sea necesario el cumplimiento de otros presupuestos de enjuiciamiento de las mismas. La razón de esta apreciación se halla en la específica tutela de los consumidores en el mercado por la confianza generada respecto a ciertas entidades y por la seguridad de las relaciones contractuales con ellas⁴², en la medida en que la adhesión a las pautas de un código de conducta implica que la entidad se somete de forma voluntaria a mayores exigencias normativas en sus actuaciones en el mercado, así como a unos mecanismos específicos de supervisión y control de su cumplimiento⁴³.

La Propuesta⁴⁴, siguiendo el contenido previsto en la norma de competencia desleal vigente, considera que es desleal por engañoso el hecho de que un empresario asegure que está adherido a un código de conducta sin que sea cierto; o muestre un icono de calidad o confianza que identifique que la entidad se ha comprometido con las disposiciones de un determinado código de conducta y con los mecanismos de resolución de conflictos previstos en el mismo, pero sin que se le hubiera autorizado para ello. E, incluso, que el código en cuestión ha sido refrendado por un organismo público o acreditado por una entidad competente, pese a que no se hubiera hecho efectivo.

3.2. Disposiciones normativas específicas sobre códigos de conducta

La Propuesta de Código mercantil, de acuerdo con el contenido de la normativa vigente en materia de competencia desleal, junto a ciertas actuaciones comerciales desleales en relación con los códigos de conducta y a las que nos hemos referido con anterioridad, regula de manera novedosa y explícita los mencionados códigos⁴⁵. Las previsiones jurídicas referenciadas tienen por finalidad incrementar la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios mediante el fomento del sistema autonormativo y el

⁴¹ Art. 322-4 de la Propuesta y art. 21 de la LCD. En esta misma opinión, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado de Internet*, 4ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 373-374, pues considera que en las relaciones comerciales entre entidades y consumidores existe un desequilibrio informativo.

⁴² Vid., DE LA CUESTA, “*Un límite al poder...*”, *op.cit.*, pp. 680-692; LOPEZ JIMENEZ, D., GALLEGO PEREIRA, Mª D., BUENO AVILA, S., *La Confianza en el Comercio Electrónico*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2011, p. 62; RODRÍGUEZ, “*Incumplimiento...*”, *op.cit.*, pp. 570-580.

⁴³ MASSAGUER, “*Códigos de conducta...*”, *op.cit.*, p. 7.

⁴⁴ Art. 322-4 de la Propuesta.

⁴⁵ Arts. 350-1 y 350-2 de la Propuesta y arts. 37 a 39 de la LCD. Para ampliar esta referencia: GÓMEZ CASTALLO, J. D., FERNANDO MAGARZO, Mª R., “Códigos de conducta y sistemas de autorregulación: en especial, en el ámbito de las comunicaciones comerciales I”, *RAAP*, nº 163, mayo, 2011, pp. 11-15 y “Códigos de conducta y sistemas de autorregulación: en especial, en el ámbito de las comunicaciones comerciales II”, *RAAP*, nº 164, junio, 2011, pp. 13-15; RODRÍGUEZ, “*Incumplimiento...*”, *op.cit.*, pp. 570-580.

establecimiento de mecanismos de resolución extrajudicial de posibles reclamaciones que resulten eficaces, tal y como insta el legislador.

El contenido de la Propuesta recoge los códigos de conducta desde una doble perspectiva: por un lado, la promoción del sistema autonormativo como forma de organización de las relaciones en el mercado; y, de otro, la posibilidad de ejercer acciones judiciales contra los códigos de conducta en determinados supuestos y, además, frente a los empresarios y profesionales que estuvieran adheridos a los mismos.

En cuanto al primer aspecto, como se ha advertido, inicialmente se fomenta la aprobación de códigos de conducta poniendo de manifiesto que las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales o profesionales y de consumidores tienen la posibilidad de autorregular su actuación mediante la aprobación de códigos de conducta, debiéndose respetar en todo caso las disposiciones normativas vigentes en materia de defensa de la competencia y darle la suficiente publicidad para que sean conocidos por los destinatarios⁴⁶. Del mismo modo, se reconoce la necesidad de que los códigos que se aprueben cuenten con órganos independientes de control que aseguren el correcto cumplimiento de los compromisos asumidos por parte de las empresas que de manera voluntaria se hubieran adherido a los mismos⁴⁷. Debiendo incluir, a su vez, mecanismos de resolución extrajudicial de las controversias que en su aplicación puedan suscitarse. Esta consideración, no obsta la posible interposición de las acciones judiciales previstas en la norma cuando proceda, como tendremos ocasión de analizar seguidamente.

En otro orden, las disposiciones jurídicas específicas sobre los códigos de conducta incluyen el ejercicio de acciones judiciales frente a los empresarios adheridos públicamente a ellos que infrinjan las obligaciones asumidas de forma libre o incurran en actos de competencia desleal y, también, contra los responsables de tales códigos cuando éstos fomenten actos desleales. Siendo el responsable del código el órgano independiente previsto en él y dotado de facultades de control para garantizar que las entidades adscritas cumplan las pautas a las que voluntariamente se han comprometido. No obstante, en este aspecto llama la atención que el contenido de la Propuesta difiere de las referencias normativas vigentes en materia de competencia desleal, como se comprobará a continuación.

Nuestro legislador recoge la posibilidad de ejercer las acciones de cesación y rectificación frente a los códigos de conducta opuestos a las previsiones normativas de la LCD y frente a los empresarios y profesionales adheridos a dichos códigos⁴⁸. Así, de un lado, es factible la interposición de las acciones judiciales mencionadas contra los responsables de los códigos de conducta que recomienden, fomenten o impulsen

⁴⁶ Art. 350-1 de la Propuesta y art. 37 de la LCD, este último impulsa la creación de códigos de conducta a nivel comunitario, siendo las Administraciones públicas las competentes para incentivar la participación de las organizaciones empresariales y profesionales.

⁴⁷ A este respecto, se exige que sean notificados a la Comisión una vez que se ha verificado que respetan los principios de la Resolución del Consejo de 25 de mayo 2000 relativa a la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo (DOUE C 155, de 6 de junio 2000) o cualquier disposición equivalente. Dicha Resolución impone el cumplimiento de las disposiciones de la Recomendación 98/257/CE sobre los principios aplicables a los órganos responsables de la resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo (DOUE L 115, de 17 de abril 1998), a saber: independencia, transparencia, eficacia, legalidad, libertad, representación y contradicción.

⁴⁸ Art. 32 de la LCD.

comportamientos que resulten desleales⁴⁹. Es decir, los que incluyan principios que sean contrarios a la normativa sobre competencia desleal u otra regulación de carácter imperativo. Si bien, se impone como necesidad que previo al ejercicio de las mismas se requiera obligatoriamente al responsable del código que cese o rectifique la recomendación calificada de desleal y, respecto de los casos en los que aún no se hubiese realizado el acto ilícito y fuera previsible su ejecución, que se obligue a no hacerlo⁵⁰. Planteado el requerimiento aludido, se concede un plazo de quince días a contar desde la presentación de la solicitud en el cual corresponde al responsable cumplir el deber de emitir su pronunciamiento. En el caso de que expire este tiempo sin que se hubiera notificado la decisión o ésta fuera insatisfactoria, así como en los supuestos en los que se siga realizando la recomendación contraria a Derecho, el afectado podrá acudir a la vía judicial a fin de ejercitar las acciones indicadas.

La exigencia mencionada que recoge nuestro legislador es extrapolada, del mismo modo, a aquellos planteamientos en los que se pretende ejercitar las acciones judiciales de cesación y rectificación frente a empresarios o profesionales que no observen el contenido del código de conducta al que están vinculados, siendo los compromisos asumidos firmes y verificables y habiéndose hecho públicos, y con ello afecten o perjudiquen de manera significativa el comportamiento económico de los destinatarios en el mercado⁵¹. De igual modo, en este caso, se precisa que a priori se inste al órgano de control y supervisión la cesación o rectificación de la práctica desleal llevada a cabo por los que estén vinculados a dicho código, como presupuesto obligatorio y previo al ejercicio de la acción judicial. La posibilidad de interponer las correspondientes acciones va a estar condicionada, por tanto, a que transcurrido el plazo establecido en la norma el reclamante no hubiera recibido notificación alguna o, habiendo sido notificada, le resulte insatisfactoria o fuera incumplida.

En consecuencia, la previsión mencionada resulta un refuerzo del sistema de limitación de los incumplimientos del código, ya que además de las previsiones del propio código se suma la acción judicial de competencia desleal en su aspecto sustantivo y procesal. Así, la norma vigente distingue entre los supuestos desleales aludidos en los que establece la solicitud previa de rectificación y cesación como un presupuesto preceptivo al ejercicio de las acciones judiciales de esa misma naturaleza y el resto de comportamientos desleales en los que el requerimiento a priori de la cesación o rectificación se plantea con carácter facultativo.

Sin embargo, como se ha adelantado, cabe reparar sobre el contenido de la Propuesta en este sentido y que resulta diverso a las previsiones normativas en vigor. La regulación de los actos desleales en la Propuesta y de la aprobación de códigos de conducta incluye, además, los mecanismos judiciales habilitados para que el sujeto afectado por la vulneración o amenaza de sus intereses, la entidad que los represente; o, en su caso, las que se ocupen de proteger los intereses colectivos, puedan interponer las correspondientes acciones. Estableciéndose un sistema común de acciones judiciales y

⁴⁹ Art. 38 de la LCD.

⁵⁰ Vid., DE MIGUEL, “Derecho Privado...”, *op.cit.*, pp. 373-374; TATO, FERNANDEZ, HERRERA, “La reforma...”, *op.cit.*, p. 324.

⁵¹ Según lo dispuesto en el art. 39 de la LCD.

normas procesales para los comportamientos desleales y para las prácticas restrictivas de la competencia en el mercado.

Respecto de los comportamientos desleales, la Propuesta concreta únicamente la posibilidad de interponer las acciones judiciales de cesación y rectificación frente a los responsables de los códigos de conducta que incentiven o recomienden comportamientos contrarios a Derecho o calificados como desleales. Si bien, en este supuesto, se prevé el deber de instar al responsable previo al ejercicio de las acciones indicadas que rectifique o cese y, en su caso, se abstenga de impulsar o fomentar las conductas que resulten contrarias a la competencia leal en el mercado o sean ilícitas. El responsable cuenta con un plazo de quince días desde la presentación de la solicitud de rectificación o cesación (o abstención) para emitir obligatoriamente su pronunciamiento. Pasado este tiempo sin que se hubiera notificado la decisión, o bien ésta sea insatisfactoria e, incluso, cuando se siga realizando la recomendación contraria a Derecho, el afectado podrá acudir a la vía judicial para interponer las acciones indicadas.

Por su parte, la apreciación de los supuestos desleales por engaño referenciados con anterioridad legitiman al sujeto afectado, al que pueda ver amenazados sus intereses económicos, así como las entidades, asociaciones o corporaciones que representen los intereses colectivos o actúen en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a interponer las acciones judiciales recogidas en la norma⁵². Sin embargo, no se contempla, respecto de estos casos, la necesidad de solicitar con carácter previo y obligatorio la rectificación o cesación de la conducta al responsable del código⁵³.

No obstante, hay que recordar que al tratarse de prácticas comerciales desleales en relación con los consumidores por resultar engañosas o, cuando corresponda, por contravenir lo dispuesto en la cláusula general de deslealtad, desde la perspectiva administrativa se precisa también la atención de la normativa vigente en materia de defensa de los consumidores y usuarios⁵⁴.

4. CONEXIÓN ENTRE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA Y LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La referencia a las disposiciones jurídicas en materia de defensa de la competencia se justifica en este trabajo en cuanto que la Propuesta incluye en su Libro III una regulación sustantiva de la misma en el mercado⁵⁵, junto a las aludidas normas en materia de competencia desleal y al régimen normativo aplicable a la propiedad industrial. La interconexión de los códigos de conducta y los actos de defensa de la competencia cabe hacerla en la medida en que es el propio legislador el que prevé el

⁵² Arts. 341-1 y 341-2 de la Propuesta.

⁵³ Algunos autores, como MASSAGUER, “*Códigos de conducta...*”, *op.cit.*, p. 15, ponen de manifiesto la contradicción entre el ámbito de aplicación del art.5. 2º de la LCD (códigos con independencia de que sus destinatarios sean otros empresarios o profesionales o sean consumidores) y el art. 37.1º del mismo texto (códigos de conducta que regulan las prácticas comerciales con los consumidores).

⁵⁴ Arts. 47. 3º, 49. 1º. 1) y 79. 1º de la LGDCyU.

⁵⁵ Arts. 331-1 a 332-16 de la Propuesta.

fomento de la aprobación de códigos de conducta, pero limitados por dos aspectos esenciales: de un lado, en razón de la ya indicada participación de las organizaciones de consumidores; y, de otro, en cuanto a la atención a la normativa de defensa de la competencia⁵⁶, así como la necesidad de darle la publicidad suficiente para conseguir un nivel mayor de tutela de los consumidores.

En este sentido, respecto del tema que nos ocupa, la Propuesta prohíbe de forma expresa los acuerdos, decisiones y recomendaciones colectivas, así como las prácticas concertadas o conscientemente paralelas cuyo efecto o finalidad sea limitar, restringir o falsear la competencia en el mercado nacional (o en parte del mismo)⁵⁷. En consonancia con ello, hay que recordar que el código de conducta se define como un acuerdo de voluntades o normas aceptadas de manera libre en las que se concreta el comportamiento de las entidades en el mercado o sectores del tráfico económico específicos y cuyo cumplimiento se asume de modo voluntario.

En consecuencia, y en cuanto que el código autonormativo es equivalente a un acuerdo entre profesionales de un determinado sector, cabe afirmar que su contenido no puede tener por objetivo, ni producir una limitación o restricción de la competencia en el mercado. En particular, en lo que concierne a la fijación de precios o condiciones comerciales; la obstaculización o control de la producción, distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; la división del mercado o las fuentes de aprovisionamiento; o que unos competidores se sitúen en una posición de desventaja frente a otros; ni que se condicione la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no tengan relación con el objeto de dichas relaciones contractuales.

Sin embargo, y a pesar de la limitación de los comportamientos colusorios, se permite su ejecución si resultan amparados y justificados en una de las exenciones previstas en el propio texto y que cabe clasificar según diversos criterios. A saber: las que tengan por objeto la mejora de la producción o comercialización y la distribución de productos y servicios, o fomenten el progreso económico o técnico (criterio de eficiencia); las que se justifiquen en las previsiones reglamentarias comunitarias o de ámbito nacional (criterio de reglamentación); las que no perjudiquen de manera significativa la competencia en el mercado (criterio de la escasa importancia); y las razonadas en base al interés público (criterio de resolución del órgano facultado en materia de competencia).

Al margen de las excepciones referenciadas, la inobservancia de las previsiones jurídicas en materia de prácticas colusorias trae como consecuencia que el afectado pueda reclamar judicialmente el acuerdo contrario a la defensa de la competencia en el mercado. Así, la Propuesta define el mismo sistema de acciones y normas procesales que los previstos en materia de competencia desleal⁵⁸. Por lo que, tanto los actos desleales, como las prácticas que supongan un obstáculo a la competencia en el mercado se enjuician tras la interposición de equivalentes acciones judiciales⁵⁹. Cuales son: la

⁵⁶ Véanse DE LA CUESTA RUTE (2010, p. 44) y TATO, FERNANDEZ, HERRERA, “*La reforma...*”, *op.cit.*, pp. 325-336.

⁵⁷ Art. 331-1 de la Propuesta.

⁵⁸ Art. 341-1 de la Propuesta.

⁵⁹ Art. 32 de la LCD.

acción declarativa de la ilicitud del comportamiento en el mercado en los supuestos en los que el perjuicio ocasionado se mantenga; la de cesación de la práctica o, en su caso, la prohibición de la misma cuando aún no se ha llevado a cabo; la de remoción de los efectos que se hubieran producido; la de rectificación en los casos en los que se enjuicien informaciones que sean engañosas, incorrectas o falsas; la de resarcimiento de los daños y perjuicios que se hubieran generado cuando se estime que la práctica se ha realizado de forma dolosa o culpable por parte del que la ejerce; y la acción de enriquecimiento injusto. Esta última se reconoce respecto de los comportamientos que impliquen una lesión de la posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de contenido económico equivalente. Por lo que, únicamente podrá ser interpuesta por el titular de dicha posición jurídica y frente a quien fuere el beneficiario del enriquecimiento.

A ello nuestro legislador, en la norma de competencia desleal vigente, añade la posibilidad de que el tribunal encargado del enjuiciamiento de la conducta acuerde la publicación de la sentencia, desvinculándola de la acción de resarcimiento como estaba prevista hasta ahora o de una declaración rectificadora. Sin embargo, conviene reseñar, que esta previsión ha sido eliminada en el texto de la Propuesta.

La interposición de las acciones indicadas, como es sabido, precisa que el sujeto esté debidamente legitimado para ello⁶⁰ y, a este respecto, va a corresponder su ejercicio de forma genérica a los que participen en el mercado, en la medida en que sus intereses económicos resulten dañados o amenazados directamente. No obstante, la norma amplía el elenco de legitimados estableciendo la posibilidad de que, además, interpongan las acciones declarativa, de cesación y rectificación, así como la de remoción de los efectos las entidades que siguen. A saber: las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de los intereses económicos de sus miembros que resulten afectados; asociaciones de consumidores y usuarios, así como los órganos que -en el ámbito comunitario, estatal, autonómico o local- resulten competentes en materia de defensa de los consumidores sobre actos desleales y prácticas restrictivas de la competencia; y el Ministerio Fiscal en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios. Por su parte, la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto o práctica ejercitada sobre un grupo de consumidores o usuarios podrán interponerla, junto a las asociaciones de consumidores y las entidades constituidas para la defensa de los mismos, también los propios grupos de afectados⁶¹.

En lo que concierne a la legitimación pasiva⁶², la acción judicial tendrá que dirigirse contra el sujeto que hubiera llevado a cabo el comportamiento contrario a la leal competencia en el mercado o la conducta restrictiva de la competencia o, en su caso, si hubiera cooperado para que el acto ilícito se pudiese ejercer. Se advierte la salvedad que sobre esta cuestión hace el legislador en cuanto a los trabajadores y

⁶⁰ Art. 341-2 de la Propuesta y art. 33 de la LCD. En el caso de un supuesto de publicidad ilícita la legitimación se extiende a cualquier persona (física o jurídica) afectada y a quienes tengan un derecho subjetivo o interés legítimo.

⁶¹ Siguiendo lo dispuesto en el art. 11. 2º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 08 de enero, en adelante LEC).

⁶² Artículo 341-3 de la Propuesta y art. 34 de la LCD.

colaboradores del empresario, en cuyo caso siempre que la conducta se haga dentro de las competencias y obligaciones asumidas en la relación contractual con el principal, las acciones declarativas, de cesación, remoción y rectificación deberán dirigirse a este último. Mientras que el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, así como la acción de enriquecimiento injusto se interpondrá de acuerdo con las previsiones del Derecho común.

Por último, conviene indicar que las acciones previstas y que, como se ha señalado, son aplicables tanto a los supuestos de competencia desleal, como a las conductas o comportamientos restrictivos de la competencia en el mercado, tienen un plazo de prescripción de un año⁶³. Éste comienza a computar desde el momento en que se pudieron ejercitar y el que resulte legitimado para su ejercicio tenga conocimiento de la persona que ejerció el acto enjuiciado. Y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde que hubiera finalizado la actuación. Si bien, cuando se trate de actos contrarios a Derecho que se llevan a cabo de modo continuado o reiterado el cómputo de los plazos temporales previstos será a partir del momento en que no exista el riesgo de repetición de los mismos.

A mayor abundamiento, la unificación del sistema de acciones ejercitables en materia de competencia desleal y de las conductas restrictivas de la competencia en la Propuesta, ha hecho eliminar del texto de la misma la posibilidad de que el sujeto solicite al juez la práctica de diligencias con la finalidad de comprobar los hechos de relevancia para su enjuiciamiento⁶⁴.

En otro orden, hay que tener en cuenta que algunas prácticas restrictivas de la competencia constituyen también ilícitos administrativos según las normas especiales y, en este sentido, es de aplicación la ley que se ocupa de regular las instituciones de defensa de la competencia. Extrapolándose, esta misma referencia, en cuanto a las actuaciones de competencia desleal que produzcan un falseamiento de la competencia en el mercado de tal magnitud que afecte al interés público en el entorno competitivo en cuestión⁶⁵.

Además de la prohibición de las conductas colusorias, cabe añadir que el texto de la Propuesta sigue la línea marcada por nuestro legislador en la LDC⁶⁶, estableciendo una regulación específica no sólo de este tipo de conductas, sino también de las situaciones de abuso de la posición dominante y de las concentraciones económicas. Las primeras, como norma general, resultan prohibidas en la Propuesta, en la que además se matizan una serie de supuestos concretos calificados como contrarios a la defensa de la competencia por suponer un abuso de la posición de superioridad ostentada en el mercado. Por su parte, las concentraciones económicas son entendidas como una modificación estable del control total o parcial de una o varias entidades por diversas razones y, en este sentido, quedan sometidas a la intervención administrativa llevada a cabo por el órgano competente en materia de defensa de la competencia. Las

⁶³ Art. 341-4 de la Propuesta y art. 35 de la LCD.

⁶⁴ Art. 36 de la LCD.

⁶⁵ Art. 342-2 de la Propuesta.

⁶⁶ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159, de 4 de julio, en adelante LDC). En concreto, arts. 1-10 de la misma.

resoluciones de dicho órgano han de atender a los presupuestos concurrenciales en cada caso. La característica común de las previsiones normativas de ambas prácticas en el mercado es su asimilación a la regulación vigente en el ámbito europeo, lo cual no es sino un presupuesto de la seguridad jurídica.

No obstante, como se ha advertido, las normas orgánicas y las relativas al procedimiento administrativo ante el órgano competente en materia de defensa de la competencia se mantienen previstas en la regulación específica en vigor en nuestro ordenamiento.

5. CONCLUSIONES

La autorregulación o la aprobación de códigos de conducta por parte de las entidades para normar su comportamiento en el ámbito económico es una forma de complemento de las previsiones normativas que impone el poder público. La pretensión de su establecimiento es conseguir un adecuado nivel de protección de los consumidores que participan en el mercado, tratando de conferir confianza y seguridad en las relaciones comerciales que se llevan a cabo entre empresarios o profesionales y los consumidores. No obstante, el sistema autonormativo consiste no sólo en la aprobación de códigos que contienen pautas de comportamiento y que las entidades han de aceptar de forma voluntaria y libre, sino que además el propio contenido del código ha de prever la entidad encargada de su cumplimiento, así como los mecanismos de resolución de controversias de carácter extrajudicial que en su aplicación puedan plantearse. Unido a ello, es de destacar la aprobación de un icono o sello de confianza que es la materialización de la adscripción al código de conducta y que permite distinguir entre las entidades que van a respetar la normativa vigente y aplicable al ámbito empresarial y también se encuentran vinculadas por las disposiciones previstas en un código autonormativo.

La repercusión jurídica que caracteriza al sistema autonormativo tanto desde la perspectiva de las entidades, como desde la de los consumidores en particular o de cualquier operador económico en el mercado, ha hecho precisa la regulación del mismo en un doble sentido. De un lado, limitando prácticas desleales sobre los códigos de conducta y los sellos de confianza que suponen un perjuicio para la competencia en el mercado. Y, de otro, estableciendo una expresa regulación de los códigos de conducta en la que se aboga por el fomento de su aprobación contando con la participación de las entidades que representan a los consumidores en el mercado y en la que, además, se recoge un sistema de acciones judiciales frente a los empresarios adheridos que infrinjan las obligaciones asumidas o incurran en actos de competencia desleal, así como contra los responsables de los códigos cuyo contenido fomente actos desleales.

La relevancia del tratamiento del sistema autonormativo en la Propuesta de Código mercantil resulta novedosa en cuanto que el texto referenciado incluye el régimen aplicable a la competencia (incluyendo los códigos de conducta) como una materia Derecho mercantil. Esto implica que se abogue por una nueva concepción del

Derecho mercantil que se conforma por las materias básicas y, también, por el comportamiento de los que participan en el mercado en un sentido amplio.

La inserción de la regulación de los códigos de conducta en el régimen de la competencia se establece en la Propuesta de forma similar a lo dispuesto en la normativa vigente, pero con ciertas matizaciones. A este respecto, interesa destacar la simplificación del contenido en unos supuestos y el establecimiento un sistema común de acciones judiciales y normas procesales para los comportamientos desleales y para las prácticas restrictivas de la competencia en el mercado.

LA SOLICITUD PÚBLICA DE REPRESENTACIÓN EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL. LA AUSENCIA DE SOLICITUD PÚBLICA DE REPRESENTACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

MERCEDES ZUBIRI DE SALINAS*

Resumen

En el Derecho de sociedades español la solicitud pública de representación ha significado la principal forma de controlar al representante del accionista en las juntas generales de las sociedades anónimas y, en especial, de las sociedades cotizadas. El ACM estableció, siguiendo las directrices marcadas por la PCSM, una regulación minuciosa de esta figura. Sin embargo, el ACM ha prescindido de los preceptos relativos a la solicitud pública de representación que no han sido introducidos en el régimen general de los órganos de la sociedad anónima. En este estudio se analizan las causas que han llevado a su supresión y se aboga por su regulación, así como se apuntan algunas características que deberían incorporarse *de lege ferenda*.

Contenido

1. Introducción. – 2. La solicitud pública de representación en la Propuesta de Código mercantil de mayo de 2013. – 3. La incidencia de la Ley de reforma de la LSC para la mejora del Gobierno Corporativo. – 4. La ausencia de referencia en el Anteproyecto de Código Mercantil. – 5. Consecuencias teóricas y prácticas.

1. INTRODUCCIÓN

La historia de esta aportación al homenaje al Profesor Rafael Illescas requiere de una justificación. Parte del deseo de contribuir al libro homenaje en un tema de Derecho de sociedades, lo cual tiene que ver con el hecho de que en el curso 1979-80 el Profesor Illescas acababa de acceder a la cátedra de Derecho mercantil en la Facultad de Derecho de Zaragoza y dedicó prácticamente todo el curso académico a la explicación de la sociedad anónima, la cual fue estudiada y analizada con todo detalle. El paso del profesor homenajeado por la Universidad de Zaragoza fue fugaz, pero despertó en mí el conocimiento de una materia que me resultó sumamente atractiva. Sin duda, el Derecho de sociedades es uno de los núcleos esenciales de nuestra disciplina. Esto hace que me haya parecido indispensable que este sencillo homenaje se lo debía dedicar en la materia

* Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Zaragoza.

que el maestro había alumbrado en mí¹. La otra razón por la que me he decantado por este tema es porque llevo ya unos años dedicada al estudio de la figura del representante del socio en las sociedades de capital². Tema que se me vislumbra cada vez de mayor importancia puesto que la representación, en general, es una forma de actuar cada vez más usual en nuestra vida y que contribuye a la expansión de la vida personal y de la economía³. Como no puede ser de otra manera, esta actuación representativa tiene especial relevancia en la vida de los socios y de las sociedades.

Dentro del estudio de la representación hay una institución, que se recogió en la reforma de la LSA de 1989 como la forma de solucionar el problema de la actuación del representante del accionista en la junta general y de evitar la manipulación de los votos de las compañías cotizadas por parte de los bancos, de vital importancia y cuyo régimen no ha sido engarzado convenientemente en nuestro ordenamiento, que fue la exigencia de solicitud pública de representación. La historia de esta institución no está exenta de sorpresas tanto en su nacimiento como en la norma propuesta en cuya elaboración gira la presente obra homenaje al Prof. Illescas, a saber, el Anteproyecto de Código Mercantil publicado por el Ministerio de Justicia el 6 de junio de 2014.

La solicitud pública de representación vino a sustituir la primera regulación de la representación del accionista en la junta general ubicada en el art. 60 de la LSA/1951. En este precepto la primitiva norma de anónimas establecía todo el régimen de la representación de forma concisa⁴ y con un contenido restrictivo. Era un derecho del accionista, renunciable y que podía ser eliminado estatutariamente, que se reconocía a los accionistas con derecho de asistencia, aunque se declaraba expresamente que era posible la agrupación de acciones para elegir un representante entre ellos. También el representante se concebía de forma restrictiva puesto que solo podía ser una persona física, estando vedada, además, la elección de una persona física que fuera dependiente de una persona jurídica y designada por ésta para acudir a la junta. La regulación limitativa de la representación en la LSA/1951 se inspiró en el Derecho italiano que prohibía otorgar la representación a los miembros del órgano de administración y a los

¹ No es la única cuestión en la que el Prof. Illescas me ha servido de referente puesto que en el ámbito del Derecho de transportes también sus aportaciones han sido decisivas debido a su actuación como Delegado de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Vid. Por todas AAVV *Las Reglas de Rotterdam y la práctica comercial internacional*, ILLESCAS ORTIZ, R. y ALBA FERNÁNDEZ, M. (dirs.) Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

² Una obra con ese título está pronta a ser publicada por la editorial Aranzadi Thomson Reuters (ISBN:978-84-9098-107-8).

³ Ya en 1979 indicaba el Prof. Díez-Picazo que junto con la personalidad jurídica son los “cauces que han permitido el desarrollo del capitalismo” vid. Díez-PICAZO, L. *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979, p. 25.

⁴ La regulación se encontraba exclusivamente en este precepto en el que se indicaba que “Salvo disposición contraria de los estatutos, todo accionista que tenga derecho de asistencia conforme al artículo anterior podrá hacerse representar en la junta general por medio de otra persona, aunque no sea accionista.

No será lícita la representación conferida a una persona jurídica ni la otorgada a las personas individuales que aquella haya designado expresamente como representantes suyos para la junta de que se trate.

La representación conferida por accionistas que solo agrupándose tendrían derecho a voto podrá recaer en cualquiera de ellos”.

bancos⁵. El caso más típico era el de los bancos depositarios de las acciones que se hacían con la representación de los pequeños accionistas cuyos títulos tenían depositados. La práctica había generado que estos accionistas, que se abstendían de participar en la junta porque les resultaba indiferente o incluso costoso, otorgaban la representación a favor del depositario (a cambio en muchos casos un pequeño obsequio), lo que permitía que los bancos consiguieran el control de las juntas de estas sociedades. La manera que la práctica societaria consiguió burlar esta restricción era mediante la delegación en blanco, es decir, el representado dejaba sin rellenar el nombre del representante en el momento de devolver la tarjeta de asistencia que le enviaba la entidad depositaria y ésta determinaba con posterioridad la persona de su confianza que asistía a junta general. Este mal uso de la representación por parte de las entidades que tenían depositadas las acciones, existiendo expresamente la prohibición, podía haber significado que en el momento de revisión de la normativa el legislador se hubiera inclinado por la adopción de medidas más restrictivas e impeditivas de este representante (entidad de crédito/depositario de las acciones). Sin embargo, el resultado en la reforma de 1989 fue sorprendentemente la admisión de la posibilidad de designar los bancos y entidades depositarias como representantes aunque sujetando su régimen a nuevas y distintas cautelas. La principal modificación es el régimen de la solicitud pública de representación, que la reforma de 1989 incluyó en el art. 107 LSA, junto con el régimen general previsto en el art. 106 y la denominada representación familiar en el art. 108⁶. Pero este reconocimiento de la necesidad de formular solicitud pública no solucionó totalmente los problemas. Tanto la doctrina como la práctica societaria pusieron de manifiesto los escasos resultados de la solicitud pública especialmente por el hecho de que es difícil entender que nos encontramos con esa actuación pública cuando se asume la representación solo de tres socios⁷; cuando no se especifica cómo debe solicitarse, en concreto, la representación; cómo se salva el problema de los apoderamientos en blanco, puesto que, de hecho, no hay existe un modelo oficial por el que deba realizarse dicha solicitud. Todas estas carencias significaron que se buscara una forma de arbitrar soluciones.

En este sentido, la propuesta de Código de sociedades mercantiles, aprobada por la Sección de Derecho Mercantil el 16 de mayo de 2002 (en lo sucesivo, PCSM), procuró una regulación completa de la representación de los socios en las juntas de las sociedades. A tal efecto distinguió entre un régimen general y básico, que se encontraba en el art. 86 de la PCSM, dentro de las disposiciones generales a todas las sociedades mercantiles y, en concreto, de las normas referidas a la junta de socios⁸. Además,

⁵ El criterio se ha ido modificando también en el Derecho italiano como consecuencia de la regulación del Derecho comunitario, de manera que estas limitaciones ya no existen tampoco en ese ordenamiento para las sociedades cotizadas. Vid. Art. 2372 del Codice civile italiano modificado por el D.L. de 27 de enero de 2010, n. 27.

⁶ Por su parte la LSRL de 1995 reguló la representación en la sociedad de responsabilidad limitada en los párrafos 2 y 3 del art. 49.

⁷ En el Derecho portugués se exige que se represente a cinco accionistas (art. 381, 1 del Código de sociedades portugués DL n° 262/86, de 2 de septiembre). Para el Derecho alemán vid. § 135 Aktiengesetz.

⁸ Se regulaba la representación de manera general para todas las sociedades mercantiles de forma muy sencilla y concreta dejando a las partes de la relación representativa la mayoría de las cuestiones atinentes

exclusivamente, para las sociedades cotizadas se establecía el régimen de la representación en la junta general mediante la solicitud pública de representación regulando de forma minuciosa el boletín (art. 400); los casos en los que era necesario acudir a dicho expediente (art. 401); las personas legitimadas para solicitar públicamente la representación (art. 402); la publicidad de la solicitud (art. 403) y los documentos necesarios para la misma (art. 404). Asimismo se establecían normas para el ejercicio del derecho de voto por miembro del consejo que hubiera formulado solicitud pública de representación (art. 405), los gastos de la tramitación de la solicitud (art. 406) y la necesidad de que la representación se otorgara con carácter especial para cada junta, salvo que el representante fuera una asociación de accionistas (art. 407). Por último, se recogía la representación parcial. En total diez artículos que conformaban la sección 3ª del capítulo I relativo a la junta de accionistas de las sociedades cotizadas. Dicha propuesta de Código de sociedades mercantiles no recibió el necesario apoyo para llegar a ser proyecto de ley y quedó definitivamente abandonada⁹.

Con posterioridad, la reforma de la LMV llevada a cabo por la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la LMV y la LSA con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, introdujo el Título X dedicado a las sociedades cotizadas en la norma reguladora de los mercados de capitales. En el artículo 114 LMV se incluye una cuestión que va a ser recurrente a la hora de controlar a los representantes en la junta de la sociedad: se trata de la situación de conflicto de intereses de aquellos que sean administradores de la sociedad y los que resulten representantes de los accionistas por haber formulado solicitud pública de representación.

El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que lleva a cabo la refundición de la LSA/1989 y LSRL, recoge las normas relativas a la representación de los socios en las juntas generales de la sociedad refiriéndose exclusivamente, a las sociedades de capital (como no podía ser de otra manera puesto que la labor del Gobierno era únicamente la de refundir los textos legales precedentes relativos a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada). La norma contiene una regulación general de la representación dentro del régimen de la junta general, dedicando el art. 183 a la representación voluntaria en la junta general de la sociedad de responsabilidad limitada, los art. 184, 186 y 187 ligados a la sociedad anónima y el art. 185 relativo a la revocación del poder de representación, de común aplicación a todas las sociedades de capital. Dentro de los preceptos que regulan el régimen de la sociedad anónima el art. 186 se alude a la solicitud pública de representación y su contenido remeda el art. Art. 107 de la LSA de 1989. Esto se completaba con el art. 514 LSC que reproducía, en los apartados 1 y 2, el art. 114, 1 de la LMV. Por otra parte, al art. 114 LMV se le había añadido un nº 4 por la Ley 19/2005, de 19 de noviembre, sobre la sociedad anónima

a la misma. Para ello se establecían reglas generales como son: el reconocimiento del derecho a hacerse representar si se tiene derecho de asistencia. Asimismo, la posibilidad de asistir por medio de las personas que conforman el círculo cercano al socio (cónyuge, ascendientes, descendientes, apoderado general y otras personas siempre que se autorizara expresamente en los estatutos). La tercera regla general era que si no constaba en documento público debía conferirse por escrito para cada junta.

⁹ ROJO, A. "Las sociedades mercantiles" en VV.AA. *Hacia un nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.) Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 133 estima que esta propuesta fracasó "por la eficaz oposición de quienes detentaban el poder económico".

europea domiciliada en España. Todo este contenido se refunde en el art. 514 LSC de manera que, en la primigenia versión de la LSC, es el único precepto que se refiere, y de una forma tangencial, a la representación en las sociedades cotizadas. En esta dicción del art. 514 LSC se regulaba el conflicto de intereses de forma indirecta. El título del precepto era “Ejercicio del derecho de voto por administrador en caso de solicitud pública de representación” por lo que se centraba en el derecho de voto del administrador de la sociedad o de aquél que actuara por su cuenta o interés. No se definía tampoco el conflicto de intereses pero se determinaban una serie de supuestos a título de ejemplo en los que se presumía *iuris et de iure* dicha situación. En estos casos se suprimía el ejercicio del derecho de voto, aunque si el administrador hubiera recibido instrucciones concretas de voto, esa prohibición no debería operar ¹⁰.

Pero no terminan aquí las vicisitudes legislativas de la representación del accionista en las sociedades cotizadas. La Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio sobre el ejercicio de determinados derechos de accionistas de sociedades cotizadas aborda también la actuación representativa en las sociedades de capital. Para llevar a cabo la adaptación se modifica el Capítulo VI (“Especialidades de la junta general de accionistas”) del Título XIV de la LSC que regula las sociedades cotizadas. De tal manera que lo que son solo tres artículos referidos al carácter obligatorio del reglamento de la junta general (art. 512), publicidad del reglamento (art. 513) y ejercicio del derecho de voto por administrador en caso de solicitud pública de representación (art. 514), se convierte en un total de quince preceptos en los que la representación goza de una subsección separada (2ª) titulada expresamente “Participación en la junta por medio de representante” y que ocupa los artículos 522 a 524.

En consecuencia, la LSC recoge el régimen de la representación en una doble ubicación. En primer lugar, las normas de la representación aplicables a los socios de las sociedades anónimas en general -que los encontramos en los art. 184 a 187 y que contiene el régimen de la solicitud pública de representación- y, por otra parte, los art. 522 a 524 -introducidos en la LSC por la ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la LSC y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE-, que establecen reglas especiales para la participación en la junta de sociedades cotizadas por medio de representante. En ellos se encuentra el régimen del conflicto de intereses y las relaciones entre el intermediario financiero y sus clientes a los efectos del ejercicio del voto. Esta es la regulación que tenemos en el momento presente en vigor.

El trabajo que se pretendía efectuar con esta aportación al libro homenaje era el estudio de la solicitud pública de representación tal como se había redactado en la propuesta de Código mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación publicada en julio de 2013 (en adelante, PCM), y que era la que se planteaba cuando los profesores que promovieron el homenaje se tenía. Entre esa fecha y el mes de junio de 2014, momento en el que se publica el

¹⁰ CURTO, M^a. M. “Comentario al artículo 514 de la Ley de Sociedades de Capital”, en VV.AA. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, ROJO-BELTRÁN, t.II, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor 2011, p. 3345-3347.

Anteproyecto de Código Mercantil (en lo sucesivo ACM), se introduce un cambio fundamental puesto que los art. 283-11 a 283-19 de la Propuesta desaparecen.

Nuevamente en este tema de la representación las soluciones son sorprendentes. La solicitud pública de la representación es una solución que, cual río Guadiana, aparece y desaparece ante la necesidad de arbitrar remedios que protejan al accionista y, en especial, al accionista de las sociedades cotizadas¹¹. Ante esta situación personalmente podía haberme planteado modificar mi aportación al libro homenaje. Sin embargo, no estimo que la supresión de la regulación de la solicitud pública de representación en el ACM se pueda considerar total, deseable, y, es más, que no pueda ser solucionable. Esta es la razón por la que mantengo el estudio que estimo que puede resultar de interés de *lege ferenda*, lo cual constituye el objetivo de esta magna obra colectiva. Modestamente creo que una obra como ésta puede servir para que, en lo que reste de trabajos legislativos anteriores a la promulgación del nuevo Código mercantil, se puedan sugerir soluciones que procuren mejorar la nueva norma.

2. LA SOLICITUD PÚBLICA DE REPRESENTACIÓN EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL DE MAYO DE 2013

La propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación fue entregada al Ministro de Justicia el 17 de junio de 2013 y publicada por el Ministerio de Justicia. De esta Propuesta hay dos versiones¹² pero en ambas la representación del socio recibe un tratamiento disperso en diferentes partes del Libro II dedicado a las sociedades mercantiles. No recoge una regulación en la teoría general de sociedades, a diferencia de lo que establecía el art. 86 del PCSM de 2002. La representación del socio la encontramos en las disposiciones comunes de las sociedades de capital (art. 231-61 derecho de representación; art. 231-62 instrucciones al representante y art. 231-63 conflicto de intereses); así como en las especialidades de la junta general para las sociedades limitadas (art. 232-28 titulado la representación voluntaria en la junta) y para las anónimas (art. 233-38 dedicado a la representación en la junta); y, por último, también para las sociedades cotizadas. En relación con estos tipos de sociedades anónimas es donde se regulaba con minuciosidad y detalle la solicitud pública de representación. Ocupaba la subsección 5ª del capítulo III del título VIII referido a las sociedades cotizadas. Se recogía en nueve artículos de los que el primero (art. 283-11 se refería a la representación del accionista en la junta general)

¹¹ Realmente resulta un tanto decepcionante que las sucesivas regulaciones de la representación han tenido siempre la misma finalidad de proteger al accionista frente a su apoderado y han utilizado mecanismos diversos cuyos resultados se antojan bastante estériles. En este sentido RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *La representación de los accionistas en la Junta General de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1990, p. 28 pone en boca de RUBIO, que defendió en la Cortes el Proyecto de Ley de 1951, que el establecimiento de requisitos o cautelas a la representación “pretendían dar certidumbre a la condición de apoderado e impedir la sustitución general de la voluntad del accionista por representaciones profesionales”.

¹² En este trabajo se ha manejado la segunda que contiene un prólogo elaborado por el Prof. Alberto Bercovitz, Presidente de la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

pero todos los restantes establecían el régimen de la solicitud de representación. La solicitud pública de representación quedaba configurada como una forma de atribuirse la representación especialmente pensada para las sociedades cotizadas y cuya operatividad debía ser controlada para que se primaran los intereses del representado o, al menos, estos intereses no quedaran pospuestos por el representante.

En este sentido la configuración, que coincidía casi en su totalidad con propuesta en la PCSM de 2002, se refería a los siguientes temas:

1. El formulario para la representación del accionista¹³. Se determinaba, como obligación específica de las sociedades cotizadas, la necesidad de formular un modelo de solicitud pública de representación a la cual se le debe otorgar publicidad mediante la página web. Además, se remitía a la regulación reglamentaria el que los diversos formularios de las sociedades cotizadas fueran homogéneos. Esta era la verdadera novedad contenida en la norma propuesta puesto que estos formularios están utilizándose en la práctica societaria y, efectivamente, se puede conocer su contenido mediante la página web de la sociedad cotizada¹⁴. Página *web* que es obligatoria desde la reforma de la LSC de 2012¹⁵. Además tenemos que tener en cuenta que esta previsión aparece consolidada en el art. 518 de la LSC dentro de las normas de información general previas a la junta en las sociedades cotizadas. Esta norma se introdujo con la reforma de la LSC por la Ley 25/2011. Por consiguiente, en este punto la propuesta recogida en la PCM no presentaba especiales novedades, sino que quedaba únicamente apuntada la necesidad de uniformidad en la manera de formular la solicitud pública de representación que debía establecerse mediante normas reglamentarias. Éstas podrán generarse aunque no exista el mandato legal y podrán producir este efecto de homogeneizar el contenido. Por otra parte, hay que estimar que el formulario es una forma de llevar a cabo la oferta contractual en virtud de la cual se constituye la relación

¹³ El art. Artículo 283-12 establecía:

1. *Las sociedades cotizadas dispondrán de un formulario para la representación de sus accionistas, que se insertará en su página web junto con el anuncio de convocatoria de junta general.*

2. *Reglamentariamente se establecerán las condiciones que aseguren la homogeneidad de los formularios.*

¹⁴Vid., v.gr.

http://www.santander.com/csgs/StaticBS?ssbinary=true&blobkey=id&SSURIsscontext=Satellite+Server&blobcol=urldata&SSURIsession=false&blobheadervalue1=application%2Fpdf&blobwhere=1278702371881&blobheadervalue2=inline%3Bfilename%3D507%5C211%5CJGE_Tarjeta_4-OD_7_ESP_version_4_web_Accesible.pdf&blobheadervalue3=santander.wc.CFWCSancomQP01&SSURlappitype=BlobServer&blobtable=MungoBlobs&SSURlcontainer=Default&blobheadername1=content-type&blobheadername2=Content-Disposition&blobheadername3=appID#satellitefragment en http://www.santander.com/csgs/Satellite/CFWCSancomQP01/es_ES/Corporativo/Accionistas/Espana/Junta-general-de-accionistas.html, (consultado por última vez el 21 de diciembre de 2014); o <http://www.inditex.com/documents/10279/145239/16+TARJETA+DE+DELEGACION+Y+VOTO+A+DISTANCIA.pdf/fddd4c76-3762-4aeb-b4d1-311babeff11b> en http://www.inditex.com/es/investors/corporate_governance/annual_general_meeting (consultado por última vez el 21 de diciembre de 2014).

¹⁵ El art. 11 bis de la LSC se introdujo tras la reforma de la LSC efectuada mediante la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de sociedades de capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de julio sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, pero la redacción actual se produjo tras la modificación llevada a cabo por el art. 1.1. del Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo.

representativa que, al tratarse de una relación jurídico privada, no hay que estimar que sea imprescindible que todas las sociedades utilicen un mismo formato.

2. Las normas sobre la solicitud pública de representación las recogía el art. 283-13 de la PCM de 2013¹⁶ en el que se indicaba:

Artículo 283-13. Solicitud pública de representación

1. Las normas sobre solicitud pública de representación serán de aplicación en los siguientes casos:

- a) Cuando una persona natural o jurídica solicite de la totalidad o de parte de los accionistas que le confieran su representación para asistir a una junta determinada o, en el caso de las asociaciones de accionistas, para asistir a todas las juntas que se celebren a partir del momento de la solicitud.
- b) Cuando una persona natural o jurídica concurra a la junta como representante de más de diez accionistas que ostenten más del uno por mil del capital social, aunque no haya formulado solicitud pública de representación.

2. No serán de aplicación las normas sobre solicitud pública de representación en los siguientes casos:

- a) Cuando el representante sea cónyuge, ascendiente o descendiente de los accionistas representados.
- b) Cuando el representante sea la persona determinada en pacto parasocial estipulado por los accionistas representados o haya sido elegida conforme a las reglas establecidas en él, siempre que el documento en el que conste el pacto hubiera sido depositado en el Registro mercantil en el que la sociedad esté inscrita.

Encontramos una regulación de la solicitud pública de representación más adecuada que la contenida en el actualmente en vigor art. 186 de la LSC. Configura el control del sistema de la solicitud pública *a priori* pero también *a posteriori*. En primer lugar, porque es una solicitud verdaderamente pública que se hace imprescindible si se trata de una persona que solicita a la totalidad o parte de los accionistas la representación o cuando sea una asociación de accionistas que lo pida para actuar de forma permanente como representante. Si bien es verdad que no se especifica qué parte de los accionistas es a los que se pide la representación, y quizá sería conveniente establecer algún tipo de referencia numérica o porcentual, la finalidad es que sea una parte relevante del accionariado. Lo mismo ocurre con las asociaciones de accionistas para los que puede ser útil tener concedida la representación de manera continuada. Es una ventaja, tanto para la asociación, que no tiene que efectuar constantes gastos para solicitar la representación para cada junta, como para los accionistas asociados que podrán verse representados en tanto no la revoquen. Esto significaría también para ellos un ahorro de costes y, especialmente, un ahorro de pre-ocupaciones al no tener que estar pendientes de cuantos requerimientos se les efectuaran al respecto cada vez que la asociación tuviera que actuar en defensa de los asociados¹⁷. Esta forma de funcionamiento se

¹⁶ Este precepto provenía de la PCSM de 2002 con cuyo texto coincidía salvo en aspectos formales como la forma de determinar la numeración de los párrafos.

¹⁷ Podríamos estimar que es algo semejante a la obligación que asumen las compañías aseguradoras frente a los asegurados. Una de las funciones del contrato de seguro ha sido desde siempre que el asegurado se “sienta seguro” ante la posible contingencia de un riesgo. Los accionistas buscan en las asociaciones una

considera adecuada para la operativa de este tipo de asociaciones sin que en el momento presente podamos entender que quedan relevados de solicitar en cada ocasión la solicitud pública de representación¹⁸.

Pero aparece también una manifestación *a posteriori*. Cuando ya en la junta una persona natural o jurídica represente a más de 10 accionistas que ostenten más del uno por mil del capital social. En este caso hay una suerte de presunción de existencia de solicitud pública independientemente de que se haya o no formulado. El primero de los criterios es numérico, igual que el que se contiene actualmente en la LSC, pero el incremento es considerable. Se pasa de 3 a 10 lo cual nos da idea de que efectivamente se está actuando por lo que puede ser un número importante de socios. Pero todavía se me antoja más relevante el segundo de los criterios cuantitativos fijados, puesto que representar al 1 por mil del capital social en una sociedad cotizada es una cifra reveladora de que se ostenta un porcentaje de acciones que, si no decisivo, puede empezar a influir en los acuerdos de la junta general¹⁹.

A continuación, se excluye la aplicación de este régimen legal de la solicitud pública cuando el representante entre dentro del círculo personal del representado o cuando provenga de un pacto parasocial convenientemente publicado. Por consiguiente, se elimina la necesidad de aplicación si no hay peligro para los intereses del representado.

3. La legitimación para solicitar la representación se encontraba en el Artículo 283-14²⁰ que indicaba:

Legitimación para la solicitud pública de representación

1. Sólo están legitimadas para formular solicitud pública de representación de los accionistas de las sociedades cotizadas las siguientes personas:

- a) Los accionistas que ostenten individual o conjuntamente, al menos, el uno por ciento del capital social con derecho de voto.
- b) Las asociaciones inscritas en el registro especial de asociaciones de accionistas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En este caso, la representación podrá extenderse a todas las juntas que se celebren a partir del momento de la solicitud pública y se extinguirá por revocación y por la transmisión de las acciones.
- c) Cualquier miembro no ejecutivo del consejo de administración. En ningún caso podrá formular solicitud pública de representación el propio consejo de administración.

defensa eficaz de sus intereses que no podrán lograr de manera aislada y para ello otorgar esa actuación representativa resulta conveniente por medio de apoderamientos permanentes.

¹⁸ Para el estudio de este tipo de asociaciones vid. HERNÁNDEZ SAINZ, E. “Las asociaciones y los foros de accionistas como instrumento para la reagrupación y organización del accionariado disperso” en VV.AA. *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, t. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 363-411.

¹⁹ Este mismo porcentaje es el que se ha acogido en las sociedades cotizadas para poder impugnar los acuerdos sociales de la junta general, conforme a los art. 206, 1, y del consejo de administración (art. 251 LSC) tras la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo. Vid. Art. 29 por el que se modifica el apartado 2 del art. 495 de la LSC.

²⁰ También en este punto la PCM se inspiraba en la PCSM de 2002 en la que solo se distinguía en la referencia al miembro no ejecutivo. Figura que no era necesaria en el año 2002 por el tratamiento deontológico del Gobierno Corporativo. Antes de la elaboración de la propuesta de Código de Sociedades Mercantiles solo se había publicado en Informe Olivencia (1998) que distinguía la figura de los consejeros no ejecutivos, pero su operatividad era de mera recomendación.

2. La solicitud pública de representación no podrá efectuarse a favor, ni por cuenta o en interés de persona distinta de quien la formule.

Este precepto contiene una previsión importante puesto que fija quiénes son los que pueden llevar a cabo esta solicitud pública de representación. La modificación frente al régimen recogido en el art. 186 LSC es evidente. Mientras que la LSC establece un presupuesto subjetivo de la solicitud pública de representación determinando expresamente qué sujetos deben solicitarla (administradores, entidades de crédito, entidades depositarias de los valores, miembros del consejo de control de una sociedad anónima europea domiciliada en España con sistema dual) la norma propuesta restringe la legitimación al consejo (solo los miembros no ejecutivos del consejo de administración, prohibiéndose expresamente que la formule el propio consejo que es lo habitual en la práctica societaria). Pero a la vez establece una legitimación amplia: a partir de accionistas que tengan una cierta representatividad (el 1% del capital social con derecho a voto) legitima a todo aquel que pueda estar interesado en tener la representación cualquiera que sea la finalidad que pretenda (tomar el control de la sociedad o cualquier otra) y las asociaciones de accionistas debidamente inscritas en el registro de la CNMV²¹.

Además, y es la cuestión que estimo de mayor importancia, elimina la posibilidad de que la solicitud se formule para otro, lo cual es un peligro que existe todavía en el régimen actual. El art. 186 LSC exige que se den los requisitos de la solicitud pública aunque la representación no sea a favor del solicitante (se indica que puede ser “para sí o para otro”) y eso se puede considerar una garantía *a fortiori* pero en la práctica lo que suele ocurrir es que queda en una indefinición de manera que el accionista ignora a quién efectivamente está otorgando la representación. Estimo muy adecuada la previsión expresa de que quede determinado que solo se otorga la facultad de actuar como representante a aquél que lo ha solicitado públicamente.

4. Conflicto de intereses de representantes quedaba establecida en el art. 283-15. Este precepto con un contenido prácticamente idéntico se ha mantenido en el ACM²².

5. La publicidad de la solicitud pública de representación: el art. 283-16. Este precepto establecía la posibilidad de que esta solicitud pública se efectuara llevando a cabo cualquier medio de publicidad para que fueran los accionistas los que enviaran los datos a fin de poderles remitir el boletín de representación. Esta forma de actuar se inspira en la práctica norteamericana de solicitud pública en la que ya desde los años setenta del siglo XX se solía efectuar publicidad para conseguir la representación de los accionistas con los costes añadidos que esto significaba para el solicitante. Este tema no es preciso que tenga una regulación específica puesto que la publicidad que el solicitante efectúe será un tipo de publicidad de las sometidas a las normas de publicidad cuyas reglas tendrán que ser observadas y, en su caso, de competencia desleal o incluso de protección de los consumidores. Asimismo, aunque no se indique

²¹ Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo, se les exige también la inscripción en el Registro mercantil (art. 539, 4 de la LSC).

²² En el ACM es el art. 283-11.

expresamente deberán cumplirse las normas relativas a la protección de datos. En todo caso debe quedar claro que no es una oferta contractual de la representación sino una simple llamada a los posibles interesados²³ en ser representados y la verdadera oferta sería el boletín de representación.

6. Documentos relativos a la solicitud y a la representación. Se regulaba en el art. 283-17²⁴

1. La solicitud pública de representación deberá efectuarse remitiendo a cada uno de sus destinatarios el formulario de representación, en blanco, y un folleto explicativo de la identidad del solicitante, con expresión de la legitimación que ostente, y de los motivos y la finalidad de la solicitud. Si el que formula la solicitud fuera un miembro independiente del consejo de administración, deberá expresar, además, en el folleto si el solicitante se encuentra en situación de conflicto de intereses en relación con alguno de los puntos incluidos en el orden del día de la junta general de accionistas.
2. El documento en el que conste la representación, además del contenido establecido por la ley, deberá expresar el nombre del representante, y estar firmado por el representado, con expresión de la fecha.
3. El contenido del folleto se determinará por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Estas cuestiones podemos estimarlas más de orden reglamentario y posiblemente podría quedar relevada de una norma legal para pasar a desarrollarse por una norma de inferior rango legal. Tarea que tal vez podría encomendarse a la CNMV o el órgano de supervisión correspondiente cuya denominación genérica estimo adecuada dado lo relativamente frecuente que estos organismos mutan de nombre.

7. El art. 283-18 se refería a los gastos de la solicitud pública de representación²⁵. Esta es otra de las cuestiones que frecuentemente se planteaba en la práctica norteamericana y que el prelegislador quiso dar solución. También es otro de los temas suprimidos y sin embargo no hay que estimarlo baladí, especialmente como forma de conseguir que la solicitud pública de representación pueda servir como forma de control de los órganos de gestión de las sociedades. Asumir estos costes puede ser interesante si se sabe que se pueden restañar los gastos causados. Tal vez no merecerá la pena asumir la representación con todos los gastos que pueden conllevar si no se tiene la seguridad de ganar. Pues bien, todavía resultará una técnica menos interesante si, incluso obteniendo el resultado favorable en la junta, no va a poder resarcirse de los mismos. Este es un tema complejo porque será la sociedad la que deberá asumir unos costes que en puridad corresponden a los representados. Por ello había que buscar un sistema que permitiese aunar las utilidades de todos los interesados. En este sentido el art. 283-18 dejaba a la previsión estatutaria el que se pudiera establecer que los gastos de la solicitud pública de representación fueran reembolsables por la sociedad cuando concurrieran las dos siguientes circunstancias: a) Cuando los votos emitidos por el

²³ Ni tan siquiera la podemos estimar como una *invitatio ad offerendum*, porque el hecho de que el potencial representado manifieste que desea que se le remita el boletín no lo podemos considerar como una oferta contractual por su parte, sino, en este caso sí, como una simple *invitatio ad offerendum*.

²⁴ También esta cuestión se abordaba en la PCSM de 2002 en su art. 404 con un contenido muy semejante.

²⁵ Al igual que ocurre con los anteriores estaba regulado en el art. 406 de la PCSM de 2002, incluso con una redacción mejor, puesto que la enumeración se efectuaba por medio de números árabes lo cual es más adecuado cuando se contiene una lista de supuestos.

representante o, al menos, la mayor parte de ellos hubieran coincidido con el voto de la mayoría y b) Cuando, como consecuencia de esa mayoría, se hubiera adoptado un acuerdo válido por la junta general de accionistas. El sistema previsto era adecuado porque quedaba al arbitrio de la propia sociedad que debía establecerlo en sus estatutos y las dos circunstancias previstas eran objetivas. No dependían de un juicio de valor formulado por ninguno de los órganos de la sociedad.

3. LA INCIDENCIA DE LA LEY DE REFORMA DE LA LSC PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

La reforma de la LSC llevada a cabo por la Ley 31/2014, de diciembre, por la que se modifica la Ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo²⁶ no ha tenido incidencia directa en el régimen de la solicitud pública de representación. De las normas modificadas solo se refiere a la representación la nueva redacción que se otorga al art. 524 atinente a la delegación de la representación y ejercicio del voto por parte de entidades intermediarias. Dicha modificación había sido reiteradamente solicitada por la doctrina que había interpretado el antiguo precepto y que entendía que el contenido del art. 524 LSC incluido en la LSC tras la adaptación al Derecho comunitario había sido fruto de una errónea traducción al español de la Directiva comunitaria 36/2007²⁷. La referencia que el citado art. 524 en su versión de 2011 hacía a las entidades intermedias que actúen *en nombre* de su cliente, no aportaba nada a la regulación de la relación representativa mientras que la especial situación del intermediario financiero, legitimado como accionista pero que actuaba *en interés* del inversor se debía contemplar como una representación indirecta²⁸. Posibilidad ésta de dudoso encaje en nuestro ordenamiento societario²⁹ que contemplaba la representación del accionista siempre como una representación directa. La redacción establecida tras la reforma de la LSC de 2014 centra adecuadamente la figura. Se refiere a las situaciones, especialmente en los supuestos de inversores extranjeros, en las que existen cadenas de intermediarios y permite que “las entidades que aparezcan legitimadas como accionistas en virtud del registro contable de las acciones pero actúen *por cuenta* de diversas personas, podrán en todo caso fraccionar el voto y ejercitarlo en sentido divergente en cumplimiento de voto diferentes, si así las hubieran recibido” (la cursiva es personal). El reconocimiento de que estos “formalmente” accionistas están representando los intereses de los verdaderos inversores que carecen de legitimación para actuar en la

²⁶ Publicada en el BOE de 4 de diciembre de 2014 y cuya entrada en vigor se produjo el día de Nochebuena de 2014 según su Disposición final cuarta.

²⁷ Vid. Por todos MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M^a T. “La directiva sobre el ejercicio de los derechos de los accionistas en la junta general de las sociedades cotizadas, y su impacto sobre el Derecho español” *RdS* año 2007-2 nº 29, p. 77.

²⁸ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. “Junta general y derechos del socio en las recomendaciones del Código unificado a las sociedades cotizadas” en VV.AA. *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, t. II, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007, p. 1115.

²⁹ RONCERO SÁNCHEZ, A. *La representación del accionista en la junta general de la sociedad anónima*, MCGRAW-HILL, Madrid, 1996, p. 84.

junta como tales accionistas, hace que se trate de una situación especial en la que se permita expresamente el voto divergente y el fraccionamiento de voto e incluso la denominada “delegación inversa” puesto que la propia entidad es la que puede delegar en los verdaderos inversores o en los terceros designados por éstos. De esta manera afloran a la junta general de las sociedades cotizadas los verdaderos interesados y arriesgados en la marcha de la sociedad.

La modificación de la LSC operada por la Ley 31/2014 tiene su inspiración en la labor llevada a cabo por los expertos designados por el Gobierno para mejora de la *Corporate Governance*. De manera prácticamente coetánea a la presentación por parte de la Sección de Derecho Mercantil de la PCM el 17 de junio de 2013, el Gobierno de la Nación, encomendó a un grupo de expertos el estudio de la situación del Gobierno Corporativo en las sociedades mercantiles con la finalidad de modernizar la regulación y adaptarla a la grave situación de crisis financiera. La Orden ECC/895/2013 crea esa Comisión de Expertos para que en el plazo de cuatro meses remita al Gobierno, a través del Ministerio de Economía y Competitividad, “un estudio en el que se analice el marco actual existente en España y se propongan cuantas medidas permitan mejorarlo, valorando, en particular, la potenciación del papel de las Juntas de accionistas en el control de las políticas de retribución de los órganos de gestión y alta dirección de la sociedad, así como la posibilidad de elaborar un Código de Buenas Prácticas para las sociedades no cotizadas”.

Por resolución de 21 de mayo de la Secretaría de Estado de Economía se nombraron los expertos, que se reunieron por primera vez el 31 de mayo y empezaron a trabajar a partir de mitad del mes de junio. Como ha quedado indicado en esas fechas se procede por parte del Presidente de la Sección de Derecho Mercantil a presentar al Ministro de Justicia la PCM. Ante esta coincidencia de textos que regulaban la materia de las sociedades cotizadas la Comisión de Expertos, a la hora de enumerar los trabajos y documentación de referencia, expresa que ha tenido en cuenta la Propuesta de Código Mercantil que “*revisa y actualiza el derecho societario y la regulación específica de las sociedades anónimas cotizadas*”. Se muestra partidaria de un régimen legal diferenciado para este tipo de sociedades anónimas y explica que

ha analizado y tomado en consideración las novedades de la Propuesta de Código Mercantil (en adelante, PCM) para mejorar la eficacia y la gestión de las sociedades cotizadas, lo que en distintas ocasiones la ha obligado también a reflexionar sobre el régimen general de las sociedades de capital.

Sin embargo, en punto a las modificaciones en materia de junta general y derechos de los accionistas consideraron que:

La legislación española ha sido objeto de una profunda y reciente reforma para su adaptación a la normativa comunitaria en esta materia. Hacemos especial referencia a las modificaciones que en la LSC ha introducido la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de

sociedades cotizadas, completada por la Ley 1/2012, de 22 de junio, en cuanto al funcionamiento de la página web.

Con carácter general y, salvo lo indicado en este documento, dichas reformas le merecen a la Comisión de Expertos una valoración positiva y no requieren de reformas adicionales

En consecuencia, la voluntad era la de no modificar la materia de la representación salvo en el punto indicado del art. 524. Esto significaba que la solicitud pública de representación no debía ser tampoco modificada y debía permanecer regulada tal como se encuentra en el Derecho actualmente en vigor en las normas generales de la representación en las juntas generales de las sociedades de capital³⁰.

La Ley 31/2014 no afecta a la solicitud pública de representación que permanece regulada en nuestro Derecho tal como se encontraba en la LSC, art. 186, y cuyo texto coincidía sustancialmente con el art. 107 de la LSA/1989 que la había introducido en el Derecho español. Con sus defectos y sus virtudes el régimen de la solicitud pública permanece invariable. Uno de los defectos de esta regulación es justamente el encaje con las normas relativas a la representación en las sociedades cotizadas. He de manifestar que considero más adecuada la configuración de la solicitud pública de representación como una solución concreta de la actuación representativa de las sociedades cotizadas por lo que siempre será una mejora que su ubicación se encuentre en las sociedades a las que necesariamente debe aplicarse. La colocación en las normas generales puede hacer pensar que es una institución aplicable en todo tipo de sociedades anónimas³¹ lo cual no parece lo muy aconsejable. Se trata de una institución que busca soluciones específicas para la representación en las sociedades cotizadas, que hacen llamamiento público al ahorro y en la que se deben adoptar especiales medidas porque el accionista/inversor puede resultar indefenso ante la utilización de sus votos, aunque no sea de forma torticera, para defender otros intereses que no sean los propios. Esta situación no tiene por qué producirse en sociedades anónimas más cerradas, aunque se haya elegido la forma de anónima, en la que la adquisición de la condición de socio no se pueda efectuar en el mercado de valores y goce, por consiguiente, de mayor control de los miembros de la sociedad³². En estos casos la actuación del representante debe ser

³⁰ En palabras de PIÑEL LÓPEZ, uno de miembros de la citada Comisión de Expertos, que además, también formó parte de la Ponencia de Coordinación del Código Mercantil “otra discrepancia se produce en materia de representación y delegación de votos en las sociedades cotizadas, en la cual la PCM introdujo modificaciones muy exigentes en los art. 283-11 a 283-19 especialmente en materia de solicitud pública de representación. La Comisión de expertos recuerda que la repetida Ley 25/2011 ha modificado, de conformidad con la Directiva europea, la regulación de esta materia, que la Comisión consideró adecuada y que no debe modificarse en un plazo tan breve”. Vid. PIÑEL LÓPEZ, E. “Incidencia del proyecto de Ley de Gobierno Corporativo”, en VV.AA. *Hacia un nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 241.

³¹ Como así se ha interpretado por la jurisprudencia, Vid. STS 6 de julio de 2005 RJ 2005/9538, 6 de junio de 2007 RJ 2007/5297.

³² Hay que indicar que este número de sociedades es decreciente en el panorama empresarial español puesto que la mayoría de las sociedades que se constituyen (90.373 en 2013) son sociedades de responsabilidad limitada frente a 550, y la situación de las anónimas cerradas suele ser transitoria hasta que se produce su salida a Bolsa.

<http://www.rmc.es/documentacion/publico/ContenedorDocumentoPublico.aspx?arch=Estadisticas\ESTADISTICAS-2013.pdf>.

controlada por el representado en virtud de la relación interna entre las partes que excede del Derecho de sociedades.

4. LA AUSENCIA DE REFERENCIA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

Llegamos al texto del ACM de 2014 publicado en la página web del Ministerio de Justicia. El tema de la representación aflora en muchas partes del Libro II dedicado a las Sociedades Mercantiles. Nuevamente la dispersión normativa entorpece la visión conjunta de la representación del socio en las juntas generales de las sociedades. Se suprime un régimen general de la representación en toda sociedad mercantil. No tenemos un precepto semejante al art. 86 de la PCSM de 2002, de lo que parece colegirse que en las sociedades personalistas el socio no puede actuar mediante representante lo cual es inexacto (una cosa es que existan pocas sociedades personalistas en la práctica y otra distinta que no pueda operar la relación representativa). Dentro de las disposiciones comunes de las sociedades de capital se regula el derecho de representación (art. 231-66³³); las instrucciones del representante (art. 231-67³⁴) y el conflicto de intereses (art. 231-68³⁵).

Además, la representación en las juntas de las sociedades anónimas se recoge como una de las especialidades de la junta general en este tipo societario y se determinan una serie de peculiaridades que se aplicarán a los accionistas³⁶.

³³ En el PCM la numeración era art. 231-61. Pero el contenido era idéntico “1. Los socios con derecho de asistencia tendrán derecho a estar representados en los términos previstos en este Código. 2. Salvo indicación expresa en contrario, la representación conferida se extiende a todos los asuntos incluidos en el orden del día de la junta y a aquellos otros que puedan ser tratados en ella por así permitirlo la ley. 3. Si la representación no constare en escritura pública, deberá conferirse por escrito para cada junta. 4. La representación es siempre revocable. La asistencia personal a la junta del representado tendrá valor de revocación. 5. El representante no podrá hacerse sustituir por un tercero en la representación otorgada, sin autorización expresa del representado. Queda a salvo el ejercicio de la representación otorgada a una persona jurídica a través de un miembro de sus órganos de administración o gestión o de uno de sus empleado”.

³⁴ En el PCM la numeración era art. 231-62 tampoco este precepto ha tenido variación entre la Propuesta de 2013 y el Anteproyecto de 2014. Indica el artículo “1. El representante actuará en interés del representado, votando conforme a sus instrucciones, proporcionándole la información necesaria y observando la debida lealtad en caso de conflicto de interés. 2. Si con posterioridad al envío de las instrucciones se produjese una alteración de las circunstancias que pudiese perjudicar los intereses del representado, el representante estará obligado a solicitar nuevas instrucciones. De no resultar posible solicitarlas o de no recibirlas, el representante podrá votar en sentido distinto a las anteriormente cursadas, pero deberá informar inmediatamente al representado, por medio de escrito en que explique las razones del voto. 3. A falta de instrucciones, el representante actuará de la forma que considere más adecuada a los intereses del representado”.

³⁵ En el PCM la numeración era art. 231-63. Este precepto ha sufrido modificaciones no solo de numeración sino de contenido. Este artículo se refiere a los conflictos de intereses entre el socio y la sociedad, no a la situación de conflicto entre representante y representado, con lo que hay que estimar que el ACM lo ha desubicado. La redacción del artículo en el PCM, sí que se refería al voto mediante representante, aunque el supuesto de prohibición era para abstenerse de votar si los intereses propios chocaban con los sociales. La regulación que se recogía era más adecuada al propósito de la norma que la que encontramos en el texto propuesto como Anteproyecto.

³⁶ El contenido de este régimen especial aplicable a las sociedades anónimas lo encontramos en el Artículo 233-37. *Representación en la junta general.*

Pero también en materia de sociedades cotizadas (Título VIII del Libro II) los art. 283-10 a 283-16 se dedican expresamente a “De las especialidades en materia de participación en la junta por medio de representante”, ocupando la subsección (5ª) dentro del Capítulo III que lleva como título “De las especialidades en materia de órganos sociales” y que, a su vez tiene una Sección 1ª relativa a la junta general de accionistas. En esa regulación dedicada a las sociedades cotizadas las cuestiones han quedado reducidas a cuatro puntos:

1. Una norma relativa a la representación del accionista en la junta general (art. 283-10) Precepto que coincide con el art. 522 de la LSC actualmente en vigor. Sin embargo, la desaparición de la solicitud pública de representación produce el efecto de permitir que el representante actúe por varios representados sin limitación alguna puesto que se admite que “el representante podrá tener la representación de más de un accionista sin limitación en cuanto al número de accionistas representados”. El art. 186 de la LSC en el que se presume la necesidad de solicitud pública de representación cuando se representa a más de tres socios en la junta general sirve, actualmente, de límite a la posibilidad de actuar como representante sin límite. Si el establecimiento del principio de libertad de actuación como representante se admite de forma general, y no tenemos solicitud pública de representación, el régimen se modifica sustancialmente, lo cual nos lleva a una ley del péndulo quizá excesiva.

2. La regulación del conflicto de intereses (art. 283-11). En este artículo se acoge el sistema de regulación que ya existe en el art. 523 de la LSC.

3. Las relaciones entre el intermediario financiero y sus clientes a los efectos del ejercicio de voto (art. 283-12). Este artículo coincide con el art. 524 de la LSC anterior a la reforma de la Ley 31/2014 y es la novedad frente al contenido en la PCM. Se mantiene la referencia al intermediario financiero profesional y se regula de manera específica la situación en la que el representante es un profesional. La ausencia de solicitud pública de representación significará que no deberá solicitarla específicamente,

“1. Todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la junta general por medio de cualquier persona, física o jurídica. Los estatutos podrán exigir que el representante sea accionista. Si el accionista posee acciones de una misma sociedad en más de una cartera de valores, podrá nombrar distintos representantes, que podrán votar en forma diversa, para cada una de ellas en la misma junta.

2. El representante podrá tener la representación de más de un accionista sin limitación en cuanto al número de accionistas representados. Cuando un representante tenga representaciones de varios accionistas, podrá emitir votos de signo distinto en función de las instrucciones recibidas por cada accionista.

3. El representante emitirá los votos de acuerdo con las instrucciones del accionista al que representa, debiendo conservarlas durante el mes siguiente a la celebración de la junta. Así mismo confirmará, previa petición, que las ha cumplido. Si hubiera votado en sentido distinto, informará de inmediato y por escrito al representado, motivando suficientemente su voto. En todo caso, el número de acciones representadas se computará para la válida constitución de la junta.

En el PCM este tema se encontraba en el Artículo 233-38. *Representación en la junta general* cuyos nº 1 y 2 presentaban un texto idéntico. Pero añadía un nº 4 en el que se indicaba:

“4. La representación podrá conferirse exclusivamente para votar algunos de los asuntos indicados en el orden del día. En los asuntos para los que no se hubiese conferido representación, se entenderá que los titulares de esas acciones se abstienen de participar en la votación”. Esta suerte de posibilidad de “voto divergente” para el representante (no podemos considerarlo estrictamente tal porque no es que por unas mismas acciones se vote de manera distinta sino en asuntos distintos) ha sido suprimido.

podrá votar en sentido diferente si ha recibido instrucciones en ese sentido, podrá delegar el voto a aquella persona que el cliente le haya permitido y deberá cumplir la obligación de informar a la sociedad emisora la identidad del cliente, el número de acciones que representa y las instrucciones recibidas. Este profesional será el que tendrá limitaciones en su forma de actuación.

4. La delegación de la representación y ejercicio del voto por parte de entidades intermediarias (art. 283-13). Aquí se recoge el régimen de los intermediarios financieros que aparecen formalmente como accionistas aunque realmente los propietarios inversores son sus clientes. El precepto está redactado de la misma manera que se regula el art. 524 de la LSC tras la modificación producida por la Ley 31/2014 al que hemos hecho referencia anteriormente.

La supresión del régimen de la solicitud pública de representación, al eliminarse los preceptos referidos a la representación en la sociedad cotizada excepto en estos puntos mencionados, significa que deja de haber una correspondencia entre el Derecho actualmente en vigor, que la Ley 31/2014 no ha modificado y la Comisión de expertos en su informe de 2013 no tenía voluntad de modificar, y la regulación que ha llegado a la PCM. Con la eliminación de esos preceptos se ha suprimido el sustrato que les otorgaba sentido: la propia institución de la solicitud pública de representación. PIÑEL LÓPEZ³⁷, uno de los pocos miembros que intervino en ambos grupos de personas que han redactado las normas relativas a sociedades cotizadas puesto que fue miembro de la citada Comisión de Expertos y de la Ponencia de Coordinación del Código Mercantil, indica que los motivos por los cuales se rechazaron algunos de los aspectos de la PCM fueron

considerar que la propuesta de Código ha ido demasiado lejos en la conversión de recomendaciones de buen gobierno en normas vinculantes, estimando que el principio de <<comply or explain>> tiene que seguir el criterio básico en materia de buen gobierno para dar a las sociedades la flexibilidad precisa a fin de acomodar la organización a sus necesidades, eso sí, con la debida explicación

y por otra parte y esa es la razón que parece esgrimirse en punto a la representación del accionista que

si se han tomado medidas recientes, como muchas de las contenidas en las leyes 25/11 y 1/2012, cuyo efecto todavía no está consagrado, no se deben introducir normas más exigentes que compliquen la vida de las sociedades cotizadas

La falta de coordinación ha resultado evidente puesto que, en el caso de que el ACM llegara a ser ley tal como está redactado en el momento presente, no solo es que careceríamos de normas exigentes que compliquen la vida de las sociedades cotizadas sino que nos encontraríamos con un vacío en cuanto a esta institución que dejaría de estar regulada y ello generaría una perplejidad a las sociedades cotizadas acerca de si deben observarse reglas semejantes, en buena medida recogidas en sus propias

³⁷ PIÑEL LÓPEZ, E. *Incidencia del proyecto de Ley de Gobierno Corporativo*, op. cit., p. 239.

normativas de ámbito interno tales como el reglamento de las juntas generales, y deben <<comply or explain>> o pueden omitirlas sin dificultad al dejar de ser una norma imperativa.

Cualquiera que sea la razón que haya llevado a los redactores a adaptar las normas contenidas en el ACM³⁸ a las exigencias de la Ley que regula nuevamente el Gobierno Corporativo de las sociedades cotizadas y que temporalmente ha llegado a ser norma legal antes que el ACM, hay que pensar que este “olvido”³⁹ del pre-legislador hay que subsanarlo incluso si se quieren mantener las pautas indicadas por la Comisión de Expertos tantas veces mencionada de que la representación en las sociedades cotizadas no debe ser cambiada en la actualidad.

5. CONSECUENCIAS TEÓRICAS Y PRÁCTICAS

Este estudio por su extensión y por el tipo de aportación que se espera no puede significar una propuesta completa de regulación de la solicitud pública de representación. Sin embargo es preciso efectuar una valoración de la situación tal como quedaría si esta omisión de la institución continuara en el momento en que el ACM pasara a ser ley. La consideración de *lege ferenda* se puede efectuar a dos niveles. En primer lugar, si debe incluirse en el ACM nuevamente la solicitud pública de representación. Y, segundo nivel, si una vez incorporada hay determinadas cuestiones que deberían ser modificadas en consonancia con el sistema pensado por la Comisión General de Codificación.

En cuanto a la primera de las cuestiones la respuesta debe ser positiva. Desde el punto de vista práctico la omisión implicaría que las sociedades cotizadas que no lo tuvieran incluido en sus reglamentos de la junta general podrían prescindir de efectuar dichas ofertas de representación. Esto no significa que desaparecería esta técnica de captación de voto sino que podría efectuarse libremente por parte de todos los sujetos interesados en llevarlo a cabo (administradores, depositarios, intermediarios financieros, *proxy*, etc.) y sin ningún tipo de control, pero seguiría realizándose. Además, la LSC tras la reforma de 2014 sigue estableciendo el sistema de protección del accionistas partiendo de la existencia de la solicitud pública de representación. Por ejemplo, a la hora de regular las asociaciones de accionistas a las que se les reconoce específicamente la facultad de ejercer la representación de los accionistas en las juntas de las sociedades cotizadas, debiendo defender los intereses de sus representados y evitando la situación de conflicto de intereses. Esta posibilidad se encuentra recogida en el art. 59 de la Ley

³⁸ No parece que hayan resultado excesivamente fluidas las relaciones entre ambas Comisiones redactoras ni ambos Ministerios (Justicia y Economía y Competitividad) a la hora de conjugar las normas y los intereses en juego en la formulación de las normas sobre sociedades cotizadas en el momento en el que se estaban redactando las mismas. En este sentido vid. ROJO, A. “Las sociedades mercantiles”, cit. p. 126.

³⁹ QUIJANO GONZÁLEZ, J. “Sociedades mercantiles: disolución; sociedades cotizadas” en VV.AA. *Hacia un nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 207 lo califica de “omisión, previsiblemente por error material que debe ser corregido”.

31/2014, que modifica los apartados 2 y 4 del art. 539 LSC⁴⁰. Por tanto, parece aconsejable que se vuelva a incluir una regulación de la solicitud pública de representación, como forma de protección de los accionistas y específicamente para las sociedades cotizadas, para que sea acorde con la regulación que tenemos en el momento presente.

Una vez manifestada la conveniencia de mantener su régimen específico, el siguiente problema es si, tal como se propuso por la Comisión de Expertos, debe quedar su regulación como está en el art. 186 de la LSC o debería modificarse y/o añadirse algunas de las soluciones propuestas en la PCM. A este respecto estimo que hay que distinguir diferentes temas. Hay puntos de la regulación propuesta en la PCM de los que podría prescindirse en el ACM, si no se desea modificar excesivamente la materia e incluso aunque no existiera un régimen específico de la solicitud pública de representación, puesto que pueden solucionarse aplicando otras reglas del ordenamiento jurídico o mediante una regulación de rango inferior a la ley. Esto puede ocurrir con cuestiones como la publicidad de la solicitud pública de representación (art. 283-16 PCM) o los documentos relativos a la solicitud y a la representación (art. 283-179 PCM). Pero hay temas en los que la omisión es difícil de solventar, especialmente determinar cuándo nos encontramos con casos en los que es preciso formular dicha solicitud pública (art. 283-13), y quién está legitimado para solicitarla (art. 283-14). Si se suprimen no tenemos sistema de solicitud pública de representación y todo el que desee puede hacerse con la representación de otro en la junta por métodos puramente privados sin que exista ningún tipo de control. Determinar quién tiene que formularla y cuándo es necesaria son cuestiones imprescindibles. Si se retomara la redacción de los preceptos contenidos en estos aspectos en la PCM significaría, efectivamente, un cambio sustancial del régimen de la solicitud pública de representación frente a lo establecido en el momento presente, sobre todo, en relación con el consejo de administración. La Comisión de Expertos pensaba que hacer modificaciones tan pronto no eran conveniente porque las sociedades cotizadas no se habían adaptado. Pero hay que tomar en consideración que en este punto no ha existido modificación alguna desde 1989, habiéndose detectado defectos en la aplicación de la solicitud sobre todo por el hecho de que sigue siendo habitual que el nombre del delegado quede en blanco, que se otorgue la delegación a favor del consejo de administración o de su presidente, o de las personas que estos designen, o que se pueda pedir la delegación por directivos o ejecutivos que después actúen por el órgano de administración. Este tipo de prácticas deben ser controladas y en este sentido la norma propuesta establecía una regulación adecuada que debería ser repensada antes de desecharse de una manera total.

Algo semejante hay que indicar para los gastos de la solicitud cuya regulación estaba propuesta en el art. 283-18 PCM. Este es otro de los temas que precisan una solución en la práctica y que la ausencia de regulación generará que se pierda la oportunidad de establecer un sistema correcto y equilibrado si no se inserta en el futuro Código Mercantil.

⁴⁰ El ACM también las ha eliminado de su regulación.

En conclusión, a mi juicio debería seguir existiendo un régimen de la solicitud pública de representación al menos como el actual. Pero hay cuestiones que no están resueltas de manera satisfactoria por lo que debería aprovecharse la redacción del Nuevo Código Mercantil para otorgar una regulación más completa y actual en punto a temas como la determinación de las personas que deben solicitar la representación y su régimen. Así mismo, debería mantenerse su ubicación en las sociedades cotizadas tal como estaba previsto en el ACM y en su precedente la PCSM.

III
DERECHO DE LA EMPRESA
Y DEL EMPRESARIO

EL ÁMBITO DEL PODER DE REPRESENTACIÓN DEL APODERADO GENERAL DEL EMPRESARIO

JUAN ARPIO SANTACRUZ*

Resumen

En el presente trabajo se estudian las disposiciones del Cco y del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil sobre el ámbito del poder de representación del apoderado general del empresario, o factor, a partir de los dos rasgos que lo caracterizan: El alcance general y el contenido legalmente tipificado.

Contenido

1. Introducción. – 2. El apoderado general como auxiliar del empresario. – 3. El ámbito de las facultades representativas del apoderado general. – 4. Límites legales a las facultades del apoderado general. – 5. La limitación del poder de representación por el empresario. – 6. Consideraciones finales. – Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El empresario, en el desarrollo de la actividad empresarial, recurre a los servicios de colaboradores con los que ampliar sus posibilidades de actuación en el tráfico. Estos colaboradores pueden formar parte del organigrama de la empresa (colaboradores dependientes o auxiliares) o ser ajenos a él (colaboradores independientes); y su actuación se puede realizar en nombre del empresario o en nombre propio. Cuando el desarrollo de las funciones asignadas al colaborador exige que éste se relacione con terceros en nombre y por cuenta del empresario, ha de contar con facultades representativas que, lógicamente, serán más o menos amplias según las tareas que tenga encomendadas.

El apoderado general o factor es un colaborador dependiente del empresario que dispone de facultades para realizar las actividades propias del tráfico mercantil que éste desarrolla a través de la empresa. Se suele afirmar que el ámbito de sus facultades representativas, además de ser general, se encuentra legalmente tipificado, lo que contribuye a promover la seguridad del tráfico.¹ En el presente trabajo se analizan las

* Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza.

¹ Véanse, por ejemplo, las RDGRN de 4 de marzo de 2009 y de 7 de mayo de 2008. A los caracteres de generalidad y tipicidad del poder del factor, y sus ventajas para la seguridad del tráfico mercantil, se refería el profesor GARRIGUES cuando afirmaba que “su poder debe abarcar todo lo que el propio comerciante puede hacer, salvo lo que sea personalísimo o implique la negación de la actividad mercantil (v. gr.: venta del establecimiento) [...] Al tercero debe bastarle saber por el Registro que la persona con

disposiciones del Cco que regulan el ámbito de las facultades representativas del apoderado general y las novedades previstas al respecto en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.

2. EL APODERADO GENERAL COMO AUXILIAR DEL EMPRESARIO

El Cco regula los auxiliares del empresario en el Libro II, consagrado a los contratos mercantiles, dentro del Título dedicado al mandato o comisión mercantil, en una Sección que lleva por rúbrica "...otras formas de mandato mercantil. Factores, dependientes y mancebos". El artículo 281 Cco, que abre la Sección, dispone que el empresario puede constituir "apoderados o mandatarios generales o singulares para que hagan el tráfico en su nombre y por su cuenta en todo o en parte, o para que le auxilien en él". Y, la regulación que sigue al mencionado precepto, distingue tres categorías de apoderados: el apoderado general o "factor"; el apoderado singular o "dependiente"; y, dentro de esta última categoría, el "mancebo".

Los auxiliares de cada categoría se diferencian de los pertenecientes a las demás por las funciones que tienen asignadas y, en consecuencia, por las facultades representativas de las que ha de estar investido el apoderado para poder desarrollarlas. En el artículo 283 Cco se indica que el factor de una empresa o establecimiento se encuentra autorizado para "administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades...". Según el artículo 292 Cco, el "dependiente" se encarga del desempeño constante, en nombre y por cuenta del empresario, de alguna o algunas gestiones propias del tráfico a que se dedica. Y, conforme al artículo 294 Cco, tienen la condición de mancebos los auxiliares encargados de vender en un almacén público, reputándose autorizados por el empresario para cobrar el importe de las ventas y expedir las correspondientes facturas.

Con el objeto de proteger la seguridad del tráfico, la legislación mercantil establece el deber del empresario de inscribir los poderes generales que otorgue en el Registro Mercantil². Como se sabe, para poder solicitar la inscripción de los poderes, el empresario tendrá que estar inscrito previamente, en virtud del principio de tracto sucesivo³. Por ello, dado que la inscripción del empresario individual es voluntaria, a excepción de la del naviero y del emprendedor de responsabilidad limitada que son obligatorias, la inscripción de los poderes generales del empresario individual sólo será posible si éste ha optado por inscribirse⁴. La inscripción en el Registro mercantil de los

quien contrata, por ser factor de un comerciante, está dotado de un poder general, para que, sin temor a reproche de mala fe, pueda confiadamente cerrar con él todos los contratos propios de la negociación de aquel establecimiento" (*Tratado de Derecho Mercantil*, vol. I-3, Madrid 1949, pg. 1421).

² Vid. artículos 22, apartados 1 y 2, Cco; 87, 2º, RRM; 94.1, 5º, RRM; 270, 7º, RRM.

³ Artículo 11 RRM.

⁴ Artículos 19 Cco y 81 RRM. Con relación a la inscripción obligatoria del emprendedor de responsabilidad limitada en el Registro mercantil, vid. artículo 9 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo al emprendedor (BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013).

poderes generales para pleitos, o para la realización de actos concretos es voluntaria⁵.

En el Anteproyecto de Ley se reducen a dos las categorías de auxiliares del empresario, que reciben el nombre de “apoderados generales” y “apoderados singulares”. El artículo 122-1, apartado 1, establece que “el apoderado general, cualquiera que sea su denominación, es un auxiliar del empresario con poder para realizar, en nombre y por cuenta de éste, las actividades constitutivas del giro y tráfico de la empresa...”; y, el apoderado singular, a tenor del artículo 123-1, “es un auxiliar del empresario con poder para realizar en nombre y por cuenta de éste actos determinados del giro o tráfico de la empresa...”.

En el Anteproyecto de Ley se deja, por tanto, de considerar a los mancebos como una categoría autónoma y se les somete a la disciplina de los apoderados singulares. Asimismo, se abandona la terminología del Cco para designar a las diferentes categorías de auxiliares que, además de inexacta y equívoca, goza de escasa aceptación social. Todos estos apoderados, ya sean generales o singulares, y con independencia de su denominación⁶, forman parte de los auxiliares del empresario, expresión que se define en el artículo 121-4 del Anteproyecto como “...los colaboradores integrados en la empresa en situación de dependencia respecto de aquél [el empresario], cualquiera que sea la naturaleza de la relación que les vincule, a los que el empresario haya conferido poder para ejercer la actividad empresarial en su nombre”.

El Anteproyecto de Ley también establece el deber de inscribir los poderes generales en el Registro mercantil. Según el Artículo 140-2, 2º, los poderes generales e individuales son inscribibles, si bien, en virtud del artículo 140-5, la inscripción de los poderes generales para pleitos o los concedidos para la realización de actos concretos no es obligatoria. Al igual que sucede bajo la disciplina actual, para inscribir los poderes conferidos a los apoderados, el empresario deberá estar inscrito en virtud del principio de previa inscripción que establece el artículo 140-11.

3. EL ÁMBITO DE LAS FACULTADES REPRESENTATIVAS DEL APODERADO GENERAL

El alcance general de sus facultades representativas, constituye un rasgo esencial que diferencia la figura del factor de los demás auxiliares del empresario⁷. La caracterización del factor plantea por ello la cuestión de determinar el ámbito concreto que deben tener sus facultades.

El Cco establece en el artículo 281 que el factor es un mandatario constituido por el empresario para poder desarrollar el tráfico en su nombre y por su cuenta “en todo”. El precepto sugiere, por tanto, que se trata de un auxiliar designado para asistir al

⁵ Artículos 87, 2º, RRM; y 94.1, 5º, RRM.

⁶ A menudo se utilizan los términos “apoderado general”, “gerente”, “director general” u otros para referirse al factor.

⁷ GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. I-3, Madrid 1949, pg. 1420.

empresario en el desarrollo de toda su actividad mercantil. El artículo 283 Cco se refiere a él como una persona autorizada para “administrar, dirigir y contratar” sobre “las cosas concernientes a una empresa o establecimiento fabril o comercial”. Esta misma idea se reitera en el artículo 286 Cco que, al ocuparse de las actuaciones del factor notorio, las considera realizadas por cuenta del empresario siempre que recaigan sobre “objetos comprendidos dentro del giro y tráfico del establecimiento”.

Con fundamento en los anteriores preceptos, la doctrina considera que los poderes del factor tienen carácter general cuando le autorizan a realizar en nombre del empresario todo lo comprendido en el giro y tráfico de la empresa⁸. Este criterio ha sido refrendado por abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo y numerosas Resoluciones de la DGRN⁹.

Hay que tener en cuenta, además, que el empresario puede desarrollar su actividad a través de uno o de varios establecimientos. En el caso de que lo realice a través de varios, uno de ellos tendrá el carácter de establecimiento principal y los demás constituirán establecimientos secundarios o sucursales. El ejercicio de la actividad empresarial a través de estos establecimientos requiere que estén dotados de representación permanente¹⁰; para lo cual, el empresario suele autorizar a un colaborador a realizar en su nombre lo comprendido en el giro o tráfico del “establecimiento”, confiriéndole el correspondiente poder¹¹. Es preciso matizar que el carácter general de los poderes de los colaboradores, en estos supuestos, no se ve afectado por el hecho de que vayan referidos solamente a la actividad que se desarrolla en un establecimiento concreto.

⁸ El criterio es unánimemente compartido por la doctrina. Vid. GARRIGUES, J., *Tratado...*, *op. cit.*, pg. 1421; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Auxiliares del empresario”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 72, 1959, pgs. 269-305, en la pg. 282; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “La representación del empresario”, en MENÉNDEZ, A., ROJO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, 2 vols., 12ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor 2014, pgs. 207-226, en la pg. 213; BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, 2 vols. 21ª ed., Tecnos, Madrid 2014, en Vol. I, pg. 122; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3ª ed., Tomo I, Vol. 1º, Bosch, Barcelona 1991, pg. 122; SÁNCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 2 vols., 36ª ed., Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor 2013, Vol. I, pg. 143; ANGULO RODRÍGUEZ, L., “Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coor.) *Derecho Mercantil*, 2 tomos, 14ª ed., Pons, Madrid 2010, en Tomo II, pgs. 283-300, en la pg. 284.

⁹ Véanse, por ejemplo, las SSTS de 11 de abril de 2011; de 27 de marzo de 2007; y de 29 de octubre de 2001; así como las RDGRN de 4 de marzo de 2009 y de 7 de mayo de 2008.

¹⁰ Según el artículo 295 del Reglamento del Registro Mercantil se entiende por sucursal “todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollen, total o parcialmente, las actividades de la sociedad”. Este concepto también se aplica a los establecimientos secundarios del empresario individual (*cf.* artículo 87, 3º RRM).

¹¹ La existencia de representación permanente justifica que la apertura y cierre de sucursales, tanto del empresario individual como social, se inscriban en el Registro Mercantil de la provincia en la que radiquen (vid. artículos 22 Cco; 87, 3º, RRM; 94.1, 6º, RRM; 296.2 RRM). Lógicamente, la inscripción de las sucursales del empresario individual dependerá de la previa inscripción del empresario. Como indica ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, con la inscripción en el Registro se trata de facilitar a los terceros que contraten con las personas que están al frente de las sucursales el conocimiento de las facultades conferidas por el empresario, de las actividades y de los principales datos de la sucursal (“La representación...”, *op. cit.*, pgs. 91 y 92).

El carácter general de las facultades representativas del factor, y su correspondencia con las operaciones que recaen sobre los objetos comprendidos dentro del giro y tráfico de la empresa o del establecimiento, son cuestiones pacíficas¹². Sin embargo, no sucede lo mismo con el carácter típico de sus poderes.

Algunos autores, aun aceptando que los poderes generales mercantiles incluyen todo tipo de actos comprendidos en el giro y tráfico de la empresa, han sostenido que algunas facultades representativas, como las dispositivas, deben otorgarse expresamente¹³. Y ello, por entender que las categorías establecidas en los artículos 1712 y 1713 Cc son aplicables en el ámbito mercantil. En virtud de estos preceptos, si el apoderamiento se expresara en términos generales – esto es, en término vagos o imprecisos –, le resultarían aplicables las limitaciones que establece el artículo 1713 Cc, por lo que sólo facultaría a su titular para realizar actos de administración¹⁴.

La doctrina de la DGRN y la jurisprudencia del Tribunal Supremo se han pronunciado sobre estas interpretaciones con prudencia, pero han mantenido que los poderes del factor tienen un contenido legalmente tipificado.

Por una parte, han recordado que las facultades del mandatario no vienen determinadas por el simple hecho de haberse calificado *a priori* el tipo de mandato como general o especial, sino que hay que atender a los términos y límites del mismo, cualquiera que sea su clase.¹⁵ Por ello – afirma la DGRN – “la interpretación del poder debe hacerse con extremada cautela y rigor para evitar que por averiguaciones más o menos aventuradas puedan entenderse incluidas en él facultades que no fueron

¹² Una cuestión distinta es el alcance que debe darse a la expresión, sobre lo cual existen algunas diferencias doctrinales. Así, para GARRIGUES “su poder debe abarcar todo lo que el propio comerciante puede hacer, salvo lo que sea personalísimo o implique la negación de la actividad mercantil (v. gr.: venta del establecimiento)” (*Tratado...*, *op. cit.*, pg. 1421). Según ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “la fórmula legal no debe interpretarse en abstracto, es decir, incluyendo todas las operaciones propias de una clase o tipo de establecimiento, sino en concreto, atendiendo a las específicas operaciones que de hecho se vengán realizando en un establecimiento determinado. En este sentido, si el empresario es una sociedad mercantil, el giro y tráfico no se puede identificar sin más con las actividades que integran el objeto social, sino con aquellas actividades que, formando parte del objeto, se realizan real y efectivamente en el establecimiento principal o en aquella sucursal a cuyo frente se ha colocado a ese apoderado general” (“La representación...”, *op. cit.*, pg. 213). BROSETA PONT. M., y MARTÍNEZ SANZ, F., consideran que las operaciones consistentes en comprar y vender inmuebles, enajenar el establecimiento, liquidar o crear sucursales, o vender o arrendar la propia empresa, exceden de lo indispensable para explotar el giro o tráfico de la empresa (*Manual...*, *op. cit.*, pgs. 122-123). Asimismo, algunas resoluciones de la DGRN y sentencias del TS asimilan el “giro o tráfico de la empresa” del empresario social a las operaciones comprendidas en el objeto social. Véase, por ejemplo, la RDGRN de 17 de abril de 1972 y la STS de 11 de octubre de 1983, comentada por el profesor ILLESCAS ORTIZ, R., en “Administrador único de Sociedad Anónima. Fin y objeto sociales, giro o tráfico de la empresa. Aval cambiario prestado por el administrador único. Interés de la sociedad”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 3, septiembre/diciembre 1983, pgs. 977-982.

¹³ PAU PEDRÓN, A., “La publicidad registral de la Sociedad Anónima”, en AAVV. *El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima*, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pgs. 11-50, en las pgs. 16-17; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “La representación...”, *op. cit.*, pg. 214. En contra, VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico...*, *op. cit.*, pg. 242.

¹⁴ Una parte de la doctrina, al matizar la expresión “giro y tráfico de la empresa”, parecen llegar a una posición integradora de ambos textos, ya que excluyen que queden comprendidos en el giro y tráfico de la empresa algunas de las facultades, o actos, a que hace referencia el artículo 1713 del Cc.

¹⁵ RDGRN de 4 de marzo de 2009 y de 7 de mayo de 2008.

concedidas, y ello no por estricto rigor formalista, sino exclusivamente tomando en consideración los intereses del apoderado [sic, rectius poderdante], los cuales se verían puestos en peligro si esa libertad interpretativa condujera a la extensión del poder más allá de los supuestos que el poderdante previó y consintió”¹⁶.

Por otra parte, la DGRN y el Tribunal Supremo se han referido en varias ocasiones a las diferencias existentes entre el apoderamiento civil y mercantil para recordar el contenido típico de las facultades del apoderado general. Mientras el apoderamiento civil concebido en términos generales no incluye los actos de riguroso dominio, que debieran estar incluidos en el correspondiente instrumento, en el ámbito mercantil los poderes generales incluyen toda clase de actos u operaciones sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de la empresa o establecimiento¹⁷. Según la DGRN, “esto, precisamente, se produce cuando se atribuyen al apoderado «todas las facultades salvo las legalmente indelegables» sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de la empresa o establecimiento”¹⁸.

Abundando en esta misma idea, la DGRN afirma en otra resolución que “aunque un poder no puede ser objeto de una interpretación extensiva, de modo que se incluyan en él supuestos que no estaban previstos en sus términos, ello no significa que deba interpretarse restrictivamente – dándole una amplitud menor que la prevenida en su texto – sino estricta, es decir, atendiendo a lo que propiamente y sin extralimitaciones constituye su verdadero contenido. Cuando una facultad consiste en «administrar, regir y gobernar en toda su amplitud a (determinada entidad), ostentando su representación, con el uso de la firma social en cuantos actos, contratos y negocios tuviere interés o fuera parte el mismo», se está ante un poder general en el ámbito mercantil que incluye toda clase de actos y operaciones que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico normales de la empresa, como declaró la Resolución de 24 de octubre de 1.986. Ello debe ser así – entendió este Centro Directivo – aunque no se haya realizado una enumeración particularizada de cada uno de ellos, siempre y cuando no pueda existir la más leve duda de que el acto concreto del que se trate está incluido dentro del giro o tráfico normales de la empresa”¹⁹.

El Tribunal Supremo también ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el mismo sentido. Por ejemplo, en una Sentencia en la que se cuestionaba la suficiencia de los poderes del gerente de una sociedad para constituir una hipoteca sobre los inmuebles

¹⁶ RDGRN de 4 de marzo de 2009, que cita la de 14 de marzo de 1996. Nos suscita algunas dudas, sin embargo, la oportunidad de la referencia que se hace en estas Resoluciones a la STS de 2 de febrero de 1972, en la que el Tribunal Supremo señala “que la cuestión [...] relativa a la determinación del ámbito de poder y las facultades del apoderado [...] equivale a la de interpretación de la voluntad del poderdante”. En primer lugar, no consta que la Sentencia mencionada se refiriese a un mandato mercantil y, en segundo lugar, la DGRN parece ignorar la importancia que en el ámbito mercantil tienen los términos en que los actos y contratos son hechos y redactados; la relevancia del sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas; así como el modo con que los contratantes explican su voluntad y contraen sus obligaciones.

¹⁷ RDGRN de 4 de marzo de 2009 y de 24 de octubre 1986.

¹⁸ RDGRN de 4 de marzo de 2009.

¹⁹ RDGRN de 7 de mayo de 2008.

de la misma, con el fin de garantizar una deuda que la entidad había contraído para la construcción de unas instalaciones, el Tribunal Supremo afirma que “la parte recurrente olvida o pretende olvidar, que el señor C. era Consejero y además Director-Gerente y su apoderamiento legal no debe analizarse desde la perspectiva del art. 1713 Cc, sino desde la perspectiva mercantil, en que se genera una específica representación de la empresa como institución estable, obligando los actos del apoderado a la misma y ello aunque no esté inscrito en el Registro Mercantil tal poder – sentencia de 19 de junio de 1981– y mucho más cuando consta inscrito, como en este caso. Así se ha señalado en la instancia, con cita al respecto de sentencias de esta Sala, a la que podría añadirse, asimismo, la de 7 de mayo de 1993 y resoluciones de la Dirección General de los Registros. Ya se ha repetido en motivo precedente, que la actuación del señor C. en su actuación de Director Gerente se inscribe en el ámbito del giro y tráfico de la empresa y en cuanto su apoderamiento voluntario ha sido examinado en ambas instancias y en tal exégesis cuyo resultado no se ha combatido adecuadamente estaban comprendidos los actos realizados”²⁰.

Las disposiciones del Anteproyecto del Ley mantienen el criterio del Cco sobre la correspondencia de las facultades representativas del apoderado general con las operaciones comprendidas dentro del giro y tráfico de la empresa o del establecimiento. Según el artículo 122-1, apartado 1, “[E]l apoderado general, cualquiera que sea su denominación, es un auxiliar del empresario con poder para realizar, en nombre y por cuenta de éste, las actividades constitutivas del giro y tráfico de la empresa en su totalidad o de ramas de actividad o establecimientos concretos, aunque no se especifiquen en el apoderamiento las facultades conferidas”. Pero además, a nuestro juicio, las disposiciones del Anteproyecto de Ley refuerzan el carácter típico del poder mercantil al considerar innecesario que el empresario especifique en el apoderamiento las facultades que confiere al apoderado general²¹.

4. LÍMITES LEGALES A LAS FACULTADES DEL APODERADO GENERAL

La legislación mercantil establece algunos límites a las facultades del factor. Estos límites tienen especial importancia cuando el poderdante es un empresario social.

Es bien sabido que la representación legal de los administradores de una sociedad mercantil es compatible con la representación voluntaria que se pueda otorgar a los auxiliares a través de apoderamientos generales o singulares²². El otorgamiento de

²⁰ STS de 29 de octubre de 2001, fundamento cuarto.

²¹ A pesar de que la normativa vigente no lo indique expresamente, la DGRN ya había manifestado en sus resoluciones que la enumeración particularizada de las facultades que se otorgan a un apoderado general es innecesaria si no existen dudas de que el acto concreto del que se trate está incluido dentro del giro y tráfico normales de la empresa. *Cfr.* RDGRN de 7 de mayo de 2008 y de 14 de marzo de 1996.

²² El Anteproyecto de Ley es muy claro en este punto ya que indica expresamente en el artículo 121-1, apartado 3, que “[L]as personas jurídicas ejercen la actividad empresarial por medio tanto de las personas a quienes corresponda su representación, de acuerdo con sus leyes reguladoras, como de los apoderados,

poderes es una facultad comprendida en el ámbito legal de las facultades representativas del órgano de administración²³. Sin embargo, aunque los administradores constituyesen un apoderado con poder general para realizar todo lo comprendido en el giro y tráfico de la empresa, otorgado en los más amplios términos, no podría ejercer algunas facultades que no pueden ser objeto de representación por los apoderados.

En efecto, el legislador ha querido que algunas facultades del empresario sean ejercidas directamente por los administradores. Este es el caso, por ejemplo, la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta General, que constituye una competencia exclusiva e intransferible de los administradores²⁴. La DGRN ha manifestado que la facultad de certificar los acuerdos de las Juntas Generales y, en general, de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles, corresponde a los administradores con cargo inscrito²⁵. Los administradores tampoco pueden otorgar al factor facultades que, en caso de existir Consejo de Administración, no serían delegables en Consejeros Delegados²⁶. Con relación a las sociedades de capital, tras la aprobación de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo²⁷, una enumeración de facultades que el Consejo no puede delegar en ningún caso se puede encontrar en el artículo 249 *bis* LSC²⁸. La misma enumeración se establece en el artículo 231-99 del Anteproyecto de Ley.

generales o especiales, que aquéllas designen”.

²³ RDGRN de 4 marzo 2009; de 7 de mayo de 2008; y de 13 noviembre 1995. En esta última, la DGRN afirma que el apoderamiento “es un acto claramente incluido en el ámbito legal de las facultades representativas del órgano de administración” y que “toda limitación estatutaria al contenido legal de las facultades representativas del órgano de administración, carece de eficacia frente a terceros”. Es constante la doctrina de la DGRN que mantiene que la Junta general no es competente para otorgar poderes (*vid.* RDGRN de 4 de febrero de 2011; de 1 de marzo de 1993; y de 26 febrero 1991).

²⁴ RDGRN de 18 de julio de 2006 y de 20 de diciembre de 1990. La sociedad, sin embargo, puede delegar en un apoderado las facultades necesarias para cumplir la obligación de rendir cuentas que haya asumido en virtud de vínculos jurídicos con terceros (RDGRN de 18 de julio de 2006).

²⁵ RDGRN de 15 de enero de 2004, que se basa en el artículo 109 del RRM. Según el artículo 110 RRM, la facultad de certificar los acuerdos de la Asamblea de obligacionistas corresponde al Comisario.

²⁶ RDGRN de 20 de diciembre de 1990. Véase también, en este sentido, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 23ª ed., 2 vols., Tirant Lo Blanch, Valencia 2012, Vol. I, pg. 204.

²⁷ BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014.

²⁸ Las facultades que, en virtud del Artículo 249 *bis*, el Consejo de administración no puede delegar en ningún caso son las siguientes: supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado; determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad; autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 230; organización y funcionamiento del órgano de administración; formulación de las cuentas anuales y su presentación a la junta general; formulación de cualquier clase de informe exigido por la ley al órgano de administración siempre y cuando la operación a que se refiere el informe no pueda ser delegada; nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato; nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución; decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general; convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos; política relativa a las acciones o participaciones propias; facultades que la junta general hubiera delegado en el consejo de administración, salvo que hubiera sido expresamente autorizado por ella para subdelegarlas.

Como es natural, el poder general del factor tampoco le autoriza a ejercer las facultades que la Ley reserva a la competencia de la Junta General. En el caso de las sociedades de capital, estas materias se enumeran en el artículo 160 LSC²⁹; y, para las sociedades cotizadas, en el artículo 511 *bis* LSC³⁰. El mismo elenco de materias se establece, con relación a las sociedades de capital ordinarias, en el artículo 231-52 del Anteproyecto de Ley; y, con relación a las sociedades cotizadas, en el artículo 283-1.

Conviene precisar que la Junta General puede delegar asuntos de su competencia en el órgano de administración³¹. Si se produce una delegación la facultad deberá ejercerla, en principio, el órgano de administración. No obstante, la Junta puede autorizar a los administradores a subdelegar la actuación³².

La normativa mercantil prevé otras limitaciones cuyo estudio requeriría un análisis pormenorizado³³. En la medida en que vienen impuestas por la Ley son conocidas y afectan a todos los empresarios. Esto no significa que, en ocasiones, no puedan crear problemas desde el punto de vista de la seguridad del tráfico. Por ejemplo, para un tercero puede no resultar fácil conocer si, a través de la actuación del factor, se pretende soslayar la prohibición de autocontratación que recae en los administradores; o si el activo que pretende adquirir de otra sociedad, a través de su factor, tiene carácter esencial.

Los límites que establece la normativa mercantil matizan el ámbito de las facultades del factor. No es necesario, sin embargo, que el empresario que otorgue un poder general en los más amplios términos, deba excluir expresamente las facultades que, legalmente, no pueden ser objeto de representación. A pesar de ello, en la práctica, esta salvedad se suele efectuar.

La DGRN se pronunció sobre esta cuestión como consecuencia del recurso interpuesto contra la negativa del Registrador a inscribir un poder concedido por el administrador único de una sociedad en términos absolutos e ilimitados, que debía ser interpretado en la forma más amplia posible, y en el que se detallaban las facultades

²⁹ Según el artículo 160 LSC, es competencia de la Junta deliberar y acordar sobre la aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social; el nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos; la modificación de los estatutos sociales; el aumento y la reducción del capital social; la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente; la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales; la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero; la disolución de la sociedad; la aprobación del balance final de liquidación; y cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos.

³⁰ En las sociedades cotizadas las materias reservadas a la competencia de la Junta general son, además de las mencionadas en el artículo 160 LSC, la transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas; las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad; y la política de remuneraciones de los consejeros en los términos establecidos en esta ley.

³¹ Artículo 249 *bis*, letra I, LSC y artículo 231-99, letra I, del Anteproyecto de Ley.

³² *Ibid.*

³³ Por ejemplo, la DGRN ha manifestado que los administradores no pueden autorizar a un apoderado general para que contrate en su propio nombre y en nombre de la sociedad (autocontratación), ya que ellos mismos carecen de facultades para contratar en nombre propio con la sociedad sin estar facultado por la Junta General (RDGRN de 21 de junio de 2013; de 13 de febrero de 2012; de 18 de julio de 2006).

conferidas a título meramente enunciativo y no limitativo. El Registrador denegó la inscripción por entender que no se expresaba con claridad la extensión del poder y por considerar que, si esa extensión era la de conceder todas las facultades que tenía el administrador, debían quedar excluidas las indelegables.

La DGRN estimó el recurso y ordenó la inscripción por entender que “se trata de un poder general de los contemplados por el artículo 286 del Código de Comercio, sin que exista en dicho apoderamiento la menor pretensión ni atisbo de atribución de facultades legalmente indelegables del Consejo de Administración de la sociedad, lo que determina que su inscripción en el Registro Mercantil es posible a la luz de las consideraciones anteriores”.³⁴

5. LA LIMITACIÓN DEL PODER DE REPRESENTACIÓN POR EL EMPRESARIO

Probablemente, una de las cuestiones más controvertidas sobre el régimen jurídico del factor que establece el Cco ha sido determinar si el empresario puede limitar el poder de representación de estos auxiliares y, en su caso, si las limitaciones son oponibles a los terceros. Como se sabe, la cuestión se ha debatido entre dos interpretaciones más o menos contrapuestas.

Según la primera interpretación, los poderes del factor tienen un contenido legalmente tipificado que se corresponde con las operaciones que recaen sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico de la empresa o el establecimiento³⁵. Para los precursores de esta posición, el carácter típico e ilimitable del poder del factor no se establece expresamente en el Cco pero resultaría de los artículos 286 y 287³⁶. De acuerdo con estos postulados, la limitación del poder por el empresario afectaría a las relaciones internas entre el empresario y el factor, pero no a las relaciones externas entre el empresario y el tercero.

Conforme a la segunda interpretación, el poder de representación del factor se puede limitar siempre que las limitaciones no desnaturalicen sus facultades para

³⁴ RDGRN de 4 de marzo de 2009.

³⁵ En este sentido, GARRIGUES, J., *Tratado...*, *op. cit.*, pg. 1421; DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid 1979, pg. 182. Para GARRIGUES, uno de los rasgos del factor es precisamente que “la representación que ejerce el factor es una representación amplísima y que no puede dejar de ser amplísima. Lo que, en general, distingue la representación mercantil de la civil es su exteriorización en apoderamientos típicos. [...] En la vida civil, quien contrata con un representante debe examinar caso por caso los poderes de éste para saber si responderá o no el poderdante... [...] En el Derecho mercantil, al contrario, la ley dota al poder del factor de una extensión fija (contenido típico), de modo que todo tercero pueda saber, sin necesidad de particular indagación, en qué medida queda obligado el comerciante por su factor” [...] “...la interpretación sistemática del C. de c. demuestra que la limitación de las facultades del factor sólo afecta a las relaciones internas entre factor y comerciante (mandato). Para las relaciones externas, en cambio, vale también en nuestro Derecho el dogma de la ilimitabilidad del poder del factor, aunque no se haya formulado expresamente en el C. de c. He aquí la construcción legal, basada en los arts. 286 y 287” (*Tratado...*, *op. cit.*, pg. 1421).

³⁶ GARRIGUES, *Tratado...*, *op. cit.*, pg. 1421.

desarrollar las operaciones propias del giro y tráfico de la empresa o el establecimiento. Esta tesis tendría apoyo legal en el artículo 283 Cco, que se refiere a la autorización para administrar, dirigir y contratar sobre las cosas concernientes al establecimiento, “con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario”. Las limitaciones serían oponibles al tercero de buena fe siempre que estuvieran inscritas en el Registro Mercantil y, en consecuencia, el tercero hubiera tenido la oportunidad de conocerlas³⁷.

La mayor parte de la doctrina mercantil parece haberse identificado con la segunda posición³⁸, y el Tribunal Supremo, en algunos pronunciamientos *obiter dicta*, se ha manifestado en el mismo sentido³⁹.

Una mención especial merece el supuesto del factor notorio. Según el artículo 286 Cco, “Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad [...] siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento”. Por lo tanto, en el caso del factor notorio, las limitaciones que el empresario pueda establecer a sus facultades no son eficaces frente a terceros⁴⁰.

Finalmente, tampoco son oponibles al tercero las limitaciones que establezca el empresario a las facultades representativas de un factor cuyo poder no se encuentre inscrito en el Registro mercantil.⁴¹

El Anteproyecto altera la interpretación del Cco sobre la eficacia de las limitaciones del poder de representación del factor. Según el artículo 122-1, apartado 2, “[L]as limitaciones de las facultades del apoderado general no serán oponibles a terceros de buena fe aunque se hubieran inscrito en el Registro Mercantil”. En consecuencia, una eventual limitación de las facultades del factor solo tendría eficacia *inter partes*.

La disposición del Anteproyecto refuerza considerablemente el carácter típico de los poderes del apoderado general, de modo que “todo tercero pueda saber, simplemente por efecto de la publicidad registral, y por tanto, sin precisión de otra particular indagación, en qué medida queda obligado el comerciante por su factor, al bastarle saber a medio de dicho Registro que la persona con quien contrata, por ser factor, está dotado de un poder general, sin temor de reproche de mala fe, pueda confiadamente

³⁷ En este sentido, indica el profesor MENÉNDEZ, que “... el apoderamiento del factor se extiende y vincula al principal en todo lo relativo al ejercicio de la empresa, a no ser que se haya limitado y que esa limitación pueda ser conocida por los terceros” (“Auxiliares del empresario”, *op. cit.*, pg. 290).

³⁸ Comparten la opinión de MENÉNDEZ, por ejemplo, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “La representación...”, *op. cit.*, pgs. 214-215; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, *cit.*, Vol. I, pg. 204-205; BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, Vol. I, pg. 122; y ANGULO RODRÍGUEZ, L., “Colaboradores del empresario...”, *op. cit.*, pg. 285.

³⁹ *Cfr.* SSTS de 11 de abril de 2011; de 5 de abril de 1982; y de 19 de junio de 1981.

⁴⁰ *Cfr.* SSTS de 11 de abril de 2011; de 27 de marzo de 2007; y de 2 de abril de 2004.

⁴¹ Véase la STS de 5 de abril de 1982, y las opiniones de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “La representación...”, *op. cit.*, pg. 215; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...*, *cit.*, Vol. I, pg. 206; BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual...*, *op. cit.*, pg. 124.

cerrar con él todos los contratos propios de la negociación del establecimiento al que venga vinculado”⁴². Por este motivo, la propuesta ha recibido una valoración positiva desde la perspectiva de la seguridad del tráfico mercantil⁴³.

6. CONSIDERACIONES FINALES

El poder de representación del apoderado general del empresario, o factor, se caracteriza por su alcance general y por su contenido legalmente tipificado. El Cco establece una correspondencia entre las facultades representativas de factor y las operaciones comprendidas dentro del giro y tráfico de la empresa o el establecimiento, pero admite opiniones dispares en torno al carácter típico de los poderes del factor. El Anteproyecto de Ley mantiene aquella correspondencia y refuerza considerablemente el carácter típico de los poderes, lo que favorece la seguridad del tráfico mercantil.

⁴² STS de 5 de abril de 1982.

⁴³ Desde esta perspectiva afirma A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ “[M]e parece que esta orientación, todavía alejada de un reconocimiento positivo, es, en principio, un acierto. Si lo que debe prevalecer es la seguridad del tráfico, es decir, la protección a los terceros, liberándoles de la consulta diaria o continua de la información registral, nos parece que la generalización de la norma más moderna debe extenderse a cualquier apoderamiento mercantil, liberando a los terceros de los efectos de cualquier limitación, aunque esté inscrita en el Registro” (“De nuevo sobre las limitaciones al apoderamiento del factor”, en GÓMEZ SEGADE, J.A., y GARCÍA VIDAL, A., *El Derecho mercantil en el umbral del Siglo XXI*, Pons, Madrid 2010, pgs. 49-52, en la pg. 52).

EQUILIBRIO DE GÉNERO EN LA PEQUEÑA EMPRESA FAMILIAR. EL PAPEL DEL PROTOCOLO

MARÍA ANGUSTIAS DÍAZ GÓMEZ*

ELENA F. PÉREZ CARRILLO**

ELICIO DÍAZ GÓMEZ***

Resumen

Los (relativos) avances a favor de la paridad de géneros en las empresas cotizadas que se están articulando, en buena medida, como consecuencia de las recomendaciones de *soft law* y guías de buenas prácticas, no parecen haber influido de igual forma entre las empresas familiares, y -lo que es peor- han calado menos entre las de reducidas dimensiones. En este trabajo se repasa el estado de la cuestión sobre la materia y se proponen vías para la incorporación de recomendaciones y pactos familiares que contribuyan a configurar un perfil de empresa familiar adaptada al siglo XXI, también en términos de igualdad de género.

Contenido:

1. Introducción: (pequeña) empresa familiar y género de sus dirigentes. – 2. Debate sobre la paridad de géneros en los órganos de dirección de las empresas. – 3. Enfoques posibles para la pequeña empresa familiar. – 3.1. Peculiaridades de las empresas familiares y protocolos familiares. – 3.2. Guías de conducta y buen gobierno de empresas familiares. – 4 Reflexiones a modo de recomendaciones. – 5. Principal bibliografía y documentación consultadas.

1. INTRODUCCIÓN: (PEQUEÑA) EMPRESA FAMILIAR Y GÉNERO DE SUS DIRIGENTES

La empresa familiar es una realidad económica, social y jurídica que carece de una definición legal precisa y unívoca que abarque todos sus aspectos¹. De todas las

* Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad de León.

** Profesora Doctora de Derecho Mercantil. Universidad de León.

*** Abogado. Profesor de Derecho Mercantil. Universidad de León.

¹ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar, constituida en la Comisión de Hacienda del Senado (octubre 2000). Nota introductoria”, *RdS*, nº 18, 2002, pp. 367-381; GALLO, M., “La empresa familiar: fortalezas y trampas”, *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, GARRIDO DE PALMA, V. (Dir.), Cívitas, Madrid, 1995, pp. 50-59; CERDÁ ALBERO, F., “La empresa familiar: una noción relativa”, *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, VICENT CHULIÁ, F. y otros (Dir.), Cuatrecasas-Aranzadi, Navarra, 2004, pp.

posibles perspectivas desde las que cabe enfocar la empresa familiar quizás la que mejor explica la idea de la empresa familiar es la relativa a la Empresa-sujeto-organización, que, a su vez, puede revestir diversas configuraciones: desde la empresa individual formada por una persona soltera, viuda o por uno de los cónyuges, hasta la adopción de una personalización societaria. Y es que, como ya pusiera de relieve nuestra más autorizada doctrina², la figura de la Empresa Familiar “trata de armonizar dos importantes instituciones sociales regidas por valores antagónicos: por el rendimiento y los resultados (Empresa) y por la protección y lealtad (Familia) e intenta planificar el desarrollo de ambas instituciones para potenciar sus sinergias...haciendo que superen el tránsito de la segunda y tercera generación sin disolverse”.

En un intento de encontrar un concepto que integre las características esenciales de la empresa familiar parece necesario tener presente que, a fin de cuentas, estamos ante una empresa, esto es ante una organización de capital y trabajo destinada a la producción o distribución de bienes o servicios para el mercado.

Conviene también precisar que este tipo de empresa puede adoptar distintas formas organizativas con rasgos y consecuencias diferentes. Así la configuración puede ir desde la forma de empresario individual, a microempresa, pequeña o mediana empresa, a gran sociedad o incluso sociedades cotizadas. De ello se deduce que empresa familiar no es necesariamente lo mismo que Pyme. Con todo, es bien cierto que la mayoría suele configurarse en la doble condición de familiar, y empresa de reducidas dimensiones³.

El carácter familiar de la empresa se entiende generalmente como sinónimo de que la propiedad o el poder de decisión de la empresa corresponden, total o parcialmente a un grupo de personas cuyo nexo de unión deriva de que son parientes consanguíneos o afines entre sí⁴. En cualquier caso, esta característica con ser cierta, teniendo a la vista que es propio de estas empresas la inescindible vinculación entre la empresa y la familia, debe ser complementada con otras notas conceptuales, que completarían el perfil preciso de dichas empresas. Así es característico de las mismas la gran importancia que desempeña la identidad y personalidad de los integrantes de la empresa; el hecho de que la dirección y gestión de la empresa corre a cargo de los miembros de la familia; que en ellas está fuertemente arraigado el deseo de que el

67-122; ROCA JUNYENT, M. “La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario”. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, en GARRIDO MELERO, M./ FUGARDO ESTIVILL, J.M./ GARRIDO DE PALMA, V. (coords.), Vol. IV, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 23-61; DÍAZ GÓMEZ, M.A./ DÍAZ GÓMEZ, E., “Reflexiones sobre el Real Decreto español 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares”, *Pecunia*, nº 12 (enero-junio, 2011), pp. 91-118; ZABALETA DÍAZ, M., “Principios de Gobierno Corporativo en Sociedad no cotizada”, en HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.), *Gobierno Corporativo en Sociedades no cotizadas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014, pp. 39-82, en particular p. 73.

² VICENT CHULIÁ, F., “Organización jurídica de la sociedad familiar”, VV.AA., *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Vol. V McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 4529-4570.

³ ZABALETA DÍAZ, M., “La experiencia comparada de gobierno corporativo en sociedad no cotizada”, en HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *Gobierno Corporativo en Sociedades no cotizadas*, pp. 83-143, en especial p. 120.

⁴ Preámbulo del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, *por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares*.

negocio familiar emprendido por su fundador sea continuado por las posteriores generaciones⁵ o el dato característico de que habitualmente algunos o muchos de los miembros de la familia trabajan en la empresa.

Numerosas han sido las propuestas de definición de la empresa familiar, avanzadas por la doctrina y diversas instancias y organizaciones-, que han tratado de definir especialmente la empresa familiar constituida en forma de sociedad. Se trata, además, de una definición que ha generado un amplio debate, toda vez que la tipología de posibles empresas familiares es tan variada que se convierte en una tarea tremendamente difícil agruparlas todas bajo un único concepto⁶. A este propósito, importa reseñar que la expresión “Empresa familiar” “identifica una realidad económica y social mediante el recurso a un concepto metajurídico”⁷. Por lo demás, importa consignar que la doctrina, al caracterizar la “Sociedad Familiar de Capital”⁸, pone el acento en que se trata de “un sujeto-empresa de cierta dimensión que crean una o varias familias, organizado en una Sociedad o Grupo de Sociedades, que se transmite en sucesivas generaciones manteniendo unida la organización y valores familiares y la organización y gestión de la empresa”. De esta suerte, resulta más que evidente que el control estable por la familia constituye una nota esencial en la Sociedad Familiar⁹. En la Empresa Familiar “coinciden generalmente tres factores: a saber: la *propiedad* (o control), la *gestión*, y el hecho y la *consciencia de formar parte de una familia*, a veces compuesta por diversas estirpes o ramas familiares”¹⁰. Algunos autores diferencian la que viene considerándose auténtica “Empresa Familiar”, en los términos que se acaban de expresar, de la “Empresa de Capital Familiar”, en la cual los componentes de la familia no se ocupan de la gestión, delegándola en otras personas¹¹

En el panorama comparado destaca la definición de empresa familiar del art. 230bis del *Codice civile*, en el que, además de delimitar el núcleo subjetivo de la empresa familiar, figura como eje central de la definición el trabajo del empresario y los

⁵ Para un matiz sobre la nota del deseo de permanencia, ver PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, CISS, Bilbao, 2005. Señala que -salvo en los supuestos de constitución de empresas para actividades temporales- suele concurrir en todas las empresas.

⁶ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La empresa familiar y las reformas de la ley de sociedades limitadas”, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, en GARRIDO MELERO, M./ FUGARDO ESTIVILL, J.M./ GARRIDO DE PALMA, V. (coords.), Vol. IV, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 383-431; DÍAZ GÓMEZ, M. A., “La empresa familiar y su organización en forma de sociedad mercantil, con especial referencia a la sociedad de responsabilidad limitada”, *Pecunia*, 12, 2011, pp. 1-70.

⁷ Como ya apuntara IGLESIAS PRADA, J. L., “El Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la empresa familiar”, *RGD*, mayo 1994, pp. 5417-5429. A este respecto, resulta de interés traer a colación la autorizada opinión de este autor, cuando manifestaba que lo más característico de la empresa familiar es algo de contornos tan imprecisos como “la existencia de vínculos familiares entre quienes disponen del poder de control sobre las decisiones empresariales y la gestión del negocio, de forma que la unidad de dirección en el ejercicio de la actividad empresarial se asegura, precisamente, a través de esos vínculos”

⁸ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

⁹ CORBETTA, G., *Le imprese familiari. Caratteri originale, varietà e condizione di sviluppo*, Milán, 1995.

¹⁰ VICENT CHULIÁ, F., “Organización jurídica de la sociedad familiar”, AA.VV., *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Vol. V, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 4529-4570.

¹¹ GALLO, M., “La empresa familiar: fortalezas y trampas”. *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, en GARRIDO DE PALMA, V. (Dir.), Cívitas, Madrid, 1995, pp. 50-59.

miembros de la familia. En Alemania, el *Governance Kodex für Familienunternehmen – GKFU*, en Suiza la *Guide de gouvernance pour les entreprises familiales*, o entre nosotros, en la *Guía práctica para el Buen Gobierno de las Empresas Familiares* del Instituto de Empresa familiar también se abunda en ese concepto. En el ámbito comunitario, es menester dejar constancia del intento de regulación plasmado en el *Borrador de Propuesta de Directiva sobre armonización de disposiciones legales en materia de Sociedad Familiar* basado en la necesidad de armonizar la legislación de los Estados miembros en la materia, propiciando entre otros aspectos un concepto mercantil armonizado de Sociedad Familiar¹². Además, la Comisión Europea ha impulsado acciones e iniciativas específicas encaminadas a incentivar a las empresas familiares, fundamentalmente referidas a las pequeñas y medianas empresas¹³. Sin retrotraernos a las primeras resoluciones de la Comisión Europea¹⁴, desde la *Carta Europea de la Pequeña Empresa*, adoptada en Feira en 2000¹⁵, la Comisión Europea ha intentado crear un entorno empresarial favorable a la constitución y consolidación de las empresas familiares, estando todavía en pleno desarrollo los programas de la Unión Europea en apoyo de las PYME para el periodo 2007-2013. Entre sus actuaciones, aparte de otras iniciativas¹⁶, sobresale la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «*Pensar primero a pequeña escala*» «*Small Business Act*» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas¹⁷, en el que se deja constancia de la aspiración a “promover el

¹² VICENT CHULIÁ, F., “Organización jurídica de la sociedad familiar”, VV.AA., *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Vol. V. Madrid, McGraw Hill, 2002, pp. 4529-4570.

¹³ Véase la Recomendación 96/280/CE, de la Comisión, de 3 de abril de 1996, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas (PYME), DO L 107, de 30.4.1996, sustituido por la Recomendación 2003/361/CE, de la Comisión, de 6.5.2003, DO L 124, de 20.5.2003.

¹⁴ La primera es la Recomendación 94/1069/CE, de 7 de diciembre de 1994, «sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas» (DO L 385 de 31.12.1994 p. 14), disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994H1069:ES:NOT>.

A ella siguieron otras como la Comunicación de la Comisión de 28 de marzo de 1998 sobre el mismo tema; el Informe Final del Grupo de Expertos sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas de mayo de 2002; y la Comunicación de la Comisión de 11 de febrero de 2004, al Consejo del Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Programa Europeo a favor del espíritu empresarial.

¹⁵ CONSEJO EUROPEO, *Carta Europea de la Pequeña Empresa*, Feira, 2000. Disponible en http://www.europarl.europa.eu/summits/fei1_es.htm. (Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014, (consultado por última vez el 15 de diciembre de 2014).

¹⁶ COMISIÓN EUROPEA, «Implementación del programa comunitario de Lisboa - Una política moderna de la PYME para el crecimiento y el empleo», COM (2005) 551 final de 10.11.2005; COMISIÓN EUROPEA «Pequeñas y medianas empresas: la clave para lograr más crecimiento y empleo. - Revisión intermedia de la Política Moderna de la PYME», COM (2007) 592 final de 4.10.2007; COMISIÓN EUROPEA Comunicación de la Comisión al Consejo del Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones COM(2011) 78 final de 23.2.2011 «Review of the "Small Business Act" for Europe. Disponible en http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/small-business-act/files/sba_review_en.pdf, (consultado por última vez el 15 de diciembre de 2014).

¹⁷ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «*Pensar primero a pequeña escala*» «*Small Business Act*» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas Bruselas, 25.6.2008 COM(2008) 394 final. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0394:FIN:es:PDF>. (consultado por última vez el 15 de diciembre de 2014).

crecimiento de las PYME ayudándolas a afrontar los problemas que siguen obstaculizando su desarrollo”. Importancia crucial poseen también el Documento del Consejo de la Unión Europea «*Information note on the Small Business Act for Europe (SBA)*»¹⁸ y el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «*Distintos tipos de empresa*» (Dictamen de iniciativa)¹⁹. En un plano más global, la Corporación Financiera Internacional (CFI) también ha trabajado en estas cuestiones y cuenta desde 2008 con un manual específico de gobierno corporativo de empresa familiar²⁰.

En España, conviene recordar que, en su momento, se constituyó dentro de la Comisión de Hacienda del Senado, una *Ponencia de Estudio sobre la problemática de la empresa familiar*. Se trata de la Ponencia constituida en octubre de 2000²¹, con el propósito de elaborar un informe sobre las empresas familiares, recogiendo aquellas materias que podrían ser objeto de regulación específica. Fruto de ello es la emisión del correspondiente «*Informe de la Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa Familiar*» de 12 de noviembre de 2001²², en el que se recogían una serie de Recomendaciones, entre las que no figuraba la de aprobar una ley específica que comprendiese todos los aspectos implicados en la empresa familiar²³. Como Recomendaciones se incluía la adopción, por parte de las Administraciones Públicas, de las medidas necesarias para alcanzar una óptima política de información y comunicación para el desarrollo y mejora de la gestión en las empresas familiares; la formalización por las empresas familiares de un Protocolo Familiar, que, a modo de acuerdo- marco, sirviese de guía para desarrollar la empresa familiar y las relaciones entre la empresa familiar y su propiedad; y el análisis y, si fuere menester, la modificación del Ordenamiento Jurídico, para impulsar el desarrollo de la actividad de las empresas familiares, especialmente eliminando las dificultades de financiación y la pérdida de control de la gestión, cuando se afronta la sucesión generacional de estas

Vid. también «Small and medium-sized enterprises (SMEs) Family Business», disponible en http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/promoting-entrepreneurship/family-business/index_en.htm (consultado por última vez el 1 de diciembre de 2014).

¹⁸ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA «*Information note on the Small Business Act for Europe (SBA)*» Bruselas, 26.5.2009 (10283/09). Disponible en <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/09/st10/st10283.en09.pdf>. (Consultado por última vez el 2 de diciembre de 2014).

¹⁹ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Dictamen sobre el tema “*Distintos tipos de empresa*” (Dictamen de iniciativa 2009/C 318/05, *DOUE* 23.12.2009).

²⁰ CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL, (BANCOMUNDIAL) *Manual IFC de Gobierno de Empresas Familiares*, IFC Washington, 2008.

²¹ SENADO DE ESPAÑA PONENCIA DE ESTUDIO PARA LA PROBLEMÁTICA DE LA EMPRESA FAMILIAR, constituida en el seno de la Comisión de Hacienda, Estudio Registrado el 11 de Octubre de 2000, http://www.senado.es/legis7/expedientes/index_543000005.html. (consultado por última vez el 13 de diciembre de 2014).

²² SENADO DE ESPAÑA. PONENCIA DE ESTUDIO SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA EMPRESA FAMILIAR. *BOCG* Senado, Serie I, núm. 312, de 23 de noviembre de 2001.

²³ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar, constituida en la Comisión de Hacienda del Senado (octubre 2000). Nota introductoria”, *RdS*, nº 18, 2002, pp. 367-381; ROCA JUNYENT, M., “La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario”. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, en GARRIDO MELERO, M./ FUGARDO ESTIVILL, J.M./ GARRIDO DE PALMA, V. (coords.), Vol. IV, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 23-61.

empresas. La primera de las Recomendaciones recogidas se ha intentado llevar a la práctica desde distintos ámbitos. Una de las iniciativas llevadas a cabo para lograr dicho objetivo fue la publicación en 2003, por el Ministerio de Economía (Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa) de una *Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar*. En lo que se refiere a la segunda Recomendación se procuró darle cumplimiento mediante el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares²⁴.

Por lo que respecta a la cuestión de género entre las empresas familiares, aunque académicamente no ha sido objeto de mucha atención por parte de los juristas, algunos estudios desde campos como la economía o la sociología aportan luz y datos sobre las circunstancias de la participación femenina en estas empresas. Así se ha puesto de manifiesto que en ellas, históricamente los papeles han estado definidos conforme a un esquema en virtud del cual mientras que los hombres trabajaban en la empresa familiar, las mujeres se venían dedicando al cuidado de la casa y de los hijos; y solo sólo en casos extremos (defunción prematura del fundador, etc.) se incorporaba a la dirección de la empresa. Otras conclusiones a las que se llega incluyen el que las hijas son tenidas en cuenta sólo cuando todos los posibles sucesores son mujeres²⁵; que las discriminaciones de género siguen profundamente arraigadas en la cultura familiar y en el proceso de educación; que debido a las jerarquías familiares, las hijas (y los hijos más jóvenes) tienen que enfrentarse a grandes desafíos cuando tratan de participar en el negocio familiar; que las hijas del fundador durante el proceso de sucesión deben resolver conflictos como el derivado de ser frecuentemente percibidas en su entorno como “niña de papá”, a pesar de gozar de excelente capacitación profesional y /o ambición de “mujer de negocios”²⁶. Incluso se ha llegado a establecer que las hijas, aún siendo las primogénitas, no son tenidas seriamente en cuenta para ocupar los puestos de liderazgo en la empresa familiar²⁷, llegando a detectarse casos en los que los propietarios prefieren vender el negocio antes de poner a la hija al frente del mismo; o en los que son excluidas de los puestos de dirección en la empresa familiar por un declarado deseo de los padres de “protegerlas”²⁸.

Frente a la situación descrita, creemos que no resultaría excesivamente arriesgado señalar que existen algunos indicios que recomiendan un cambio de mentalidad y de realidad, también en la ordenación jurídica de la empresa familiar desde

²⁴ Tuvimos ocasión de revisar con más detalle dicha norma en DÍAZ GÓMEZ, M.A./ DÍAZ GÓMEZ, E. “Reflexiones sobre el Real Decreto español 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares”, *Pecunia*, núm. 12 (enero-junio, 2011), pp. 91-118.

²⁵ HABERMAN, H./ DANES, S.M., “Father-daughter and father-son family business management transfer comparison: family FIRO model application”, *Family Business Review* 20 (2), 2007, pp 163-184.

²⁶ DUMAS, C., Understanding of father-daughter and father-son dyads in family-owned business, *Family Business Review* 2 (1), 1989, pp 31-46; DUMAS, C., “Integrating the daughter into family business management”, *Entrepreneurship, Theory and Practice* 16 (4), 1992, pp 41-55; DUMAS, C., “Women’s pathways to participation and leadership in the family-owned firm”, *Family Business Review*, 11 (3), 1998, pp. 219-228.

²⁷ DUMAS, C., “Women’s pathways to participation and leadership in the family-owned firm”, *Family Business Review*, 11 (3), 1998, pp. 219-228.

²⁸ HOLLANDER, B.S./ BUKOWITZ, W.R., “Women, family culture and family business”, *Family Business Review*, 3 (2), 1990, pp. 139-151.

la perspectiva de la paridad de género. Así cabe recordar que en reconocidos programas formativos orientados a la gestión y dirección de empresas familiares, como el Programa de Dirección de Empresas Familiares de IE Business School²⁹, ya se verifica en la actualidad la concurrencia en sus aulas de una mayoría de participantes femeninas, muchas de las cuales emprenden su carrera profesional en el ámbito de estas organizaciones. Y, no es menos revelador que en algún país como en Francia y Reino Unido se haya acuñado el término “Mumpreneur”, para definir a jóvenes madres emprendedoras (no exclusivamente en el ámbito familiar, pero sí incluyendo este tipo de organización), con educación superior y generalmente con experiencia previa en puestos intermedios³⁰.

2. DEBATE SOBRE LA PARIDAD DE GÉNEROS EN LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN DE LAS EMPRESAS

En el ámbito de las grandes sociedades mercantiles europeas, el peso de las mujeres en los consejos de administración ronda el 16,6%, según datos de la Comisión Europea – EUROSTAT (octubre de 2013). Ello supone un aumento del 0,9% respecto al año anterior; incremento que viene fomentado por reformas legales en algunos Estados miembros³¹, por efecto de recomendaciones de buen gobierno³², y por el trabajo activo de organizaciones, plataformas y mujeres a nivel individual y colectivo. En algunos países europeos como Reino Unido, Finlandia y Alemania (en Holanda y Austria en menor medida) se ha avanzado en la autorregulación. En otros países europeos la vía seguida ha sido la de la regulación obligatoria de cuotas en algunos supuestos (Noruega, Bélgica, Francia, Italia). En España, la incorporación de mujeres en los consejos de administración mantiene la tendencia alcista iniciada en 2008 y el número de consejeras del IBEX ha aumentado un 18,1% desde 31 de diciembre de 2012 al pasar de 66 a 78 en poco más de 1 año³³. Han contribuido a esta tendencia, creemos, la recomendación 15

²⁹ BERMEJO, M., “Cuestiones de género en la empresa familiar”, disponible en <http://mba.americaeconomia.com/blogs/ie/cuestiones-de-genero-en-la-empresa-familiar> (consultado por última vez el 12 de diciembre de 2014).

³⁰ Sobre el particular, y a modo de ejemplo, véase la noticia aparecida el 14 de abril de 2014 en el rotativo CHRISTIE, S., “Rise of the 'mumpreneurs' as childcare costs hit £12,000”, *The Telegraph*, disponible en versión electrónica en <http://www.telegraph.co.uk/finance/personalfinance/10772101/Rise-of-the-mumpreneurs-as-childcare-costs-hit-12000.html> (consultado por última vez el 12 de noviembre de 2014).

³¹ Se avanza más en la paridad en los países con presión regulatoria como Francia que desde 2011 cuenta con cuotas (20% en 2014, 40% en 2017), mientras que en 2009 apenas llegaba al 10%; y Noruega, país pionero, fijó en 2009 cuotas del 40%.

³² En 2008 el Código de Gobierno Corporativo de Finlandia de 2008 abogó por la presencia de ambos géneros en los consejos, y el de Suecia recomendó la distribución equitativa. En 2009, en Alemania se incluyeron disposiciones sobre género en el consejo de administración y en el de supervisión (arts. 5.1.2 y 5.4.1). El código belga de Gobierno Corporativo de 2009 también alude al género y la diversidad en general como positiva para enriquecer las capacidades presentes en el consejo.

³³ IESE. Informe 2014, *Las mujeres en los Consejos del IBEX* 35. Accesible en <http://www.iese.edu/research/pdfs/ST-0332.pdf> (consultado por última vez el 30 de septiembre de 2014).

del Código Unificado de Gobierno Corporativo, así como algunas reformas legales³⁴. En efecto, el Código Unificado español estableció que el Consejo debe explicar en el informe anual de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, las razones para que las mujeres estén poco (o nada) representadas, así como las medidas adoptadas para corregir la situación, debiendo verificar que el proceso de cobertura de vacantes del consejo no oculta medidas discriminatorias contra las féminas, así como que la sociedad hace un esfuerzo consciente para incluir a mujeres candidatas suficientemente preparadas y cualificadas para ocupar puestos en el Consejo. Esta recomendación fue adaptada en 2013 para promover el establecimiento de procedimientos de selección que no adolezcan de sesgos discriminatorios en la selección de miembros del consejo. En el plano institucional comunitario existen abundantes precedentes orientados a llamar la atención sobre la falta de diversidad en los órganos de dirección del sector privado de la economía³⁵.

Pese a estos antecedentes, los centrados en organizaciones empresariales de tipo familiar no son muy visibles. Si hay que reconocer algunos ejemplos que incluso en el orden legislativo, afectan a la estructura y configuración organizativa de ciertas empresas de base familiar. Así, como botón de muestra, cabe cita la *Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias*, que según explicita su preámbulo toma base e inspiración en lo relativo a la incorporación de la igualdad no sólo en la titularidad formal de las explotaciones agrarias, sino también en los derechos y responsabilidades sobre ellas. En el mismo sentido cabe resaltar la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural³⁶. Y, finalmente, se alinea en la misma dirección el art. 30 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

³⁴ VIÑUELAS SANZ, M., “Gobierno Corporativo en asociaciones y fundaciones”, en HIERRO ANIBARRO S. (Dir.) *Gobierno Corporativo en Sociedades no cotizadas*, pp. 145- 246, y específicamente p 198 (nota 286). En el plano normativo, la Ley de Igualdad formula en su D.A. 1ª el objetivo de presencia equilibrada en un porcentaje de entre el 40% y el 65%. En el caso de que las empresas tuviesen capital público este principio es obligado (art. 54 LI). Respecto a las de capital privado se pretende que para el año 2015, y a medida que vayan nombramientos, las empresas de cierta entidad alcancen, de forma voluntaria, la presencia equilibrada (art. 75). Adicionalmente, las sociedades anónimas cotizadas, cajas de ahorros y otros emisores de valores en mercados oficiales deben cumplir lo dispuesto en la Orden ECC/461/2013 (desarrollada por las Circulares 4/2013 y 5/2013, de la CNMV). Véase a este propósito el art. 3-f.

³⁵ El “Libro Verde de la Comisión Europea sobre gobierno corporativo en las entidades financieras” en 2010 (COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde El gobierno corporativo en las entidades financieras y las políticas de remuneración* (COM (2010) 284 final) llamó la atención sobre la (sic) *falta de diversidad y de equilibrio entre hombres y mujeres*. La propuesta formulada a finales de 2012, de presencia equilibrada para mujeres y hombres, planteó objetivos vinculantes en relación con los consejeros no ejecutivos y vinculantes respecto a los consejeros ejecutivos (vid. PÉREZ TROYA A., “La incorporación de la perspectiva de género en el derecho mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 288, abril-junio 2013, pp. 27-88 en especial pp. 55 y ss.

³⁶ La Ley 45/2007 estableció un mandato dirigido al Gobierno para promover y desarrollar el régimen de titularidad compartida de bienes, derechos y obligaciones en el sector agrario y la correspondiente protección de la Seguridad Social. Anteriormente el Real Decreto 297/2009 de 6 de marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias había creado la titularidad compartida como una nueva figura preferencial adicional a las reguladas en la Ley 19/1995, de 4 de julio, *de modernización de las explotaciones agrarias*.

Si bien es cierto que la figura que se crea la Ley 35/2011 queda perfilada en su art. 2 como unidad económica, sin personalidad jurídica, no lo es menos que el ámbito de aplicación de esa norma incide directamente sobre un tipo de empresa, la agraria, tradicionalmente vinculada a la familia, y explícitamente relacionada con ella en el texto normativo comentado. El art. 2 de la Ley 35/2011 alude en relación a la explotación agraria de titularidad compartida, como la constituida por un matrimonio o por una pareja de hecho. La Disposición Adicional Primera de la misma ley añade además, la posibilidad de que los titulares de la explotación opten por adoptar la forma de sociedad con personalidad jurídica (siempre constituida por las personas que explotan directamente la actividad agraria), y en concreto, por la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada de las previstas en el artículo 5.2 del *Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo*, añadiendo que esa opción permitirá la administración conjunta de la empresa agraria, que se beneficia de la consideración de explotación conjunta a los efectos de la Ley 35/2011. El avance es pequeño y centrado en un sector económico muy concreto. Hubiera tenido más calado si los Estatutos-tipo de las SRL aludidos en la citada Disposición Adicional (aprobados por la *Orden JUS/3185/2010, de 9 de diciembre*) hubieran incluido explícitamente el requisito de paridad entre sus disposiciones, en lugar de obviar como así ha sido, cualquier mención a la cuestión de género. En todo caso, nos ha parecido reseñable por su incidencia en (un tipo) de explotación económica explícitamente familiar.

3. ENFOQUES POSIBLES PARA LA PEQUEÑA EMPRESA FAMILIAR

Si bien el análisis jurídico de la paridad de género en la dirección de las empresas familiares constituye una cuestión relativamente novedosa, los estudios sociológicos y económicos que hemos citado y el precedente iniciado entre las cotizadas, así como algunas recientes iniciativas entre las que cabe destacar la puesta en marcha por parte de WCD (*Women Corporate Directors*), que es seguramente la organización de mujeres directivas más influyente del mundo y ya ha auspiciado trabajos para incrementar la paridad de géneros en la dirección de las empresas familiares³⁷, nos animan a contribuir a este debate con algunas ideas sobre como fomentar el equilibrio de género en el planteamiento estratégico de la dirección, presente, y futura (incluida la etapa sucesoria) de las empresas familiares.

3.1.- Peculiaridades de las empresas familiares y protocolos familiares.

Por su carácter mixto, junto a los órganos societarios propios de las figuras societarias, coexisten en estas organizaciones otros que son la Junta de Familia y el Consejo de Familia, y, en su caso, con los comités de seguimiento (comités de Protocolo Familiar,

³⁷ Sobre el particular, *vid.* <http://www.campdenfb.com/article/businesswomens-organisation-launches-council-family-firm-board-members> (consultado por última vez el 17 de diciembre de 2014).

de formación de los miembros más jóvenes de la familia, de retribuciones, etc.). Los órganos especiales para la articulación de las empresas familiares fueron objeto de atención en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares³⁸.

La Sociedad Familiar goza de las ventajas de tener como sustrato unos socios que forman parte de la familia³⁹. Ello comporta ventajas competitivas o aspectos positivos que derivan de la imbricación en la Empresa Familiar de dos instituciones, familia y empresa.

Como aspectos positivos, o fortalezas que llaman particularmente la atención en estas empresas figuran el mayor compromiso y dedicación asumido por los socios; que suele ser una constante la práctica de la autofinanciación y reinversión de beneficios, con escaso reparto de dividendos, lo que les permite afrontar más satisfactoriamente las crisis económicas; una orientación más adecuada hacia el mercado; mayor vinculación con la clientela; mayor compromiso social; una planificación a largo plazo; y una fluidez mayor en la toma de decisiones⁴⁰.

No obstante, no hay que ocultar tampoco que la Empresa Familiar tiene sus debilidades. Así, entre éstas cabe dejar constancia, con SÁNCHEZ-CRESPO⁴¹ de su reticencia a acudir a la financiación externa, por temor a perder el control de la empresa; la confusión del patrimonio empresarial y familiar; la elección de una estructura empresarial ineficiente, por estar poco planificada sobre todo en la primera generación, y fiscalmente muy costosa; la gestión poco eficiente, por no estar profesionalizada; y, de una manera especial, por los problemas que plantea, la espinosa cuestión del relevo generacional, por no haber preparado el fundador la sucesión de la empresa. Por lo demás, no ha de perderse de vista que, con frecuencia, la circunstancia misma de confluir en una misma sociedad mercantil estas dos realidades, familia y empresa⁴², puede traer consigo una serie de conflictos, pudiendo minar los pilares sobre los que se asienta dicha sociedad, hasta llegar a arriesgar la conservación de la empresa y la continuidad de la misma Sociedad Familiar. A este respecto, huelga recordar que mientras la familia está presidida y unida por unos valores y sentimientos de cariño, ayuda mutua y lealtad entre sus miembros, la idea predominante en la empresa es la maximización del beneficio. Amén de lo anteriormente expuesto debe subrayarse que las Empresas Familiares constituidas en forma de sociedades mercantiles, además de

³⁸ Para un análisis detenido del tema, *vid.* DÍAZ GÓMEZ, M.A./ DÍAZ GÓMEZ, E., “Reflexiones sobre el Real Decreto español 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares”, *Pecunia*, núm. 12 (enero-junio, 2011), pp. 91-118.

³⁹ Véase GALLO, M., “La empresa familiar: fortalezas y trampas”. *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, en GARRIDO DE PALMA, V.(Dir.), Cívitas, Madrid, 1995, pp. 50-59; y GARRIDO DE PALMA, V. (2005).

⁴⁰ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A., J. *El protocolo familiar. Una aproximación práctica a su preparación y ejecución*, Sánchez-Crespo Abogados y Consultores, Madrid, 2009, pp. 55 y 56.

⁴¹ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J., *El protocolo familiar*, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

⁴² Para un análisis de los problemas de confusión que se producen en la Empresa Familiar, véase FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar”, *RdS*, nº 19, pp. 89-113, en especial, pp. 89 y 90, quien hace hincapié en la confusión entre empresa y familia; entre empresa y accionariado o propiedad familiar; y entre empresa y gestión familiar.

estar expuestas a los mismos riesgos que cualquier otra empresa, a ellas trascienden –en mayor o menor medida- las diversas situaciones o circunstancias que afecten a los miembros de la familia que sean socios de las Sociedades Familiares, que por lo demás pueden estar reguladas por las correspondientes normas civiles que puedan resultar de aplicación. Baste citar, a título de ejemplos, los supuestos de matrimonio de alguno de los socios, el divorcio, el fallecimiento, la adopción, etc.⁴³.

Tratando de hacer frente a las diversas situaciones de este tipo que se pueden plantear en las distintas etapas de desarrollo de la Sociedad Familiar y, de manera especial, la sucesión de la Empresa Familiar sin pérdida de este carácter, el legislador contempló en el Real Decreto 171/2007 la posibilidad de suscribir y dar publicidad al Protocolo Familiar. Y es que no hay que desconocer que las circunstancias y avatares que puedan acontecer en la familia que compone y controla la Sociedad Familiar, y que pueden repercutir en el desarrollo de la actividad empresarial que constituye su objeto, son numerosos, y diferentes en cada una de las etapas recorridas, muchas veces impredecibles, repletos de conflictos de difícil resolución y en las que el componente emocional desempeña un protagonismo de primer orden.

Pues bien, el Protocolo Familiar cumple, a este respecto, un cometido fundamental, al permitir prever en él y tratar de resolver los eventuales conflictos que puedan suscitar los eventos más frecuentes o previsibles que puedan acontecer en la Sociedad Familiar, derivados de las situaciones que afecten al componente personal de la misma.

Esta idea conecta con el *shareholders agreement* previsto en las Sociedades Familiares de los países de nuestro entorno, especialmente anglosajones⁴⁴, en los que, como proclama el Preámbulo del Real Decreto 171/2007, esta cultura del protocolo familiar “se encuentra sancionada en las prácticas económicas y de buen gobierno de las sociedades familiares” considerándose “una garantía adicional para terceros, inversores y acreedores, además de para los propios socios, al dotar de previsibilidad el relevo generacional en la sociedad”.

La doctrina⁴⁵, antes del Real Decreto 171/2007 había venido ensayando una definición del Protocolo Familiar, hasta que en la actualidad el mismo Preámbulo del Real Decreto 171/2007 formula una definición de Protocolo Familiar, que se reitera en el art. 2.1 de dicho texto legal, con este tenor:

⁴³ Como pone de manifiesto FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., en “Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar”. *RdS*, nº 19, 2002, pp. 89-113. “las ventajas e inconvenientes de la empresa familiar son realmente anverso y reverso de la misma moneda (interés en común “versus” interés en conflicto; autoridad reconocida “versus” fracciones divididas; compenetración “versus” odio personal)”.

⁴⁴ VICENT CHULIÁ, F., “Organización jurídica de la sociedad familiar”, VV.AA.: *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Vol. V, McGraw Hill, Madrid, 2002 pp. 4529-4570, señaladamente p. 4555.

⁴⁵ Así, entre otros, RODRÍGUEZ-APARICIO, J.A., “El protocolo familiar”, *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, VICENT CHULIÁ, F. y otros (Dir.), Cuatrecasas-Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 287-322, en particular, p. 295, que recoge esta definición de Protocolo Familiar: “un acuerdo entre accionistas familiares titulares de bienes o derechos que desean gestionar de manera unitaria y preservar a largo plazo, cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la Familia y la Empresa o el Patrimonio”.

A los efectos de este real decreto se entiende por protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad.

Este instrumento, como insiste atinadamente el Preámbulo del Real Decreto 171/2007, no supone una alteración de la configuración legal de los tipos societarios ni la introducción de especialidades en los mismos, de modo que “no se regulan aspectos estructurales u organizativos de la sociedad familiar ni se establecen los eventuales caracteres de la misma”. En definitiva, es una herramienta de “carácter estrictamente voluntario”, como advierte el Preámbulo del Real Decreto 171/2007. No es que el legislador obligue a la empresa organizada en forma de Sociedad Familiar a elaborar, suscribir y publicar un Protocolo Familiar. Antes bien, los miembros de la Sociedad Familiar pueden optar por aprobarlo o no. Como matiza con buen criterio la doctrina, el Protocolo Familiar “es un ejercicio de autorregulación”⁴⁶ o “un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar en las áreas que le son trascendentes, las cuales no coinciden necesariamente con las previstas en la normativa societaria”⁴⁷. Es la familia empresaria la que libremente decide elaborarlo, por la convicción que tiene de que podrá resultar útil al acometer el cambio generacional. Así pues, en la conformación del Protocolo Familiar existe un amplísimo espacio para la libre autonomía de la voluntad, dejando conscientemente sin regular el Real Decreto los aspectos subjetivo, objetivo y formal del protocolo, así como su contenido. Y todo ello con la idea de que sean las partes que suscriben el Protocolo las que diseñen el perfil del mismo y lo configuren libremente, en función de las particulares necesidades de la concreta Sociedad Familiar.

Los Protocolos son, por tanto, un conjunto de pactos firmados por los miembros de la familia que sean socios o con terceros con los que guardan vínculos familiares⁴⁸. Suele calificarse como un acuerdo marco entre los miembros de la familia⁴⁹, que puede incluir múltiples pactos. Ha de ser otorgado y suscrito por todos los socios familiares de la Sociedad Familiar previendo el legislador la posibilidad de que lo firmen también personas que no siendo socios tengan vínculos familiares que afectan a esa concreta Sociedad⁵⁰. También parece necesario que lo suscriban e intervengan en su formulación

⁴⁶ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J., *El protocolo familiar. Una aproximación práctica a su preparación y ejecución*, Sánchez-Crespo Abogados y Consultores, Madrid, 2009, p. 63.

⁴⁷ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar”. *RdS*, nº 19, pp. 89-113, en particular p. 90.

⁴⁸ DÍAZ GÓMEZ, M.A./ DÍAZ GÓMEZ, E., “Reflexiones sobre el Real Decreto español 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en las sociedades familiares”, *Pecunia*, núm. 12 (enero-junio, 2011), pp. 91-118

⁴⁹ Véase la *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar*, que añade que “el Protocolo Familiar debe ser un instrumento vivo, que sirva de norma para guiar las actuaciones familiares en la empresa y que, a su vez, sea capaz de contribuir a la solución de las eventuales incidencias que se produzcan en el seno de la familia, y que estén relacionadas con la unidad productiva”.

⁵⁰ VV. AA. *Memento práctico Francis Lefebvre Sociedades Mercantiles 2011*. Francis Lefebvre S.A., Madrid, p. 806.

los miembros de la familia que trabajen en ella, aunque no sean socios⁵¹. Como indica el legislador el objetivo perseguido con el Protocolo Familiar es “lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”.

En este contexto el marco de los Protocolos familiares parece muy adecuado para que se contemplen medidas de paridad y equilibrio entre hombres y mujeres, también pertenecientes a la familia. Precisamente, las características de este tipo de entidad y el encuentro entre intereses, valores y realidades mixtas, más allá de los meramente empresariales son particularmente adecuadas para establecer medidas de paridad, por ejemplo, en la promoción de miembros de la familia, en relación con la sucesión de los puestos más importantes, o incluso, en relación con las oportunidades de formación y trabajo en la empresa, de forma que no se permita que uno de los dos sexos quede desproporcionadamente relegado respecto del otro. Dado que en el entorno familiar nacen, crecen, se educan, trabajan, etc. niños y niñas que constituyen la generación futura que llevará las riendas del negocio, la visión equilibrada moderna y justa de esa realidad por parte de los miembros de la familia contribuirá a la introducción de dispersiones para favorecer la paridad.

3.2. Guías de conducta y buen gobierno de empresas familiares

La cuestión de género en los órganos de dirección se plantea en este trabajo como elemento organizativo, es decir como un elemento de equilibrio objetivo cuya resolución corresponde prever a las actuales generaciones para abrir el camino de las futuras. El protocolo constituye un documento (no el único) donde tales previsiones pueden tener cabida.

A caballo entre el orden normativo–legislativo y los pactos estatutarios, acuerdos entre accionistas (y/o protocolos como los de tipo familiar sobre los que acabamos de exponer), y enraizados en el entorno empresarial actual, las guías y códigos de buen gobierno tienen mucho que aportar también, para contribuir a configurar unas empresas donde el papel profesional, formación y capacidades de hombres y mujeres sea reconocido de igual modo.

En el caso de las empresas familiares, el papel de las guías de buen gobierno con directrices adecuadas para las organizaciones de reducido tamaño, es muy importante por su influencia, y porque introducen (adaptándolos) los modos de gestión cuya eficacia fue constatada entre las grandes empresas. Así ha tenido ocasión de comprobarse, por ejemplo, en la generalización de las comisiones de nombramientos y retribuciones; inicialmente ideados para empresas grandes y cotizadas, y cada vez más presentes en las pequeñas.

Dentro de los textos sobre buen gobierno de las empresas familiares, y haciendo especial hincapié en el de las pequeñas, destaca en España la *Guía para la pequeña y*

⁵¹ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J., *El protocolo familiar. Una aproximación práctica a su preparación y ejecución*, Sánchez-Crespo Abogados y Consultores, Madrid, 2009, p. 66.

*mediana empresa familiar*⁵² que abunda en la idea de que el protocolo debe ser redactado como documento vivo. En la misma dirección se sitúa también la *Guía Práctica para el buen Gobierno de las Empresas Familiares, del Instituto de Empresa Familiar*⁵³. Más allá de nuestras fronteras, por su prestigio, podríamos citar el *Manual IFC para el gobierno de las empresas familiares*⁵⁴.

Pese a la tendencia de que los códigos de buen gobierno de sociedades cotizadas promuevan desde hace ya dos lustros la paridad en la representación de los géneros en los órganos de dirección de empresas, llama la atención que tal preocupación no se haya transmitido al ámbito de las pequeñas empresas familiares. De entre los textos consultados, apenas alguno aborda la relevancia de la cuestión del género en las empresas familiares, y ninguno de ellos -en modo alguno- promueve la paridad o se orienta de forma explícita a favor ella, ni en los órganos específicamente familiares, ni en los societarios.

Por ejemplificar la situación que acabamos de describir: En Alemania, el código de buen gobierno *Governance Kodex für Familienunternehmen – GKFU-*, que, según su propio preámbulo, fue publicado de forma específica para la gran empresa, pero que además se concibió como fuente de inspiración general para todas las sociedades de capital alemanas alude al objetivo de paridad. Sin embargo, resulta curioso que el Código de Buen Gobierno de Empresa Familiar más seguido en ese país, que se nutre en buena medida de los contenidos del *GKFU*, obvie por completo realizar ninguna referencia a la cuestión de género⁵⁵. De forma semejante, en España, frente a la recomendación 15 del Código Unificado a la que aludíamos, las grandes guías sobre empresa familiar tampoco mencionan la importante cuestión del equilibrio de sexos. Merece mención, por su singularidad, la guía de empresarios de Coruña⁵⁶, que reconoce explícitamente que la actitud de la empresa hacia las mujeres de la familia puede ser un motivo de conflicto que conviene solventar. Es un pequeño paso, pero ni siquiera en este plano de mera referencia abundan los ejemplos.

Hubiera sido, a nuestro juicio, deseable que las guías de buen gobierno de empresa familiar se hubieran adentrado a reflexionar al menos sobre el papel de la mujer como directiva, y la función que puede desenvolver también en los negocios familiares; y sobre la importancia de que en tanto que familiares jóvenes en fase vital de formación, y/o como trabajadoras, directivas, etc., las mujeres de la familia deben

⁵² DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Guía para la DGPPME*, Madrid, 2008.

⁵³ INSTITUTO DE EMPRESA FAMILIAR, *Guía Práctica para el buen Gobierno de las Empresas Familiares, del Instituto de Empresa Familiar*, IEF Barcelona, 2012.

⁵⁴ INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, *Manual para el buen gobierno de las empresas familiares*, IFC Washington, 2011.

⁵⁵ ZABALETA DÍAZ, M., “La experiencia comparada de gobierno corporativo en sociedad no cotizada”, en HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *Gobierno Corporativo en Sociedades no cotizadas*, pp. 83-143, en especial p. 97.

⁵⁶ Ver, CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE LA CORUÑA, *Guía de la empresa familiar*, Coruña, 2008, p. 65. Disponible en https://www.cec.es/almacen/servicios/empresa_familiar/documentos/guiaempresafamiliar.pdf. (consultado por última vez el 17 de diciembre de 2014).

poder optar en plano de igualdad con sus maridos, hermanos, primos etc., a las diversas oportunidades disponibles.

4. REFLEXIONES A MODO DE RECOMENDACIONES

De las consideraciones realizadas en este trabajo cabe extraer algunas reflexiones finales, a modo de recomendaciones o, en su caso, como punto de partida para propuestas de *lege ferenda* encaminadas a lograr un mayor equilibrio de género en la pequeña empresa familiar. En síntesis, son las siguientes:

1ª.- El papel de la mujer en el presente y futuro de las empresas familiares está llamado a ser más reconocido y relevante, más allá de las tareas propias de la gestión de la familia, donde históricamente ha estado más involucrada muchas veces a través de mecanismos informales. Ha de darse un paso más, hacia delante, haciendo posible también el desarrollo de funciones tanto ejecutivas como de gobierno.

2ª.- Si, como es evidente desde hace años, las titulaciones universitarias, profesionales, e incluso los estudios de especialización en empresa familiar cuentan con un porcentaje elevado de tituladas que se están abriendo camino en todo tipo de empresa, las familias empresarias tienen una oportunidad histórica para mostrar sensibilidad a la hora de identificar y apoyar a los líderes que las dirigirán tanto en la esfera familiar como en la empresarial, evitando relevar o relegar a algunas por motivos de su sexo. Así las cosas, parece razonable potenciar la continuidad de estas mujeres en la empresa, aprovechando el potencial que posean en pro de la adecuada explotación de la misma.

3ª.- Los ámbitos de promoción de la paridad en el entorno de la empresa familiar son, si cabe, más amplios que en otro tipo de organizaciones empresariales. Y ello porque la doble vinculación de sus miembros (de parentesco, por un lado, y de negocio, por otro) hace que en su seno se diluciden cuestiones muy variadas. Así, entre estos temas, se incardinan desde aquellos directamente vinculados con la administración y gestión societaria y patrimonial de la entidad o del grupo, a otros relacionados con la sucesión en el liderazgo, el fomento de la formación y acceso a puestos de trabajo y programas de carrera profesional para las generaciones jóvenes, el rol de las parejas de los parientes, el papel y ordenación de intereses de diversas ramas familiares, etc.

4ª.- Los protocolos familiares, definidos por el legislador dejando muy amplio margen a la autorregulación, constituyen un tipo de documento idóneo para plasmar las inquietudes de la familia a favor de la igualdad de sus miembros. La inclusión de cláusulas de paridad de género en los protocolos familiares permitirá asegurar que las féminas de la familia reciban un trato justo en el entorno empresarial, incluso en casos extremos. Así sucedería, por ejemplo, en casos como la defunción prematura del progenitor que ampara a determinada rama de parientes sin dejar heredero varón; en situaciones de sucesión donde concurren posibles sucesores hombres y mujeres, con potencial para ejercer el liderazgo; divorcios y procreaciones en sucesivos matrimonios, etc..

5ª.- Las organizaciones de empresarios y la propia administración, que patrocinan y elaboran códigos de conducta, guías de buen gobierno, o incluso estatutos societarios modelo, tienen una gran influencia sobre la fijación de puntos en la agenda de las empresas, y sobre como éstas ejercen su poder de autorregulación.

Es verdad que en los códigos de empresa generales y de cotizadas hace años se ha iniciado un proceso de apertura y sensibilización, que ha influido en los legisladores. Pero es igualmente cierto que éste no es el caso de España, ya que nuestra recientemente modificada LSC ha obviado cualquier referencia a la paridad en la composición de órganos. Y es también cierto que en el ámbito específico de las empresas familiares, el camino está prácticamente baldío.

Es por ello que entendemos, como reflexión final, que en este contexto convendría que las organizaciones que representan empresas familiares abriesen con fuerza el debate introduciendo propuestas serias en sus códigos.

EL LUGAR DE LA FUNDACIÓN EN EL CÓDIGO MERCANTIL*

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO**

Resumen

En el presente trabajo se intenta precisar si un Código Mercantil de nuestro tiempo ha de ocuparse de regular las fundaciones, bien de manera exclusiva, bien complementando su tradicional tratamiento específico. No parece discutible que un cuerpo legislativo semejante habría de dedicar atención a las fundaciones que ejerzan actividades empresariales, siéndoles de aplicación, en principio, el estatuto jurídico previsto con carácter general para todos los empresarios. El Anteproyecto de Código mercantil no menciona expresamente a dichas personas jurídicas a la hora de delimitar su presupuesto subjetivo; no obstante, favorece la inserción en sus previsiones no sólo de las fundaciones empresarias, precisamente por tener tal carácter, sino también de las que puedan merecer el calificativo de “operadores de mercado”, concepto con arreglo al cual se delimita subjetivamente su ámbito de aplicación.

Contenido

1. Introducción: el tradicional desinterés de los códigos de comercio por las fundaciones. – 2. Algunas cuestiones previas. – 2.1. La vocación de totalidad de los códigos. – 2.2. La singularidad de la fundación empresaria. 2.3. La fundación como operador del mercado. – 3. ¿Cuál debería ser el lugar de la fundación en un Código Mercantil de nuestro tiempo? – 3.1. Premisa. – 3.2. Apuntes sobre los criterios de inserción de la fundación empresaria en un Código Mercantil contemporáneo. – 3.2.1. El punto de partida. – 3.2.2. Ubicación y alcance del régimen de la fundación empresaria en el Código Mercantil. – 3.3. Sobre la inserción de la fundación, como mero operador del mercado, en un Código Mercantil contemporáneo. – 4. ¿Cuál es el lugar de la fundación en el ACM? – 4.1. Premisa: la fundación no existe nominalmente para el ACM. – 4.2. La fundación empresaria y el ACM. – 4.3. La fundación como operador del mercado y el ACM. 5. Consideraciones finales.

* El presente trabajo se integra en el proyecto de investigación “La renovación tipológica en el Derecho de sociedades contemporáneo” (DER2013-44438-P), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que es investigador principal el autor. Por el tema tratado y por las limitaciones de espacio ha parecido conveniente prescindir de las cuestiones puramente dogmáticas, reduciendo al mínimo las notas a pie de página y el aparato crítico.

** Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Valencia.

1. INTRODUCCIÓN: EL TRADICIONAL DESINTERÉS DE LOS CÓDIGOS DE COMERCIO POR LAS FUNDACIONES

El título del presente trabajo, dedicado con toda cordialidad al prof. Rafael Illescas, puede ser calificado, desde un punto de vista tradicional, como paradójico, extraño y aun contradictorio. Y el motivo de esa aparente perplejidad del lector no es difícil de expresar: hablar, a la vez, de “fundación” y “código mercantil”, no sólo en el contexto de la reforma del Derecho Mercantil español, como si entre ambos elementos hubiera una relación natural y estable, podría parecer, con esa misma perspectiva, un grave error conceptual, cuyas razones resultan evidentes; así, un código mercantil es una pieza legislativa destinada a regular la organización y la actividad de unos sujetos, denominados empresarios, orientados en su funcionamiento a la obtención de una ganancia repartible, y la persona jurídica llamada fundación es reconocida por el ordenamiento –desde luego, el español- a los solos efectos de la realización de un fin de interés general, careciendo, por ello mismo, de ánimo de lucro.

Sobre la base de los anteriores argumentos, que siguen manteniendo en nuestros días una cierta vigencia, se explica, entonces, el tradicional desinterés de los códigos de comercio por las fundaciones, que vendrían a ser, de acuerdo con lo indicado, un “cuerpo extraño” para la codificación mercantil. Con todo, no parece posible mantener incólume dicho criterio, a la vista, en particular, de una serie de relevantes matices que permitirían superar, de adoptarse una política jurídica coherente, el mencionado desinterés. En tal sentido, como es bien sabido, el ánimo de lucro ha dejado de ser, desde hace tiempo, un rasgo diferenciador de la figura del empresario, como se pone de manifiesto, no sin objeciones, en diferentes sectores de nuestro ordenamiento, sobre todo en el Derecho de sociedades. Del mismo modo, y con antigüedad también destacada, se admite, como criterio general, que una fundación ejerza actividades empresariales, lo que en el caso de su realización directa, sin interposición de sociedades participadas, acarreará para ella, según la opinión dominante, la calificación de empresario. Al lado de esta última realidad, y de acuerdo con el propósito de nuestro estudio, ha de tenerse en cuenta el hecho, igualmente actual, de que muchas fundaciones, sin desempeñar propiamente actividades empresariales, están presentes con regularidad en el mercado como auténticos operadores, noción doctrinal esta última de la que se ha hecho eco, por otra parte, el Anteproyecto de Código Mercantil (en adelante, ACM).

De esta doble constatación, es decir que, de un lado, hay empresarios plenamente mercantiles sin finalidad lucrativa y, de otro, existen fundaciones empresarias, sin perjuicio de que muchas otras puedan considerarse auténticos operadores del mercado, no se ha extraído, al menos en nuestro país, todas las consecuencias pertinentes. Marginaremos, en el presente estudio, la primera vertiente, sobre la cual, por otro lado, cabe encontrar en nuestra doctrina suficientes aportaciones de calidad. Más interés tiene, por el contrario, concentrar la atención en la segunda, no tanto en lo que se refiere a la delimitación de la fundación empresaria o al concepto de “operador del mercado”, tareas, por lo demás, a las que será necesario referirse en el curso de la exposición, sino respecto de su posible inserción en un auténtico código mercantil. Inserción, por otro lado, cuyos perfiles intentaremos trazar desde la

perspectiva de un hipotético código de tal naturaleza, pero también desde la perspectiva concreta del ACM, que por ser un texto *in itinere*, es susceptible no sólo de la consuetudinaria interpretación normativa, sino de un análisis crítico y reconstructivo.

2. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS

2.1. La vocación de totalidad de los códigos

Dedicar algunas reflexiones al posible relieve de una figura, como la fundación, en un hipotético (y contemporáneo) código mercantil puede parecer una tarea puramente especulativa y, por ello mismo, de escaso o, incluso, nulo interés. Sin negar que en esta crítica hay una indudable cuota de acierto, resulta pertinente el planteamiento indicado por diversas razones, algunas de las cuales se han expuesto ya en el epígrafe anterior. De entrada, no puede calificarse de especulativa una idea que se deduce de la propia naturaleza de las cosas; nada más lógico, en principio, que ubicar en el código mercantil (sea éste el que fuera) a todos los sujetos que merezcan, con arreglo a los criterios pertinentes, la calificación de empresarios.

Aunque el paso del tiempo permita relativizar el planteamiento, al menos en parte, cualquier código, incluido, por supuesto, el mercantil, tiene, por su propia naturaleza, vocación de totalidad; dicho de otro modo, nada que tenga que ver con la delimitación de su campo de aplicación, tanto desde la vertiente subjetiva como objetiva, puede resultar, en principio, ajeno a su contenido. Es indudable que el modo de realizar dicha vocación varía notablemente si comparamos los códigos decimonónicos con los ejemplos actuales de codificación mercantil. Frente al criterio, si se quiere rígido y un tanto estático, que distingue a los primeros, tal y como puede apreciarse todavía en el vigente código de comercio español, en los segundos se aprecia una mayor flexibilidad y un evidente pragmatismo, características quizá derivadas de etapas anteriores, sobre todo en el último tercio del pasado siglo, en las que se teorizó extensamente sobre la aparente decadencia de la idea codificadora. En este sentido, el ACM es un documento representativo de la tendencia indicada, a cuya consolidación pueden contribuir, además de otras razones de fondo en las que ahora no podemos entrar, algunas innovaciones de técnica legislativa, como es la fórmula “a Derecho constante”, basada en el ejemplo del vigente código francés.

Pero esa vocación de totalidad no suele ser incompatible, tanto en el pasado con el presente, con la exclusión del código de ciertas figuras o instituciones que, *prima facie*, habrían de regularse en él, si se siguiera fielmente la política jurídica que ha dado fundamento a su elaboración. Razones diversas que van desde la dificultad técnica inherente a su regulación hasta la simple conveniencia (sea ésta la que fuera) pueden explicar, que no siempre justificar, tales ausencias. Ello no impide, sin embargo, que esas figuras “desaforadas” hayan de quedar por completo al margen de las previsiones establecidas en el código, sobre todo si éste contiene algunas normas de carácter general, comunes a todas las instituciones susceptibles de incluirse en su “programa normativo” o si, en su defecto, se regula una figura con la que guarde estrecha semejanza aquella

que quedó fuera del código. En tales casos, el régimen de esta última vendrá integrado por la normativa codificada que sea aplicable junto con la que específicamente haya podido preverse para ella en disposiciones particulares.

2.2. La singularidad de la fundación empresaria

El caso de la fundación empresaria viene a ser un ejemplo destacado de lo que se acaba de decir. De entrada, la propia figura ha sido, durante bastante tiempo, objeto de intensas controversias, no apagadas en nuestros días, sobre su misma admisibilidad. Aceptada ésta desde un punto de vista doctrinal¹ y, sobre todo, práctico, la política legislativa al respecto se ha desarrollado con extrema prudencia, hasta el punto de que, en nuestros días, son escasos los ordenamientos que la contemplan de manera expresa, siendo uno de ellos, precisamente, el español. Y el acercamiento normativo a la fundación empresaria se ha caracterizado, además de por la escasez de regulación, por su plena inserción en el Derecho de fundaciones, sin vínculo alguno, al menos aparente, con los códigos de comercio. La cuestión es significativa, si bien no puede ser examinada aquí con detalle, y sólo cabe decir que, para el legislador, lo verdaderamente decisivo a la hora de contemplar, en su caso, la figura que nos ocupa, ha sido destacar, por encima de todo, su estricta naturaleza fundacional.

Sobre la base de este criterio, además de por las propias dificultades de ordenación normativa, se entiende que la fundación empresaria no sea vista como una modalidad especial de dicha categoría de personas jurídicas, ni tan siquiera como una variedad necesitada de alguna mención propia; en tal sentido, el fin principal, y prácticamente único, de su reconocimiento legislativo ha sido darle plena legitimidad, previendo, a lo sumo, y como sucede en el Derecho español, las dos grandes formas en que se puede articular el ejercicio de la actividad empresarial: bien llevándola a cabo de modo directo, lo que se conoce con la clásica denominación de “fundación-empresa”, bien interviniendo en ella a través de su participación en una sociedad mercantil, supuesto identificado en los últimos años mediante la fórmula “fundación con empresa”. Con esta orientación de política jurídica y de ordenación normativa son muchos los problemas, como es bien sabido, que quedan irresueltos, sin ofrecerse, al mismo tiempo, pistas sólidas desde las que pueda trazarse por la doctrina, con un mínimo de seguridad, el régimen que la propia significación económica de la fundación empresaria demanda de manera indeclinable.

Uno de esos problemas necesitados de solución se refiere, precisamente, a la política jurídica y legislativa que habría de adoptarse para el tratamiento de las

¹ Por limitarnos al Derecho español, véase la clásica y fundamental obra de VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1969; en el marco de la vigente legislación fundacional, LA CASA GARCÍA, R., “La fundación-empresa”, en OLIVENCIA, M./ FERNÁNDEZ NÓVOA, C./JIMÉNEZ DE PARGA, R., (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil*, XVII, Marcial Pons, Madrid, 2009, PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, EMBID IRUJO, J.M., “Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresaria)”, *ADF*, 2010, págs. 15 y sigs.

modalidades mencionadas de fundación empresaria; es decir, se trata de saber si haría falta contemplarlas de modo separado o si sería posible una regulación común. Al margen de su idéntica naturaleza fundacional, resulta evidente la diferencia de estructura existente entre un supuesto y otro, que ha dado lugar a algunas consecuencias significativas en su tratamiento doctrinal. Entre ellas cabe destacar ahora la opinión mayoritaria de que sólo la fundación empresa merece, con arreglo al planteamiento clásico en la materia, la calificación de empresario. En dicho supuesto, como es notorio, la fundación ejerce la actividad empresarial en nombre propio y sin interposición de ente alguno entre la fundación y la empresa propiamente dicha, que viene, de este modo, a integrarse en la persona jurídica, la cual asume, por ello, las consecuencias patrimoniales que se deriven.

En el caso de la fundación con empresa, la evidente alteridad entre la persona jurídica y la actividad empresarial desarrollada, que se adscribe, al menos de manera formal, a la sociedad o sociedades en que aquélla participe, excluye el requisito del ejercicio en nombre propio a los efectos de su calificación como empresario. Del mismo modo, resulta dudoso que, por la indicada interposición subjetiva, vaya a asumir la fundación los resultados patrimoniales de la actividad empresarial indirectamente ejercida. A nuestro juicio, este planteamiento necesita una urgente revisión, a la vista, desde luego, de su incapacidad para explicar, precisamente, el punto de partida del debate, que no es otro, como sabemos, que la efectiva intervención de la fundación en la actividad de empresa radicada en la sociedad o sociedades en las que participa. Desde un punto de vista funcional, hoy mayoritario a la hora de afrontar, desde el Derecho las realidades del mundo económico, no parece dudoso que la fundación con empresa merezca el calificativo de empresario.

Es cierto, con todo, que la reseñada diferencia de estructura entre ella y la fundación-empresa ha de tener consecuencias en su regulación por el Derecho. De este modo, y dicho de manera elemental, así como esta última puede ser tipificada en un código mercantil con arreglo a pautas ya suficientemente establecidas, la fundación con empresa, sin perjuicio de alguna alusión inicial en tal sentido, habrá de situarse en la órbita de las uniones de empresarios y, más específicamente, en el sector específico de los grupos. Ello se debe a que dicha fundación dirige la actividad empresarial desarrollada por las sociedades en las que participa, señalando pautas de organización comunes e impartiendo instrucciones de obligado cumplimiento por todas ellas. Se describe, con ello, la realidad de un auténtico grupo en el que corresponde a la fundación la titularidad de lo que se ha llamado en nuestro Derecho “unidad de decisión”, razón de ser de esta singular forma de empresa y elemento decisivo para su regulación jurídica.

No siendo, en sentido estricto, objeto de este trabajo el análisis detallado de las modalidades de fundación empresaria, basta, por el momento, con lo dicho, si bien en lo sucesivo será preciso aludir, si bien de manera sintética, a ambas figuras con motivo de las reflexiones relativas a su posible inserción en un código mercantil, hipotético o real.

2.3. La fundación como operador del mercado

No es una novedad referirse, en nuestro tiempo, a las fundaciones como “operadores del mercado”, calificación formulada en un principio por la doctrina² y que, recientemente, ha hecho suya el ACM. Sin entrar ahora en el contenido de este último, conviene destacar, desde luego, la modernidad del calificativo, que pone de manifiesto, entre otras cosas, la visión de nuestra figura no desde ella misma, sino desde su presencia, mayor o menor, en el mercado, como ámbito esencial del sistema económico. Una cosa es, por ello, la ordenación jurídica de la fundación, alrededor de sus caracteres distintivos, entre los que destaca, de manera primordial, el fin a cuya realización ha de consagrarse la actividad por ella desarrollada, y otra tomar en cuenta las repercusiones económicas, variadas y diversas, de esa misma actividad, las cuales constituyen el núcleo explicativo de su calificación como operador del mercado.

Cuando se utiliza esta fórmula para describir a una fundación (o a cualquier sujeto, sea persona jurídica o no, en un contexto similar) no se quiere decir que la misma sea titular de una actividad empresarial. Conviene distinguir, por ello, entre la fundación empresaria, a la que acabamos de referirnos, y la fundación como operador del mercado. En realidad, si se mira bien, ambos calificativos se mueven en planos diversos: de mayor o menor generalidad, de un lado, y de adscripción o no a la categoría jurídica de empresario. Desde el primer punto de vista, cuando se dice que la fundación es un operador del mercado se utiliza, obviamente, un registro sumamente amplio, susceptible de incluir a todos los ejemplos o modalidades de esta persona jurídica y, por lo tanto, también a la fundación empresaria, que es una fórmula de alcance más reducido. Desde el segundo, se advierte de inmediato que “operador de mercado” y “empresario” no son términos equivalentes, aunque puedan observarse en ellos algunas similitudes, las cuales pueden conducir, según se postula en los últimos tiempos, a que haya elementos compartidos en su específico régimen jurídico.

Esos elementos compartidos han de situarse, a nuestro juicio, en el ámbito de esa disciplina *in statu nascendi* a la que se denomina “Derecho del Mercado”, es decir, un sector del ordenamiento integrado de manera diversa por elementos de Derecho público y de Derecho privado, cuyo objetivo es delimitar un espacio normativo aplicable a todos los sujetos que actúen en el mercado, sean o no empresarios³. Por ello, resulta necesario reiterar que la noción misma de “operador del mercado” se está construyendo desde el mercado mismo, prescindiendo de las diferencias jurídicas e institucionales entre los sujetos que a él concurren, en beneficio de un tratamiento mínimo común. Las primeras

² Entre nosotros, BERCOVITZ, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, 9ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2008, págs. 132-139 y 215-220.; específicamente sobre las fundaciones, EMBID IRUJO, J.M., “Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)”, *RVEH*, 7 (2003), págs. 85-87.

³ Al respecto, IMMENGA, U., *El Mercado y el Derecho. Estudios de Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; con otra perspectiva, IRTI, N., *L'ordine giuridico del mercato*, 5ª ed., Il Mulino, Bologna, 2009. Entre nosotros, EMBID IRUJO, J.M., “Hacia la configuración jurídica del mercado (apuntes sobre las relaciones entre mercado y derecho)”, en AA.VV., *Derecho, Historia y Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, I, Universitat de València, Valencia, 2007, págs. 507 y sigs.

piezas de este Derecho, por lo que a la vertiente privada se refiere, provienen, como es notorio, del Derecho de la competencia, cuya normativa, tanto anti-trust, como represora de la deslealtad competitiva, se pretender imponer con carácter general.

No constituye, desde luego, materia de este trabajo profundizar en el concepto de “Derecho del Mercado”, ni tan siquiera perfilar los detalles tipificados de los sujetos que, como operadores del mercado, en él actúan. Desde el punto de vista de las fundaciones, conviene señalar, eso sí, que no hay obstáculos derivados de su naturaleza jurídica y, en particular, del fin fundacional, que impidan aplicarles dicha calificación, solo en parte intuida, y no con pleno acierto, por nuestro legislador, cuando en el art. 24 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones (en adelante, LF) advierte de la necesaria aplicación de “las normas reguladoras de la defensa de la competencia” a las fundaciones que desarrollen actividades económicas. En realidad, el supuesto está pensando, más propiamente, para las fundaciones empresarias, respecto de las cuales la afirmación es, en cierto sentido, una obviedad; pero es útil anotar que para nuestro legislador no hay ajenidad entre la normativa fundacional y el sector del ordenamiento mencionado, lo que facilita el camino hacia la plena calificación de la figura como operador del mercado.

La noción de “operador del mercado” representa, así, un auténtico cruce de caminos entre el Derecho Mercantil clásico y las nuevas tendencias de ordenación del mercado, con decisiva presencia de otras ramas del ordenamiento jurídico. Parece claro, entonces, que la progresiva existencia del Derecho del Mercado es capaz de alterar algunos presupuestos básicos del modo de concebir el ordenamiento jurídico mismo. Pero puede conducir, asimismo, a la reconstrucción de la disciplina jurídico-mercantil, de modo que las particulares exigencias del mercado terminen influyendo en su contenido, respecto del cual el papel de la empresa será, quizá, menos determinante. Sin querer exagerar el relieve de la fundación, resulta evidente que dicha persona jurídica, como auténtico operador del mercado, y no sólo, en su caso, como empresario, está llamada a tener un papel significativo, más trascendente, tal vez, desde un punto de vista conceptual y no tanto desde la vertiente de su efectiva presencia en el mundo de las actividades económicas.

3. ¿CUÁL DEBERÍA SER EL LUGAR DE LA FUNDACIÓN EN UN CÓDIGO MERCANTIL DE NUESTRO TIEMPO?

3.1. Premisa

Por todo lo que antecede, no parece razonable calificar de mera especulación el intento de formular, si bien de manera esquemática, los criterios que permitirían acoger en el seno de un hipotético código mercantil a la fundación como auténtica empresaria, o bien como mero operador del mercado. Y ello sin perjuicio de que, tanto en nuestro ordenamiento como en el Derecho comparado, se trate de una orientación insólita, de acuerdo, por lo general, con las ideas mencionadas en el epígrafe anterior. Conviene añadir, por lo demás, que el presente propósito se inspira en el deseo de reconciliar a la

codificación mercantil con las fundaciones que ejerzan actividades empresariales, cuestión que nos parece decisiva; y ello, por el convencimiento de que necesitan disponer de un régimen legislativo específico, que dé cuenta de su singularidad y permita un tratamiento adecuado a su significación en la realidad económica de nuestro tiempo. Más problemática, aunque no imposible, como demuestra el ACM, se nos antoja la inserción de la fundación, entendida como mero operador del mercado, en un código mercantil contemporáneo, por el mismo carácter *in fieri* de dicha noción, según ha habido ocasión de ver.

Por último, resulta obligado señalar, en este apartado introductorio, que las diferentes tomas de posición en torno a las cuestiones indicadas presuponen, como no puede ser de otro modo, preferencias concretas sobre los caracteres y el contenido, si se quiere de *lege ferenda*, de un código mercantil. Con todo, no constituye el objeto de nuestro trabajo debatir sobre la opción u opciones preferibles de política jurídica respecto de un código mercantil hipotético o, entre nosotros, el ACM; por ello, la alusión a semejantes asuntos evitará cualquier detalle, justificándose sólo por las exigencias de tratamiento del tema principal.

3.2. Apuntes sobre los criterios de inserción de la fundación empresaria en un Código Mercantil contemporáneo

3.2.1. El punto de partida

A la hora de reflexionar sobre el tema enunciado en el presente epígrafe, hay que plantearse, como punto de partida, dos cuestiones distintas y sucesivas: en primer lugar, si la fundación empresaria ha de ser mencionada expresamente entre los sujetos (empresarios) a los que se aplicarán, en su caso, las normas de dicho código o si, en cambio, bastará con una formulación de orden general en torno a lo que haya de entenderse por empresario, quedando subsumidas en la misma todas las personas que cumplan los requisitos establecidos; en segundo lugar, si el hipotético código mercantil deberá contener el régimen específico de la fundación empresaria, del mismo modo que contendrá, en su caso, la correspondiente regulación de otros empresarios, como las sociedades mercantiles, o si será suficiente con algunas menciones concretas, quedando reservado el tratamiento más detallado de la figura a la normativa de fundaciones.

Antes de analizar las implicaciones de tales preguntas, cuestión que aquí sólo podrá ser esbozada, resulta obligado señalar que la contestación a la segunda parece presuponer, sin perjuicio de los matices a los que se aludirá de inmediato, la preferencia por la opción inicial de la primera pregunta; es decir, sólo si el código mercantil llegase a mencionar expresamente a la fundación empresaria entre los sujetos destinatarios de sus normas tendría sentido preguntarse por el alcance de su tratamiento en el mismo.

En abstracto, no parece dudoso que un código mercantil de nuestro tiempo deba perfilar con detalle su ámbito subjetivo de aplicación, mencionando expresamente las personas merecedoras de ser calificadas como empresarios, al comienzo de su regulación, según hace, como es bien sabido, el código español vigente. Ello resulta de especial interés en lo que atañe a las personas jurídicas, pues es, en dicho sector, donde

pueden surgir, con especial intensidad, los problemas que ahora nos ocupan. No parece necesario, con todo, que esa mención deba ser particularmente minuciosa, habiéndose de reservar el posible detalle a otros aspectos de régimen, como pueden ser, en particular, los relativos al Registro Mercantil y, más concretamente, la enumeración de los sujetos de inscripción obligatoria. Por lo que se refiere a la fundación empresaria, la mención ha de ser, a nuestro juicio, genérica, sin distinguir entre sus dos conocidas modalidades, teniendo en cuenta que la fundación con empresa deberá considerarse en el marco de la regulación de los grupos, otra materia que un código mercantil contemporáneo no puede ignorar.

Con todo, en esa mención inicial, y al margen de los sujetos que puedan ser calificados de empresarios por razón de la forma jurídica adoptada, habrá de acentuarse la idea del ejercicio material de la actividad de empresa, que pasará a convertirse constituye el dato decisivo para calificar a la fundación como empresario. Y ello ha de ser así para la fundación-empresa, en donde ese ejercicio se refiere a la empresa, propiamente dicha, inserta en el ámbito institucional de la fundación; pero también comprende a la fundación con empresa, donde ese ejercicio material se refiere a la dirección de la sociedad o sociedades en las que participa la persona jurídica fundacional.

Esta circunstancia, que acerca, en cierto sentido, nuestra figura a los empresarios personas físicas (sobre todo en el caso de la fundación-empresa), es una consecuencia inevitable de la necesaria separación entre “fin” y “objeto” o, quizá mejor, “actividad”, en el ámbito de la propia fundación, así como también en el que es propio de otras personas jurídicas, distintas de las tradicionalmente mercantiles, como las sociedades; si el fin, al menos en el ordenamiento español, ha de ser de “interés general”⁴, sólo el ejercicio efectivo de la actividad de empresa, en la forma matizadamente diferente que se ha expuesto, serviría para dar fundamento sólido a la consideración de la fundación como empresario.

En síntesis, la idea de que un hipotético código mercantil recoja en forma expresa el elenco de sujetos que merecen la calificación de empresarios parece, a nuestro juicio, claramente preferible frente a la alternativa de que se perfilen en forma genérica los caracteres de los empresarios, como sujetos destinatarios de sus previsiones. Además de la ya expresada “vocación de totalidad”, propia de los códigos, como instrumentos de técnica legislativa, son, sobre todo, razones de seguridad jurídica las que abogan por el planteamiento expresado. Conviene tener en cuenta, en tal sentido, que la tradicional incompatibilidad entre fundación y código mercantil, sólo se empezará a superar efectivamente cuando el acogimiento de aquella por éste –obligado en el caso de la fundación empresaria- sea expreso y no sólo deducible de formulaciones genéricas, necesitadas con frecuencia de complicadas interpretaciones, a fin de lograr su plena operatividad.

⁴ Por muchos, CAFFARENA, J., “Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión”, *ADF*, 2009, págs. 30 y sigs.

3.2.2. Ubicación y alcance del régimen de la fundación empresaria en el Código Mercantil

Establecido, de este modo, el criterio inicial de inserción de la fundación empresaria en el código mercantil, se hace preciso pasar a la segunda pregunta planteada en el epígrafe anterior y que se refiere, como se recordará, a la ubicación y alcance de su régimen jurídico en dicho texto. Se trata, en realidad, de dos cuestiones (el “dónde” y el “cuánto” de la disciplina pretendida) conectadas entre sí, por lo que, sin perjuicio de que quepa verlas, en ocasiones, de manera separada, aquí se considerarán conjuntamente.

Afirmada, entonces, la idea de que la fundación empresaria es acreedora de un adecuado tratamiento jurídico, del que, por lo común, carece en la actualidad, se hace preciso determinar, a continuación, si el mismo ha de insertarse exclusivamente en el código mercantil o si ha de ser compartido entre este último y la legislación fundacional⁵. Para responder a tal interrogante y averiguar el lugar de la fundación en el hipotético código mercantil del que venimos hablando, no parece decisiva la vocación de totalidad, invocada en anteriores ocasiones, que corresponde a una pieza legislativa de semejantes características. Y no lo es, porque si dicha vocación implica la necesidad de acoger, al menos nominalmente, a quienes merezcan de manera indiscutible la calificación de empresario, no significa, en cambio, que su inserción en el código mercantil haya de ir acompañada de una regulación completa. Los ejemplos, en tal sentido, serían múltiples y bien visibles, por lo demás, en todos los ordenamientos, donde el volumen de legislación relativa a empresarios, sobre todo sociedades, dotados de alguna especialidad, es ciertamente considerable.

Aunque la cuestión planteada podría merecer respuestas diversas, nos parece más adecuado proponer una suerte de competencia compartida entre el código mercantil y la legislación fundacional. Ello se debe, como ya se ha dicho, a que la fundación empresaria, cuando ha sido objeto de consideración por el legislador, se ha considerado como una modalidad más de fundación, sólo necesitada de algunas menciones específicas en el ámbito del Derecho de fundaciones. No obstante, resulta pertinente, a nuestro juicio, que el código mercantil, además de mencionar la figura entre el elenco de empresarios en él contemplados, le dispense también algún tratamiento más detallado que permita delimitar su perfil jurídico de una manera más precisa⁶.

⁵ Marginamos la hipótesis de que dicho régimen se contenga exclusivamente en la legislación fundacional, no porque sea absurda o irreal, a la vista de que, en la actualidad, es la única existente, sin perjuicio de sus limitaciones. La marginación se debe a que, en el marco de las reflexiones desarrolladas en texto, carece de sentido, dado que, a nuestro juicio, un hipotético código mercantil que se elabore en el tiempo presente no puede ignorar, al menos en sus fundamentos, el régimen de un sujeto, como la fundación empresaria, objetivamente inserto en el ámbito natural de sus previsiones. Con todo, el reciente Anteproyecto de Ley de Fundaciones, aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión del 29 de agosto de 2014, aun admitiendo la posibilidad de que las fundaciones desarrollen “actividades mercantiles” (art. 23, 1º), ve la idea misma de la fundación empresaria (terminología ajena a sus previsiones) con criterio restrictivo, lo que le lleva a prescindir de algunas normas contenidas en la vigente LF y, lo que nos parece más delicado, deja en el limbo, en apariencia, la modalidad de fundación con empresa. Quedan al margen de su regulación, no obstante, las fundaciones bancarias, que se registrarán por lo dispuesto en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.

Con ese criterio de mayor ambición reguladora del código mercantil respecto de la fundación empresaria, no nos referimos, claro está, a las normas comunes a todos los empresarios y que forman el estatuto jurídico de esta categoría de sujetos, cuya aplicación, por lo demás, habrá de ser inmediata y directa a la fundación empresaria⁷. Tampoco se quiere aludir a la regulación de modalidades especiales de la persona jurídica fundacional, ámbito éste que empieza a adquirir cierta consistencia, sobre todo al hilo de las importantes reformas habidas en el sector financiero como resultado inmediato de la crisis económica⁸. Aunque aquí no nos parece tan segura la respuesta negativa como en el caso anterior, entendemos preferible que el grueso de la normativa sobre las presentes y, en su caso, futuras fundaciones especiales se afronte en la regulación predispuesta para ellas.

Al afirmar la conveniencia de que un hipotético código mercantil contenga algunas normas específicas sobre la fundación empresaria, más allá de los preceptos integrantes del estatuto del empresario, nos referimos a diversas cuestiones, que sólo pueden exponerse aquí de manera sintética. En tal sentido, el código debería “tomar postura” ante ciertas cuestiones de orden general, como la naturaleza misma del régimen jurídico propio de la fundación empresaria (con independencia de donde fuera a contenerse); es decir, si se trataría de una regulación imperativa o, al contrario, ampliamente propicia a la libertad contractual; pero, del mismo modo, el código mercantil debería contener alguna previsión sobre el Derecho supletorio aplicable a la fundación empresaria, a la vista de la tradicional insuficiencia de la normativa fundacional para contemplar aspectos básicos de su régimen jurídico.

A pesar de su indudable interés, la primera de las cuestiones indicadas no ha sido abordada con el rigor necesario, sin perjuicio de que, fuera de la amplia libertad del fundador para constituir una persona jurídica de tal naturaleza, buena parte del Derecho específico aplicable a las fundaciones (y también, por ello mismo, a la fundación empresaria) sea de naturaleza imperativa. Es verdad, con todo, que este tema podría abordarse por el legislador de manera individualizada, señalando a propósito de cada figura o norma concreta el margen de maniobra de la libertad contractual. No es dudoso, por lo demás, que a la hora de regular la fundación empresaria sería conveniente

⁷ La aplicación a la fundación empresaria del Derecho contable mercantil no plantea, en principio, mayores problemas, ya que, incluso, la propia legislación fundacional vigente entre nosotros –otro es el camino del Anteproyecto de Ley de Fundaciones– la admite con toda claridad. Distinto es el supuesto de la inscripción en el Registro Mercantil, materia necesitada de tratamiento expreso. Podría pensarse, no obstante, que bastaría con imponer la inscripción registral a la fundación empresaria para dar por finalizado el asunto. Sin embargo, la necesidad de partir del ejercicio material de la actividad de empresa por parte de la misma a fin de conseguir la calificación de empresario, de acuerdo con lo que se ha advertido más arriba (cfr. *supra* 3.2.1.) inclina a pensar en una inscripción puramente potestativa, en la línea, de nuevo, con el empresario persona física. Tal idea, por otra parte, parece recomendable con independencia de que nos encontremos ante una fundación-empresa o una fundación con empresa; en este último caso, sin embargo, habrán de tenerse en cuenta las reglas propias del Derecho de grupos relativas a la inscripción en el Registro Mercantil de la integración o salida de sujetos, por lo común, sociedades, en el ámbito del grupo dirigido por la fundación, de acuerdo con lo que, por ejemplo, se establece en el ACM.

⁸ Nos referimos, en particular, a las fundaciones bancarias, a las que se alude *supra* nota 5. Algo parecido podría decirse de las cajas de ahorros, reguladas también en la Ley 26/2013, cuya naturaleza fundacional se acentúa frente a la situación inmediatamente anterior.

reconocer un amplio papel a la autonomía de la voluntad, en línea con lo observado a propósito de otros empresarios, sobre todo las sociedades mercantiles de capital.

La previsión de alguna normativa supletoria respecto de la fundación empresarial constituye un segundo tema de contemplación necesaria por el código mercantil con motivo de su regulación. No ignoramos que esta materia puede resultar un tanto sorprendente, dado que la mayor parte de los sujetos merecedores de la calificación de empresario no dispone de un régimen de cobertura para las posibles insuficiencias o lagunas derivadas de su regulación específica. El caso de las fundaciones (y, muy en especial, de la fundación empresarial) es, sin embargo, distinto, y se deduce, como ya se ha señalado, de la tradicional insuficiencia normativa en la materia, no superada hasta el momento, al menos si se observa con cuidado la situación de los ordenamientos jurídicos más representativos.

Por los motivos expuestos, la referencia al Derecho supletorio en materia fundacional se está abriendo paso desde hace tiempo en la legislación española a propósito de algunas fundaciones especiales, como son las cajas de ahorros y las fundaciones bancarias, sin que, por otra parte, sea siempre el Derecho “general” de fundaciones la norma de cobertura. En tal sentido, el recurso al Derecho de sociedades de capital se consolida con el paso del tiempo, seguramente por el hecho de su creciente influjo en la elaboración misma de la normativa fundacional, algunas de cuyas instituciones centrales han recibido la impronta de figuras bien contrastadas en el ámbito societario.

No es posible extenderse aquí mucho más sobre el posible régimen codificado de la fundación empresarial. Parece conveniente, en todo caso, que el código mercantil se pronuncie sobre aspectos básicos en materia de organización y funcionamiento de la figura; resulta a todas luces manifiesto que la mera existencia del patronato no es suficiente para articular debidamente la complejidad propia de la fundación empresarial, por lo que, a nuestro juicio, y siguiendo, así, tanto la experiencia práctica como las recomendaciones doctrinales, el código debería pronunciarse, aunque fuera de manera sintética, sobre su estructura orgánica, evitando remitir tan trascendental asunto al simple juego de la autonomía de la voluntad.

Algo similar procedería respecto de un asunto tan candente como las modificaciones estructurales en sede fundacional, susceptible, por otra parte, de incrementar su protagonismo respecto de la fundación empresarial. La cuestión es, sin duda, difícil, a la vista del entrecruzamiento de intereses que tales modificaciones traen consigo, en términos generales, pero también por la singularidad de la persona jurídica fundacional, que no propicia su interacción, a tales efectos, con otros agentes económicos, como las sociedades mercantiles. Se hace difícil, de este modo, determinar cuál debería ser no sólo la política legislativa, sino, sobre todo, la política jurídica en materia de modificaciones estructurales, más allá de su tratamiento en el ámbito exclusivo de las sociedades. A nuestro juicio, habría que comenzar por disipar dudas en torno a la validez plena de las modificaciones estructurales heterogéneas, es decir, que la fundación pudiera intervenir en tales procedimientos en pie de igualdad con las sociedades mercantiles, al tiempo que fuera punto de partida y destino de dichos procedimientos, con independencia de quienes participaran en ellos.

3.3. Sobre la inserción de la fundación, como mero operador del mercado, en un Código Mercantil contemporáneo (remisión)

Como posibilidad alternativa a la hora de ubicar a la fundación en un hipotético código mercantil, encontramos la de contemplar exclusivamente a dicha figura como mero operador del mercado, de acuerdo con el significado, no del todo preciso, de esta categoría en los términos antes enunciados. Si no es frecuente que los códigos de tal naturaleza se ocupen de una figura, como la fundación empresaria, presumiblemente inserta en los criterios de política jurídica que presiden su elaboración, resulta del todo insólito el acogimiento de la indicada categoría, bien de modo genérico, bien referida a las fundaciones. Sin perjuicio del efectivo relieve en la realidad económica de la noción de operador del mercado, es lo cierto que su carácter reciente, los problemas inherentes a su delimitación, así como las dificultades de separarla del concepto, más aquilatado normativamente, de empresario, no han facilitado su asunción por los códigos mercantiles. Puede entenderse que, dadas tales circunstancias, suspendamos aquí el análisis del problema, remitiendo al lector al epígrafe siguiente, donde se analiza el relieve de la noción de operador del mercado en el ACM.

4. ¿CUÁL ES EL LUGAR DE LA FUNDACIÓN EN EL ACM?

4.1. Premisa: la fundación no existe nominalmente para el ACM

Lo primero que cabe decir del ACM, desde el punto de vista del criterio subjetivo adoptado para la aplicación de sus normas, es su originalidad y modernidad, al haber centrado en la noción de operador del mercado –sin perjuicio, eso sí, del relieve del empresario- buena parte de su sistema institucional. No es objeto de nuestro estudio profundizar en cuestiones tan relevantes, sino precisar, en lo posible, si la fundación, como persona jurídica ocupa algún lugar concreto dentro de la regulación del ACM.

A este respecto, hay que partir de una premisa con contenido negativo: salvo error por nuestra parte, no hay referencia alguna a la fundación en el ACM. Eso no quiere decir, obviamente, que dicha persona jurídica, sin entrar ahora en sus diversas configuraciones, no pueda verse afectada por la disciplina establecida en dicho texto. Aunque esa afección puede parecer, en bastantes casos, puramente teórica, resulta indudable que la fundación empresaria, por el hecho de serlo, o cualquier fundación, cuando merezca el calificativo de operador del mercado, no podrán considerarse ajenas a las normas que, sobre ambos supuestos, establece el ACM.

No otra cosa cabe deducir de lo que previene el art. 001-2 ACM, cuando contempla a la noción de operador del mercado como criterio general de delimitación subjetiva de su disciplina, incluyendo dentro de ella a los empresarios, que vendrían a ser, en cierto sentido, operadores del mercado singularizados o cualificados. Por lo indicado, no es improcedente dedicar algunas líneas a valorar, desde esta perspectiva, el relieve de la fundación empresaria y, más gen general, de la fundación como mero operador del mercado en el ACM.

4.2. La fundación empresaria y el ACM

Sentado este criterio, debe decirse, a renglón seguido, que el régimen de la fundación empresaria se vuelve problemático, en el marco del ACM, desde el mismo momento en que se afirma su particular carácter. La ausencia de toda mención a nuestra figura en dicho texto⁹ dificulta, incluso, la aplicación inmediata del estatuto del empresario, sobre todo en lo que se refiere a su potencial inscripción en el Registro Mercantil; en este sentido, al delimitar lo que se entiende por sujetos inscribibles, el art. 140-2 ACM no alude, desde luego, a la fundación, pero tampoco a la fundación empresaria, lo que dificulta obviamente su inscripción, no obstante ser el Registro Mercantil “el instrumento de publicidad jurídica de los empresarios” (art. 140-1 ACM). No sucede lo mismo, en cambio, con el deber de contabilidad, cuya aplicación a nuestra figura se hace posible no tanto por el ACM, como por la legislación específica de las fundaciones (art. 25, 9º LF).

Nada hay, entonces, en el ACM que permita esbozar, aunque sea en germen, el régimen jurídico de la fundación empresaria ni, del mismo modo, las líneas elementales de política jurídica sobre la misma. Por tal razón, no hay, en principio, fundamento, para la competencia compartida que, en punto a su regulación, habíamos propuesto anteriormente¹⁰; se desplaza, así, dicho objetivo hacia el Derecho de fundaciones, lo que permite justificar la idea, ya clásica entre nosotros, de que la fundación empresaria carece de especialidades suficientes frente a la fundación ordinaria que justifiquen la elaboración de un régimen sustantivo para ella. Sin discutir ahora dicho planteamiento, hay razones para entender que se está perdiendo una buena oportunidad para ampliar y mejorar la regulación de la fundación empresaria, tarea a la que no debería permanecer ajeno el ACM.

Con todo, no parece prudente soslayar el relieve que podría derivarse, para nuestro tema, del art. 001-4 ACM cuando al ocuparse de la jerarquía de las normas advierte en su apartado primero que “en las materias mercantiles que se rijan por legislación específica en razón de la naturaleza de la persona o de la actividad, serán de aplicación supletoria las disposiciones de este Código”. Aunque esta cláusula, también relevante para los operadores del mercado, no sirve para soslayar los problemas advertidos, tiene indudable interés por convertir al ACM en Derecho supletorio del régimen de la fundación empresaria, vinculando su tratamiento específico en el Derecho de fundaciones a las previsiones generales para los sujetos que, como ella, merezcan el calificativo de empresarios. Pero, del mismo modo, facilita la cobertura de las numerosas lagunas existentes en el régimen de la fundación empresaria mediante el

⁹ A pesar de que no parece dudosa su condición estricta de empresario, con arreglo a lo dispuesto en el art. 001-2, 1, a), 2º ACM, cuando advierte que merecen tal calificativo “las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de las actividades indicadas en el número anterior”. Sin entrar ahora en temas esencialmente dogmáticos, como la distinción entre “fin” y “objeto” en las fundaciones, sumariamente aludida con anterioridad (cfr. *supra* 3.2.1.), resulta inevitable la anterior conclusión, teniendo en cuenta que el ACM menciona expresamente como empresarios a las sociedades mercantiles, lo que restringe el ámbito de posibles sujetos subsumibles en la norma mencionada a las restantes personas jurídicas reconocidas en Derecho español, entre ellas, desde luego, las fundaciones.

¹⁰ Cfr. *supra* 3.2.2.

recurso, como Derecho supletorio, a las normas predispuestas para ciertos empresarios, como las sociedades mercantiles, cuya cercanía con las fundaciones constituye hoy un hecho progresivamente consolidado.

4.3. La fundación como operador del mercado y el ACM

Dentro de los operadores del mercado, categoría que, como se ha señalado, sirve al ACM para delimitar, desde el punto de vista subjetivo, su ámbito de aplicación, se incluyen [art. 001-2, 1, c)] “las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza u objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en este artículo”. Sin entrar ahora en los muchos detalles que plantea la averiguación precisa de su contenido, basta ahora con decir que se tratará, como criterio común de delimitación, de una actividad de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluyendo en dicho ámbito las actividades agrarias y las artesanales. Cualquier actividad de semejante naturaleza, con destino al mercado, que desarrolle una fundación, en su propio nombre o a través de un representante, generará para ella la calificación de operador del mercado, con las consecuencias establecidas a tal efecto en el ACM.

Para la indicada formulación, nos hemos servido, como resulta evidente, del enunciado establecido en el ACM para calificar a una persona física como empresario, lo que plantea uno de los problemas fundamentales que suscita de inmediato la noción de “operador del mercado”; es decir, el modo de distinguirla del concepto de empresario. Pero, como también se habrá observado, hemos decidido prescindir del carácter organizado de tal actividad, sin mencionar, del mismo modo, si se desarrolla de modo permanente, circunstancia, por lo demás, eludida por el ACM a propósito de la persona física empresaria, quizá por entenderla implícita en la organización. Presuponemos, en todo caso, que la actividad es económica, pues, de lo contrario, resultaría absurdo el calificativo mismo de “operador del mercado” postulado por el ACM.

Las consecuencias que el ACM deduce de semejante calificación están desperdigadas a lo largo de su amplio contenido y tienen en común, intentando resumir la complejidad del tratamiento y sus muchos matices, el hecho de ver a los distintos operadores del mercado, sin distinción entre ellos, “desde el exterior”, es decir, desde el mercado mismo. No contemplan, en principio, su vertiente interna, en lo relativo, sobre todo a su articulación organizativa, lo que, en nuestro caso, supone reservar al Derecho de fundaciones la regulación íntegra de dichas personas jurídicas. Ha de quedar claro, en todo caso, que las piezas fundamentales relativas a la ordenación jurídica del mercado, como es, en particular, el Derecho de la competencia, serán aplicables a las fundaciones en cuanto meros operadores del mercado, sin requerir, por tanto, que sean, a la vez, empresarios.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Un código mercantil de nuestro tiempo debería prestar atención a la fundación empresaria, y quizá también a la fundación como mero operador del mercado, dictando, sobre todo en el primer caso, algunas normas que facilitaran el encaje de esta singular modalidad de empresario en su ámbito regulador. Y, en todo caso, convendría mencionarla expresamente, evitando la tentación de contemplarla sólo, y en su caso, como miembro de una categoría determinada, bien de las personas jurídicas, bien de los operadores del mercado. El ACM asume la importancia actual de esta última categoría, a la que convierte en elemento delimitador de su ámbito subjetivo de aplicación; pero no ha considerado necesario mencionar expresamente a la fundación y, menos, sacar consecuencias, de un lado, de la propia naturaleza de la fundación empresaria, ni, de otro, establecer alguna consecuencia relativa a su vertiente interna en el caso de que se califique como operador del mercado.

Por derivarse este último concepto del propio mercado, podría pensarse que el ACM nada debería decir de los aspectos internos relativos a los sujetos integrantes del mismo; esta postura que, como regla general, podría tener una cierta corrección, termina, por el propio contenido de la noción empleada, equiparando a sujetos del todo heterogéneos por razón de su naturaleza jurídica o su estructura interna, lo que quizá no sea la mejor política legislativa. Se podrá decir, desde luego, que el mercado, y su Derecho regulador, no necesitan preocuparse de lo que sea, jurídicamente hablando, un concreto operador del mercado, o de cómo se organice desde el punto de vista interno; pero la necesaria unidad del ordenamiento jurídico obligará a tener en cuenta esas circunstancias en caso de que surja un conflicto en el que dicho operador pueda verse involucrado.

A la vista de que, por último, el ACM empiece a recorrer el camino que puede llevar a convertirlo en normativa vigente, sería bueno, a nuestro juicio, ocuparse del posible lugar que en su seno habría de corresponder a las fundaciones. No parece orientarse por ese camino, sin embargo, el reciente Anteproyecto de Ley de Fundaciones, que, además de acentuar el tratamiento exclusivo de la fundación empresaria por la legislación específica de estas personas jurídicas, restringe, sin razón aparente, el alcance y las posibilidades de desarrollo de tal figura sin tomar en cuenta, por otro lado, el posible papel de las fundaciones como operadores del mercado. Da la impresión, además, de que este texto intenta mantener alejadas a las fundaciones que desempeñan actividades mercantiles de cualquier consideración que las sitúe, aunque sea de manera limitada, en la órbita del Derecho Mercantil. Al margen, en estos momentos, del acierto o desacierto que pueda acompañar al mencionado Anteproyecto, resulta obligado plantearse en el contexto de una norma tan importante como el ACM, el relieve que, como operadores del mercado y también como auténticos empresarios, podría corresponder a las fundaciones. Entre el silencio del ACM y la aparente frialdad del Anteproyecto de Ley de Fundaciones, la fuerza de los hechos, como acredita la progresiva intervención en el mercado de numerosas fundaciones, ha de impulsar el necesario debate sobre los temas tratados en el trabajo que ahora concluye.

LA EMPRESA, PLURALIDAD DE COMPONENTES Y DEFENSA DE LAS MINORÍAS

RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY *

Resumen

Este trabajo, que se hace en homenaje del gran profesor español Rafael Illescas Ortiz, tiene una primera parte, en la cual se pretende poner en claro el concepto de empresa, su relevancia frente a lo jurídico y sus principales enfoques. Empresa y mercado, son relaciones de la realidad, imposibles de separar del derecho mercantil y del derecho en general y sus ramas, pero no revelan un concepto estrictamente jurídico. La empresa tiene muchos aspectos jurídicos, en cambio, que se proyectan en normas concretas. La empresa como organización y actividad, muestra el fuerte contenido sociológico y económico que posee. También se reflexiona en este trabajo, sobre ganancias o lucro y el modo en el emprendedor proyecta su negocio y pasará a ser luego, empresario. Se hace referencia a la empresa con algún matiz social. La empresa es el generador de la actividad comercial nacional e internacional, tema que hemos tratado en otros trabajos. La empresa puede organizarse como persona jurídica, el cual sí es un concepto preciso del derecho, de gran importancia. Si dicha organización se hace sobre las bases de las sociedades comerciales, aparece la tensión de la mayoría y la minoría, cuando no hay coincidencia de opiniones. La segunda parte del trabajo, se refiere a la protección de las minorías en las sociedades y los diversos mecanismos legales que se han creado para lograr equilibrar la fuerza jurídica y económica que tienen los grupos mayoritarios o de control, en las sociedades en general y en las que cotizan públicamente sus acciones.

Contenido

1. Primeras palabras. – 2. La empresa. – 3. La empresa como organización. – 4. El mercado. El empresario. La empresa en el derecho civil y comercial. – 5. La empresa y la sociedad comercial. El principio de mayoría. – 6. Las minorías en la empresa. La protección de las minorías en la legislación argentina. – 7. El sistema de responsabilidad

* Profesor Emérito con dedicación semiexclusiva de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, República Argentina. Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Argentina. Diploma de Estudios Avanzados y Doctorado calificado como sobresaliente cum laude en la Universidad Castilla La Mancha, España. Miembro fundador de la International Academy of Consumer and Commercial Law y miembro de la Academia Interamericana de Derecho (FIA). Director de la Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Arbitro internacional del CIADI y CCI y de los Centros Internacionales de Arbitraje y Mediación CIAM y CEMA. Es autor de más de veinte libros y de más de cuatrocientos trabajos publicados en revistas jurídicas del país o del extranjero. Investigador categoría 1 de la Universidad de Buenos Aires.

civil en la República Argentina. – 8. El armado jurídico de la sociedad. – 9. Sociedades que hacen oferta pública. – 10. Conclusiones.

1. PRIMERAS PALABRAS

Una primera palabra es para resaltar que este trabajo es un homenaje personal al profesor y amigo, el estimado e ilustre Catedrático Don Rafael Illescas Ortiz.

Un grupo de profesores ha decidido hacerle un justo reconocimiento y nosotros no podemos estar ausentes.

Respecto de los temas, el primero de ellos, es uno de los tantos que hemos tratado en toda la vida en muchas ocasiones, con Rafael: se trata del multifacético y misterioso tema de la empresa y la correlación entre empresa y derecho, tantas veces transitado y tan comentado en nuestro campo común, el Derecho Mercantil.

Uno de mis maestros y gran jurista, que lamentablemente falleciera en enero de 2014 en Buenos Aires, reiteraba la historicidad del Derecho Mercantil¹ rasgo que todos los discípulos de Fargosi, Zavala Rodríguez y Halperín (nuestros maestros) seguimos en Argentina, a partir de sus enseñanzas.

Pero no es que con la historia del Derecho Comercial expliquemos su naturaleza y esencia y mucho menos su contenido, concepto y caracteres; marcamos bien ese origen y su desarrollo autónomo junto y paralelo al del Derecho Civil, para explicar como se genera nuestra disciplina.

Hoy, en los países del mundo, existen ambas ramas, pero en América, que habla español y portugués, existen Códigos Civiles y Códigos de Comercio separados y hay países que tienen Códigos Unificados.

Tienen códigos unificados, Brasil, Perú y Paraguay y dobles códigos, Civil y Comercial separados, Colombia, Chile, Bolivia, Ecuador, Venezuela, Uruguay y Argentina. Como novedad, es anotable que Brasil, luego de redactar y aprobar su Código Civil unificado, está tratando en sus Cámaras Legislativas, un proyecto de Código de Comercio. Sepamos también que parece un poco detenido, tal como ocurre con el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de la Argentina, aunque recientes noticias señalan que será ley argentina antes de fin de año.

En nuestro país, existe este Proyecto nuevo, después de varios anteriores, de Código Civil y Comercial de derecho privado unificado, que no se termina de acordar para convertirlo en ley, pero no por lo que hace al derecho económico, de negocios y patrimonial que se desarrolla sin inconvenientes en el Proyecto, sino debido principalmente a choques teóricos en materia de familia y responsabilidad del Estado.

¹ ETCHEVERRY, R. A. y CHOMER, H. O. - Dirección y Coordinación respectivamente: “Código de Comercio”, FARGOSI, H. P.: “Derecho comercial del siglo XXI”, *Código de Comercio*, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 109 y s.

2. LA EMPRESA

Es claro que la empresa no puede identificarse con la totalidad del Derecho Mercantil, como tampoco el derecho de las relaciones económicas.

Tampoco el derecho del mercado constituye nuestra materia².

Esto parece lógico, pero la importancia de la empresa en nuestra materia ha determinado que muchos juristas hayan pensado en que esa noción, ese concepto, era abarcativo de toda la materia.

Ello no ha sido así, claramente.

La empresa es una noción no jurídica, que pertenece al ámbito de la realidad social y económica; no es posible que sea encuadrada en un solo concepto legal; ni opera en una sola rama del derecho; hay una empresa visible en el Derecho Comercial, otra perceptible para desarrollos colectivos civiles, otra para el Derecho del Trabajo, otra para el Derecho Fiscal, una más para el Derecho Administrativo y así podemos seguir.

No hay dudas que hay un derecho constitucional a formar una empresa, es decir, a crear un instrumento, una organización, para trabajar.³ Esta idea obra junto al derecho de asociarse, que en nuestra opinión es un derecho de origen constitucional en Argentina, pero que en España y Brasil resulta mucho más explícito y directo.

En Argentina, el derecho asegurado por el artículo 14 de la Constitución Nacional, es el de trabajar y el de ejercer toda industria lícita.

El derecho intentó captar la figura de la empresa. No ha podido lograr incorporar a las normas y sistemas jurídicos una noción tan versátil y proteica en forma unitaria precisa y apta para todas las ramas del derecho, pese a los esfuerzos de grandes doctrinarios como Zavala Rodríguez, en Argentina y Torres y Torres Lara en Perú; y buenos Códigos, como los de Honduras, Perú, Colombia y otros.

Para nosotros siempre ha sido claro, que la empresa es una noción que se verifica en el campo socio económico, social y humano. Pero no es transportable al mundo de los conceptos y sistemas jurídicos, por su polivalencia y su multifacética expresión en el campo del quehacer humano⁴.

No obstante, se alude a la empresa y se la enlaza a resultados jurídicos, partiéndose de distintos focos. Y se habla de “empresa pyme” (pequeña y mediana empresa), de “responsabilidad social empresaria”, de “empresas B” y otras expresiones que hacen ver como la realidad se inserta en el derecho.

Tampoco la empresa es una actividad, tal como lo entiende una parte de la doctrina italiana y de otros países; ha dicho bien Garrigues, que sostener que la empresa es actividad, implica volver al punto de partida y desconocer lo que se quiere definir, porque es precisamente la actividad del empresario y de sus colaboradores lo que crea a

² EMBID IRUJO, J. M., “Mercado y empresa ante el derecho mercantil- apuntes provisionales en el marco de la crisis económica-”, en *Foro de derecho mercantil*, enero – marzo 2013, Legis, Bogotá, 2013, pp. 50

³ Ver el interesante trabajo al respecto, que desarrolla CAO, Christian Alberto, en “La libertad de empresa y la no discriminación”, *Revista La Ley*, 30 de junio de 2014.

⁴ ETCHEVERRY, R. A., en “Derecho comercial y económico. Parte general”, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 504; ETCHEVERRY, R. A., “Código de Comercio”, *op. cit.*, pp. 866 y s.

la empresa como cosa distinta de esa actividad; por otro lado, la actividad es generada por la empresa pero no es la empresa misma.

La empresa es para Garrigues, la organización de la actividad y demás, un conjunto de elementos de naturaleza variada, todos disciplinados por el empresario; la actividad del empresario no puede separarse de su persona⁵ a la cual también ha de referirse su responsabilidad jurídica frente a sus actos, actividad, hacer y no hacer.

Si la empresa, es citada más de una vez en el artículo 8 del Código de Comercio argentino vigente, podemos advertir que se trata de una noción que habría que aplicar en ocasiones a la industria, otras al derecho tributario, otras para derecho laboral y alguna más para el sistema civil y algunas operaciones mercantiles.

Pero hay mucho más: los Códigos de los países de América Latina y algunas leyes o decretos, tratan de distintas maneras a la empresa⁶ y en general, se alude a distintas realidades de la empresa en sus diversas aplicaciones fácticas y jurídicas (vg. empresa familiar, empresa cooperativa, responsabilidad social empresaria, empresa social, empresas B).

3. LA EMPRESA COMO ORGANIZACIÓN

El primitivo concepto de empresa, como en nuestro Código de Comercio, fue una clase de “acto de comercio”⁷ originado en ideas del primer Código de Comercio francés (empresas de fábrica, de comisiones, de transportes, hasta extenderse a actividades de servicios tales como la banca, empresas de seguros y agrícolas) y sus antecedentes en el derecho anterior, codificado o proveniente de las costumbres.

Dice Galgano que ese concepto se refería en esa generación de normas y Códigos, al comercio exclusivamente, excluyéndose a la industria; y por supuesto, agregamos, a algo que vino más tarde: los servicios.

Vinculado a todo ello, aparece la definición de comerciante para encuadrar a los sujetos que se dedican a cierta actividad; luego vendría el tránsito del capitalismo comercial al capitalismo industrial, es decir, al verdadero derecho de la producción, más tarde, de la producción en masa. Allí aparece la noción de empresario y la intervención normativa del Estado como regulador del mercado, la recta aplicación del derecho de la competencia y todo un régimen completo de defensa del consumidor⁸, que finalmente ha terminado por alterar y producir un cambio en todo el sistema jurídico vinculado al mercado.

En el Código Civil italiano (unificándose Derecho Civil y Comercial) que se aprueba en 1942, la empresa se desarrolla con instituciones que traslucen un derecho de la producción.

⁵ Hemos citado al maestro GARRIGUES, en el “Código de Comercio”, t. I, pp. 874.

⁶ ETCHEVERRY, R. A., “Código de Comercio”, *op. cit.*, pp. 896 y s.

⁷ GALGANO, F., “La teorie dell’ impresa”, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. II, Cedam, Padova, 1978, pp. 1 y s.

⁸ CHULIÁ, F. V., “Compendio crítico del derecho mercantil”, t. 2, edición del autor, Valencia 1982, pp.179.

El concepto de empresa sufre entonces una evolución; las nuevas ideas socialistas y nacional-socialistas, aunque parten desde y hacia objetivos distintos, vinculan a la empresa con la actividad económica y pretenden ser “el nuevo derecho de la economía”. También ciertos autores que son partidarios de la economía liberal o de la economía de mercado, aluden a la empresa.

Hoy se busca que la empresa pierda en parte su vinculación con el concepto del inversor capitalista que busca la utilidad permanente de los bienes de la empresa e intermediar en el mercado de consumo y acrecentar su propio patrimonio; se desea “humanizar” a la empresa y que ella y el empresario que la ha creado, pasen a tener un perfil social y se proyecten hacia la comunidad que integran, disminuyendo – pero no suprimiendo- su actividad meramente lucrativa.

Nos parece útil registrar las impresiones de Ghersi y Weingarten sobre la organización de la empresa, que resumimos.

Esa “organización” tiene una diversidad de aspectos, tales como el económico, jurídico, social, psicológico y otros.

En el sistema económico, esta organización comienza por la idea que genera el emprendedor y luego se produce la obtención de un capital (dinero; marca; otros bienes) que representan la parte estática de la empresa; ésta se construye a partir de compra o alquiler de inmuebles; contratación de trabajadores empleados, expertos y profesionales; se busca la provisión de insumos; a esto, el derecho le brinda “formas” jurídicas (vg. sociedad,) e instrumentos para su dinamización y operación en el mercado: los actos jurídicos y los contratos.

A partir de esta simple idea, una empresa, sintéticamente, es la conformación dinámica de un capital (trabajo-insumo-tecnología) destinados a la producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios (fases de la economía empresarial).

En cuanto a la “finalidad de la empresa” (sin perjuicio en sí mismo de la producción y comercialización de bienes y servicios) sin duda en cualquier sistema económico (privado, estatal o mixto) es imprescindible la generación de excedentes (diferencia entre costo total y precio de mercado) sin perjuicio de que cada sistema diferencie luego la forma de la “distribución y/o redistribución de esos excedentes” (sistemas capitalistas privados y sistemas de capitalismo de Estado).

En la Argentina, rige el sistema de economía capitalista de acumulación privada lo cual implica que las empresas privadas pueden apropiarse de parte del excedente (tasa de ganancia o beneficio) y ello sin perjuicio de la apropiación que hace el Estado (impuestos y otros gravámenes).

Sin duda, la empresa privada, conforme a su misma existencia, tiene como objetivo la maximización constantemente de la tasa de beneficio. Los fundamentos que se dan para sostener esta realidad son innumerables y abarcan desde el riesgo del capital en sí mismo, hasta los procesos nacionales y globales de depreciación y desvalorización de la o las monedas, la organización económica mundial y regional.

La “posibilidad de maximización de la ganancia” es real y tangible ante cualquier investigación, lo cual constituye intuitiva y científicamente una “situación autogenerante de riesgos para la empresa y simultáneamente creación de riesgo al

trabajador/consumidor”, sin perjuicio, de que por otros medios, también se asuman y generen riesgos, así para la producción: baja calidad de insumos, mano de obra no calificada o en situación ilegal y para el consumo: por ejemplo, incorporación de cláusulas o prácticas abusivas.

Aceptamos la posición de estos autores, que concluyen en que las empresas en su “conjunción” con el sistema de economía capitalista de acumulación privada, por su accionar asumen un riesgo en el mercado y se constituyen en sí mismas en un “riesgo” para los trabajadores/consumidores”⁹.

Para nosotros, la empresa es la organización de un esquema, un dispositivo, un sistema operativo de un negocio ideado primero y que luego debe tener un desarrollo en el tiempo. La empresa no solo se maneja con su creador o creadores si son más de uno, sino con equipos de dirección y trabajo, que, siguiendo la actividad creada y generada por el empresario, colaboran con él, cada uno con su expertise.¹⁰

Toda empresa actúa en el mercado; es decir, el espacio donde se producen e intercambian bienes y servicios. La empresa siempre implica organización y para proyectarla a sus múltiples manifestaciones, se ha intentado incluir en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina), aún en estudio como hemos dicho, el concepto de “contrato asociativo” que también resulta insuficiente para abarcar el fenómeno de la organización jurídica integral operativa.¹¹

Por medio de la organización, se establece un dispositivo que “actúa” en el mercado, es decir, es sujeto con relevancia y poder jurídico pasible de producir efectos, activos y pasivos, generar actos y ser parte de contratos y toda clase de operaciones.

Las empresas de objetos similares compiten en el mercado, lo cual es muy positivo si esa competencia es leal, porque se generan más, mejores y más baratos bienes y servicios. Es la organización política, social y económica que es llamada economía de mercado.

Esa competencia¹² beneficia mucho a los usuarios y consumidores porque podrán contar con bienes y servicios de calidad creciente y a menor precio.

Las empresas pueden ser individuales, es decir, las que opera una persona física individual, la cual es la única propietaria de todos los bienes y única responsable por todo el riesgo en los negocios.

Pero hay empresas con más de un dueño personal, es decir, varios dueños: pluralidad de componentes con similar poder jurídico.

Cuando hay pluralidad de propietarios, la organización de la empresa es muy parecida a la unipersonal, pero necesariamente debe adquirir una nueva estructura legal:

⁹ GHERSI, C. A. y WEINGARTEN, C., “Tratado de los contratos”, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2010, pp. 53, lugar en que ellos desarrollan estos conceptos.

¹⁰ JUSTE MENCÍA, J., “Factor de comercio, gerente de empresa, director general”, Real Colegio de España, Bolonia 2002, *passim*.

¹¹ Cfr. CRACOGNA, D., “Los contratos asociativos en el proyectado Código Civil y Comercial: un avance respecto de la situación actual”, *XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, UADE y Cámara de Sociedades Anónimas*, t. I, Buenos Aires, 2013, pp. 413 y s.

¹² ETCHEVERRY, R. A., “Código de Comercio”, *op. cit.*, pp. 907 y ap. B.

la responsabilidad se traslada a varias personas (físicas o jurídicas) que son quienes la dirigen, la organización y se reparten entre sí los beneficios según el pacto social.

Además de todo el grupo de socios, que tiene su sistema e impronta de funcionamiento establecido por la ley, habrá un cúmulo de deberes que se establecen no solamente para los socios, los verdaderos empresarios, sino respecto de los que ocupan posiciones relevantes en la organización, a quienes podemos llamar, en general, “administradores”; así, para solo nombrar algunos ejemplos, el deber de administrar, el de buscar el interés social, el deber de diligencia, el de información, el deber de investigar, el de vigilancia, el de control de la organización y de todo el personal ligado a ella, el deber de lealtad, el deber de abstenerse de competir con la sociedad o de aprovecharse del cargo y muchos otros.¹³

Allí se acudirá a las figuras societarias o asociativas: un socio de una sociedad comercial, es un capitalista que ha invertido, aportando a crear un patrimonio que se conforma como patrimonio común. De ese modo se entra en el mercado, que en las economías de mercado poseen poder igualitario y libre acceso a todo el que quiera trabajar con estas reglas.

4. EL MERCADO. EL EMPRESARIO. LA EMPRESA EN EL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

El empresario es el que combina los factores de la producción para la creación de una nueva riqueza a través de un nuevo polo subjetivo, que podrá tener carácter personal, ser un colectivo o recibir un impulso desde lo público, actuando el Estado desde alguno de sus estamentos, en soledad o mezclándose con inversores privados.¹⁴

Primero nace el negocio en la mente del emprendedor (futuro empresario) y luego él lo traslada a la realidad que está modificando para armar, organizar, construir su empresa. Esa organización de la empresa se cumple en varios aspectos.

En esta organización estarán comprendidas unas personas que se rigen por leyes y estatutos especiales: los trabajadores, dependientes y asalariados que, en todos los niveles, integrarán la organización empresarial.

El empresario proyecta un fin o varios fines al crear su empresa. No es cierto que el único fin del empresario sea obtener un lucro, ganar dinero para sí. Esta antigua concepción se ha modificado en dos direcciones: el fin de lucro- que no es muchas veces, el móvil principal del empresario – se convierte modernamente en las ideas del máximo beneficio y de creación de valor, que no son ideas sinónimas.

No siempre el fin de lucro es el fin de la empresa: creemos firmemente que los empresarios tiene un fin principal: el éxito de su idea, el éxito de su labor, organización y dirección. Y el éxito no siempre es lucro directo.

¹³ LLEBOT MAJO, J. O., “Los deberes de los administradores de la sociedad anónima”, Civitas, Madrid 1996, pp. 35 y s.

¹⁴ Ejemplos de empresas de economía mixtas exitosas, se hallan en Brasil, siendo ejemplos Petrobras (petrolera) o el Banco do Brasil. Esto también es presentado en forma resumida por RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Introduction to Spanish private law”, Routledge Cavendish, London and New York, 2006, pp.556 y s.

Pero además, a casi todos los empresarios los mueves una clara conciencia de que están viviendo y son parte de una comunidad de personas y que de ellos depende grandes sectores de la vida de la gente de esa comunidad: trabajo en primer lugar, porque el empresario es el gran creador de fuentes de trabajo. A ello generalmente se agregan otros beneficios: educación y salud que provienen del trabajo y de los salarios.

La dignidad del ser humano¹⁵, que es un derecho humano básico y por supuesto exigible, se basa en poseer dinero y bienes suficientes para por subsistir dignamente él y su familia.

El empresario reaparece con una nueva expresión en la ley de defensa del consumidor: a los fines de encontrar responsables de conducta ilícitas que dañan al consumidor, nace una nueva dialéctica entre consumidores y proveedores; estos últimos, no son otra cosa que los empresarios.

En el orden legal argentino se establece una amplia responsabilidad civil atribuible a los genéricamente llamados “proveedores” que en la letra de la ley se traducen en una diversa variedad de empresarios:

- 1) El productor.
- 2) El fabricante.
- 3) El importador.
- 4) El distribuidor.
- 5) El proveedor.
- 6) El vendedor.
- 7) Quien haya puesto su marca en la cosa o en ocasión del servicio (artículo 40 de la ley 24.240).

La responsabilidad es grave, solidaria y puede contener un adicional por daños punitivos.

Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en una forma tal que, utilizadas en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de consumidores o usuarios (artículo 5 de la ley).

Por parte del consumidor, no debe haber uso indebido, sino que la cosa debe ser utilizada para el uso normal para lo que fue creada, conforme a las especificaciones o instrucciones que el mismo contiene¹⁶.

Dejado de lado la aplicación del 1113 del Código Civil¹⁷, la hoy vigente ley de defensa del consumidor agrava y precisa mejor la responsabilidad.

Si el vendedor, proveedor o fabricante demuestran que se ha roto el nexo causal, se exoneran de responsabilidad. La doctrina, como señala Perriau¹⁸ utiliza en general alguno de los tres eximentes de responsabilidad contemplados por el artículo 1113 del Código Civil:

¹⁵ GHERSI, C. A., “La dignidad como principio general del derecho”, La Ley, Buenos Aires, 8 de agosto del 2014, sostiene que la dignidad se erige en principio general del derecho

¹⁶ CNCivil, Sala B, 03/02/2006, LL, 2006-C, página 439.

¹⁷ LORENZETTI enseña que tal norma no ha dejado de tener actualidad, ya sea en su aplicación complementaria como la aplicación de riesgo y vicio: LORENZETTI, R. L., “Consumidores”, Rubinzal Culzoni, 2003, pp. 410.

¹⁸ PERRIAUX, E. J., “El proveedor y su responsabilidad frente al consumidor”, La Ley, 07/08/2014, pp. 5.

- a) Culpa de la víctima.
- b) Hecho del tercero por quien no se debe responder.
- c) Caso fortuito.
- d) Fuerza mayor.

Ya comienza a discutirse en la Argentina cuando un empresario es consumidor y cuando no lo es: es decir, en qué condiciones, su calidad de empresario no le permite refugiarse en la protección legal. Para ello, la doctrina y jurisprudencia se refugian en la interpretación del acto jurídico cumplido para determinar si es o no “de consumo” y respecto de los empresarios, el acto no será “de consumo” y por lo tanto, no merecedor de esa especial protección legal que brinda la ley, cuando el destino del bien adquirido sea su incorporación al proceso productivo; este criterio no siempre resulta claramente de la operación de que se trate y hay muchos casos en duda.¹⁹

El proveedor, generador de responsabilidad por su acción en el mercado, es el empresario, en todas las etapas, desde la fabricación hasta la llegada del producto al consumidor.²⁰

Por otra parte, detenemos nuestra atención en la organización. Cuando el empresario es plural, se da dentro de los mecanismos empresarios, la tensión del voto de la mayoría y de la minoría, cuando no hay un voto unánime.

Hay un espacio imaginario, pero a la vez real, que es aquél en el cual se intercambian bienes y servicios: es el mercado, que tampoco tiene unidad conceptual jurídica. Pero en realidad existe un mercado en el cual se desenvuelven los negocios y que, lógicamente, no posee una connotación jurídica precisa.

En esos mercados, que pueden ser locales, nacionales, regionales o internacionales, se desenvuelven los negocios generados por empresarios individuales o empresas pluripersonales, todas las cuales asumen una función subjetiva: son sujetos de derecho. Ahí aparece el derecho para proveerles de ciertas formas y condiciones.

Desde los sujetos nacen los negocios, actividad que encierra diversas clases y formas de actos jurídicos y actividad.

Los negocios serán nacionales, regionales, internacionales.

No existe país que se excluya de los negocios, cualquiera sea su signo político. La interdependencia entre las empresas y entre los países es la regla en esta temática en el mundo globalizado en que vivimos. El derecho comercial internacional permite realizar negocios transfronterizos y el intercambio de prestaciones fácticas que tienen siempre un marco jurídico.

Se debe en gran parte a Illescas Ortiz, la precisión de la existencia y caracteres del DUCI, es decir el derecho uniforme internacional, que a modo de *lex mercatoria* (conjunto de reglas, de costumbres de usos y prácticas admitidas internacionalmente) rige en los mercados cuando las operaciones son internacionales. Allí intervienen las empresas nacionales, binacionales e internacionales haciendo sus negocios e

¹⁹ Ver la jurisprudencia: CNCom., Sala F, 29/05/2014 en el caso “Agropecuaria Litoral SRL c/RAM”, número 117.982, La Ley del 21 de agosto de 2014, con comentario de ALVAREZ LARRONDO, F. M.

²⁰ PERRIAUX, E. J., en un caso de responsabilidad por explosión de un envase de aerosol, recuerda que la doctrina prefiere referirse a los tres eximentes de responsabilidad contemplados en el artículos 1113 del Código Civil: a) la culpa de la víctima, b) el hecho de un tercero por quien no debe responder; c) caso fortuito o fuerza mayor. *Revista La Ley*, Buenos Aires, 7 de agosto de 2014.

intercambios, desde su subjetivización. Pero esas figuras no son alcanzadas por las reglas que se rigen a modo de soft law, a las estructuras organizacionales, que tienen su configuración legal, como sistemas nacionales.²¹

Los actos y contratos nacionales, se sujetan a unas reglas y unos tipos determinados- aunque la estructura y construcción de la contratación sea libre (artículo 1255 del Código Civil español y artículos 1143,1197, 1137 del Código Civil argentino)-; en cambio, hay estructuras y sistemas jurídicos generales que se deben respetar y elegir organizaciones colectivas ya establecidas, dentro de los órdenes nacionales.

En los negocios internacionales y contratos internacionales los negocios se desenvuelven con libertad, creándose un nuevo derecho. Esto lo ha visto con claridad ya hace mucho tiempo Illescas Ortiz en su libro escrito con Pilar Perales Viscasillas, quienes dijeron: “Y porque, por último, contratos y derechos destinados a gobernar el tráfico internacional no requieren por su propia finalidad y redacción uniforme, de esfuerzos determinadores de naturalezas jurídicas: lo contrario de lo que sucede en contratos nacionales”.

“El estudioso de las normas nacionales se ocupa y preocupa de coherencia en el seno de su ordenamiento nacional; en el derecho uniforme sucede justamente lo contrario: se busca mucho más la armonía universal que la consistencia nacional”.

“Ello hace que el establecimiento de aquel produzca con la frecuencia desgarros y alteraciones en el orden preexistente. Las discusiones sobre naturaleza si pues pueden ser eternas pero inútiles en su mayoría desde la perspectiva de un comercio internacional cada día mayor y cada día más equitativo. Más necesitado de reglas universales también”²².

Illescas Ortiz ha descubierto y precisado la naturaleza de derecho uniforme internacional, concepto mas preciso concreto que el de “lex mercatoria”; ha dicho con autoridad, que el DUCI se ha nominado de diversas formas; y señala: “Siendo distinguido precisamente con una serie de denominaciones carentes de uniformidad, se ha venido a lo largo de las últimas décadas construyendo un conjunto de normas jurídicas de muy diversa índole, procedencia y formulación, destinadas a disciplinar el comercio internacional y, de modo particular, los aspectos jurídico-privados de las relaciones comerciales internacionales. Sin duda que dicha construcción, en el sentido más literal del término, se produce, como autorizadamente se ha puesto de manifiesto, coincidiendo en el tiempo con la recesión de los exacerbados nacionalismos de los dos últimos siglos así como con ocasión de la sustitución paulatina de una sociedad internacional fundada en el concepto de estado soberano por la derivada de un concepto más amplio del orden mundial cimentado en el reconocimiento de la mutua interdependencia humana”.

“Estas nuevas circunstancias políticas así como un conjunto de nuevos factores económicos –sigue Illescas- comenzaron a permitir, de una parte, un acusado

²¹ The Draft Hague Principles on choice of law in international commercial contracts (julio de 2014), señalan: “These Principles do not address the law governing.....c)companies or other collective bodies and trusts”.

²² ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P., “Derecho mercantil internacional. Derecho uniforme”, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces SA, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003, pp. 19.

incremento del comercio internacional; de otra, la sustitución de las normas jurídicas nacionales, sustantivas y de conflicto, por otras normas que cuanto menos en su origen no pueden así ser calificadas. Estas nuevas normas, al par, resultan destinadas más a prevenir que a resolver los problemas complejos derivados del tráfico mercantil incrementado y global²³. Por razón de su contenido, las normas que van paulatinamente apareciendo resultan susceptibles prima facie de una clasificación dual: normas, primero, que tienden a permitir o meramente facilitar el comercio internacional y reglas, segundo, cuyo objeto relevante es disciplinar las relaciones comerciales internacionales individualmente consideradas en sus aspectos obligacionales y de derecho privado”²⁴.

Y añade el maestro que seguimos y queremos honrar aquí: “Los rasgos comunes definitorios de todas las normas que integran el DUCI y a los que se ha aludido son, en nuestra opinión y de modo indiscutible, la internacionalidad, la uniformidad y el contenido obligacional privado de las normas en cuestión. Es discutible, por el contrario, que la autonomía de las normas, en lo que hace a su sistema de producción y de aplicación, constituya un rasgo esencial de actual Derecho uniforme del comercio internacional. No existe, por último, un elemento categorizador común a las normas analizadas derivado ni de la forma externa de las mismas ni, tampoco, de la procedencia de ellas.”²⁵

En las economías capitalistas o de economía de mercado, la propiedad privada de los bienes hace que se pueda acumular patrimonio y poder, en diversas organizaciones estructuradas de acuerdo a la ley.

Si las empresas son organizaciones, más allá de los fines que las guíen en el mercado, estas organizaciones funcionan de acuerdo a un sistema jurídico, que debe contener sus principales rasgos.

¿Qué ha hecho el derecho en todos los países de tradición de derecho continental europeo, como son los países de América Latina?

Ha creado “tipos legales” según y principalmente lo que constituyan sus fines, que luego se proyectarán en diversos objetos. Ellos provienen de modelos del sistema jurídico continental europeo.

Con mayor o menor nitidez, se separan estructuras legales o sistemas legales asociativos de acuerdo a los fines para los que fueron creados:

a) Fines de ganancia económica ilimitada o de máximo beneficio:

Son las sociedades civiles y comerciales, cuyo fin es obtener un lucro ilimitado con su actividad a partir de su objeto, para luego repartirlo entre los socios, deducidos sus gastos, impuestos o pérdidas.

b) Fines de bien público o beneficio social operados por privados:

²³ La caracterización de las normas de conflicto frente a las uniformes que en el texto se enuncia es tributaria de las aportaciones de SCHMITTHOFF, C. M., *International trade law and Private International law*, pp. 538 y s., Ibidem, Conflict avoidance in practice and theory, en el vol. Clive E. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law (ed. Chia-Jui Cheng), Martinus Nijhoff Publishers-Graham & Trotman Ltd., Dordrecht-Boston-London, 1988, pp 484 y s.

²⁴ ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P., “Derecho mercantil internacional...”, *op. cit.*, pp. 27 y 28.

²⁵ ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P., “Derecho mercantil internacional...”, *op. cit.*, pp. 28.

Pertencen a este grupo, esencialmente las asociaciones, que tienen en Argentina la variante de las mutualidades.

Las fundaciones, son variantes similares para operar organizadamente según un “tipo” jurídico estructurado y a partir de un capital puesto a su servicio.

Se diferencian muy bien de las otras estructuras legales.

c) Ahorro de gastos.

Las cooperativas no son ni sociedades comerciales, ni civiles ni asociaciones o fundaciones. Son organizaciones que buscan economizar y potenciar el trabajo de sus componentes.

d) Actividad estatal descentralizada.

En Argentina los tipos jurídicos de organización de empresas son cerrados, no se admiten las combinaciones de las estructuras privadas anteriormente descriptas.

Hay otra variante: aquella en que las empresas están formadas por el aporte de capitales privados y una inversión mayor o menor del Estado.

El Proyecto argentino de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, al que nos hemos referido ya antes, constituye un trabajo originado en una comisión especial, que redactó sus primeros lineamientos durante un año y medio; el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia, ha propuesto luego importantes reformas al texto; lo mismo han hecho profesores y otras instituciones de diverso origen.

El Proyecto tiene media sanción del Congreso por su Cámara de Senadores, pero por ahora, está detenido. En esta situación estamos al promediar el año 2014.

Este nuevo proyecto para Argentina, llega a la empresa porque no tiene más remedio, por vía de su abordaje de las personas jurídicas, posición que aprobamos. No tiene otra opción, porque la realidad es incoercible: la empresa existe en la realidad y no puede ser ignorada.

Pero el legislador argentino, no quiere regular la empresa sino indirectamente. Y llega a ella a través de determinar para quién es obligatorio llevar contabilidad regular. Y allí aparece la empresa y su relación con las personas jurídicas. Veamos la normativa proyectada.

Artículo 320 del Proyecto al cual hacemos referencia, señala:

Contabilidad y estados contables

ARTÍCULO 320.- Obligados. Excepciones. Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios. Cualquier otra persona puede llevar contabilidad, solicitando su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de los libros, como se establece en esta misma Sección.

Sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, quedan excluidas de las obligaciones previstas en esta Sección las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa. Se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de tales actividades. También pueden ser eximidas de llevar contabilidad las actividades que, por volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine cada jurisdicción local.

Como vemos, el abordaje jurídico se refiere primero a las “personas jurídicas privadas”, establecidas en otra propuesta de norma, y también mencionan a la “actividad económica organizada”, a la titularidad de “una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios” eximiendo de esa obligación a las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias o conexas, no ejecutadas u organizadas en forma de empresa...o de poco volumen de giro... Quedan en duda los artesanos y pequeños comerciantes, pero, repárese, solo de la obligación de llevar contabilidad, que resulta optativa si alguna persona decide adoptarla.

Otras formas de entender la empresa, es por la realización o no de “explotación comercial”, según ha sugerido cierta jurisprudencia constante.²⁶

Las personas jurídicas que el nuevo Código Civil y Comercial unificado para la Argentina, propone admitir, representan un concepto abierto ya que su enumeración así lo demuestra:

Artículo 141- Definición: son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”.

Artículo 143 – Personalidad diferenciada: la persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial”.

Artículo 148.- Personas jurídicas privadas. Son personas jurídicas privadas:

- a) las sociedades;
- b) las asociaciones civiles;
- c) las simples asociaciones;
- d) las fundaciones;
- e) las mutuales;
- f) las cooperativas;
- g) el consorcio de propiedad horizontal;
- h) las comunidades indígenas;
- i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

Como resulta visible, la alusión a la empresa es indirecta y no fija una tipología legal. En general, estamos de acuerdo con esta presentación legal, habida cuenta la amplitud del concepto de empresa y su carácter proteico y ambiguo, que refiere una realidad que, por otra parte, no es posible soslayar.

²⁶ CFedContAdm., Sala IV, 20-5-2014 in re: “C.C.A. SC c. EN AFIP DGI Resol. 257/7 (RP) s/ Dirección General Impositiva”: allí se resolvió que las sociedades civiles cuya actividad es la prestación de servicios profesionales, sin desarrollar en forma complementaria explotación comercial alguna, tributan ganancias de la cuarta categoría (trabajo personal), a pesar de considerárselas como empresas, lo cual no trae aparejado necesariamente una explotación comercial.

5. LA EMPRESA Y LA SOCIEDAD COMERCIAL. EL PRINCIPIO DE MAYORÍAS

Con la legislación argentina actual si un grupo de personas quieren crear una organización productiva, de ahorros o de servicios, tendrá que buscar entre los tipos legales disponibles, para adaptar su idea a ellos. No hay comunicabilidad ni transformación posible, de uno en otro, entre los tipos distinguidos por la ley.

La creación empresaria no podrá desentenderse del derecho de la contratación y del que regula el armado de sistemas asociativos. Y tendrá que tener en cuenta también, el imparable desarrollo del derecho electrónico²⁷ y el nuevo y robusto derecho de defensa del consumidor.²⁸

Pese a la diversidad de variantes en el derecho argentino, los “tipos” legales son estrictos, cerrados y no adaptables a una multiplicidad de objetos empresarios o de bien público. Creemos en cambio que, sin perjuicio de tomar ciertos recaudos, el derecho de crear personas jurídicas y de combinar sus rasgos, debería ampliarse, sin llegar a la libertad que tiene la materia contractual, porque a diferencia de este último, no se crean negocios, sino “personas” equivalentes en lo jurídico, a las personas humanas.

En el derecho del Mercosur, no están dispuestos tipos legales específicos, como señala Espluges Mota²⁹, pero sí se aplica la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles de 1979 (CIDIP II) que firmaron todos los países miembros plenos originarios y también los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, haciendo algunas variantes de acuerdo a la forma de ratificación por los países contratantes. Pero no hay un “tipo societario Mercosur” lo cual sería, a nuestro juicio, muy deseable. Tenemos un sistema Mercosur de arbitraje empresario, pero no existen “tipos”, salvo uno creado especialmente en los primeros pactos Argentina-Brasil de antes del Mercosur, que fue una clase de empresa binacional, que no ha tenido gran difusión.

En el derecho alemán, hay sociedades con actividad civil o comercial: las sociedades anónimas, son sociedades “con personalidad jurídica propia”. El artículo 3 de la ley respectiva, señala que “La sociedad anónima tendrá el carácter de sociedad mercantil aun cuando el objeto social no constituya una actividad comercial”.

Esto no es en general, permitido en la Argentina³⁰, lo cual dificulta la creación de empresas de tipo B, según lo hemos establecido en otro trabajo³¹. Las empresas B, además de muchos requisitos especiales, son figuras propuestas por un grupo de trabajo

²⁷ Ver en este aspecto, el excelente libro de ILLESCAS ORTIZ, R., “Derecho de la contratación electrónica”, Civitas, Madrid 2001.

²⁸ En Argentina, se está desarrollando la idea de formar un fuero especial judicial, dedicado al derecho del consumo.

²⁹ ESPLUGES MOTA, C. y HARGAIN, D., “Derecho del comercio internacional”, Reus, Madrid 2005, pp. 247 y s.

³⁰ Una excepción lo constituye el artículo 3 de la ley de sociedades comerciales vigente 19.550 y sus reformas, que establece: “Las asociaciones, cualquiera fuere su objeto, que adopten la forma de sociedad bajo alguno de los tipos previstos, quedan sujetas a sus disposiciones”. En Argentina, las asociaciones siempre tendrán como objeto principal el bien público.

³¹ ETCHEVERRY, R. A., “Creación de un tipo societario de gran beneficio social”, Tomo 2013-E, La Ley, 2013, pp. 1 y s.

que integramos; su idea fuerza consiste en creer que la empresa debe proyectarse, de cualquier tipo que sea, a la realidad social y favorecerla, al combinar fines de bien público con los que producen beneficios o ganancias repartibles a la organización.

Si se adopta uno de los “tipos” legales civiles o comerciales, será ese tipo y no otro el que determinará el régimen de gestión legal que se aplique a la figura. Esta regla rígida de nuestro derecho, debe evolucionar y mejorar.

¿Cómo se resuelven las cuestiones dentro de una organización plural, colectiva, donde concurren distintos modos de ver, diversas opiniones, que son los que originan las decisiones que deben tomarse?

Como excepción, podemos citar el sistema ponderado de mayorías que se utiliza para elegir directores por las minorías en las sociedades anónimas.

Pero, en general, se aplican siempre los dos sistemas jurídicos conocidos. La regla, cuando hay pluralidad de componentes con derechos similares, es que se vota:

- a) Por unanimidad.
- b) Por mayoría.

Si bien es cierto que el principio de mayorías puede admitir variantes menores, estas son las dos principales opciones posibles.

No hay otro modo de “extraer” una voluntad unificada de un grupo de voluntades, de un colectivo.

6. LAS MINORÍAS EN LA EMPRESA. LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

El orden legal argentino referido a sociedades, contiene varias normas de protección de los inversores minoritarios en sociedades anónimas, que es el tipo regular más difundido de sociedades en argentina.

Esta temática se relaciona con la teoría de las “razonables expectativas de la minoría”, que en general no es aplicada por los tribunales argentinos.

Las otras sociedades, utilizadas en menor escala (SRL, colectivas, de facto corporations), tienen sistemas más restringidos para proteger a socios minoritarios.

Podemos ver en el texto legal y en la jurisprudencia interpretativa, tres órdenes diferenciados: 1) el que corresponde a un sistema legal general del derecho argentino referido a todo el sistema patrimonial (civil y comercial); 2) aquel que protege a las sociedades anónimas que no cotizan en la bolsa de comercio; 3) el que regula el tema en las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones.

Todo está contenido en el derecho civil y comercial en general, en el Código de Comercio y en especial, en la ley de sociedades comerciales 19550 y sus reformas y en la ley 26831, el Decreto reglamentario 1023 del 2013 y Resolución de la Comisión Nacional de Valores 606 /12 que regulan principalmente el mercado de capitales, la oferta pública de títulos valores y su control.

La sociedad, en general, tiene la duración que indica su estatuto. Antes de ello, los socios minoritarios no pueden, basados en la ley, pedir su conclusión y liquidación,

o el cambio en las condiciones que como minoría, tienen por haberlas aceptado de antemano.

Hay fallos que han admitido la terminación de la sociedad basado en que el objeto se ha cumplido totalmente, o que es imposible cumplirlo. O bien, que la actividad de la sociedad ha cesado y no tiene sentido mantener su vigencia legal.

La jurisprudencia norteamericana en cambio, amerita las expectativas razonables que la minoría ha tenido para invertir, hacer sus aportes y permanecer en la sociedad. Y sobre esta base, una corriente doctrinaria construye la posibilidad de que los minoritarios puedan reclamar por su interés en la sociedad³².

En Argentina, como hemos anticipado, se respalda la discrecionalidad de la mayoría para sostener las sociedades en el tiempo. Esto significa que, hay solo dos maneras y no más, para administrar tomando decisiones en una empresa constituida en forma de sociedad: a) la unanimidad, sistema que a veces se da, pero su exigencia siempre, haría casi imposible la toma de decisiones y b) la decisión por mayoría, que representa la posibilidad de que el conjunto mayoritario de socios adopte las decisiones que crea que son mejores para la organización de negocios.

En cambio, cuando hay un daño o perjuicio injustificado para el interés de los socios minoritarios, el sistema legal argentino provee diversas soluciones para reparar el daño causado.

La primera, proviene del sistema general establecido para reparar los daños y perjuicios causados por falta de pericia, lealtad o buena fe de los administradores que, en las sociedades pequeñas y cerradas, generalmente son los mismos socios mayoritarios o sus representantes.

La acción dañosa, sea culposa o dolosa, puede provenir de la mayoría o de las gestiones de los administradores. En estos casos, el daño o perjuicio debe demostrarse acabadamente y en ese caso, se obtendrá protección judicial.

Principalmente, debe protegerse el interés social, concepto que puede tener varias interpretaciones, pero que de manera simplificada puede señalarse como el interés del conjunto es decir, de la propia organización empresaria, analizada en su conjunto y respecto de sus negocios. Y ese interés no es otro que el obtener la mayor ganancia posible, para luego ser distribuida entre los socios.

Es famosa en Argentina la sentencia en el caso *Abrecht c. Cacique Camping* en cuyo voto uno de los jueces de segunda instancia, el Dr. Alberti, dijo que “la elaboración de un acto solo extrínsecamente societario, obra de una voluntad cuya intencionalidad fue ilegítima porque tendió al desapropio de bienes de otros, configuró un supuesto inequívocamente reprobado por el artículo 953 del Código Civil”.³³

³² HADAD, L. A., “Las expectativas razonables de la minoría frente al shareholder oppression”, en *Revista en Derecho Comercial y las Obligaciones*, núm. 256, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 555.

³³ CNCom Sala D, de fecha 1/3/1996, “*Abrecht Pablo c. Cacique Camping SA s/ sumario*”. El artículo 953 del Código Civil señala: “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

7. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Haremos una brevísima alusión al sistema general de responsabilidad civil en nuestro país.

En nuestro país existe un amplio y muy bien organizado sistema general de responsabilidad civil, que busca, principalmente, reparar cualquier daño generado, salvo que el caso sea fortuito o el acto se genere en una situación de fuerza mayor. Se divide en ramas: daños contractuales, extracontractuales y daños sancionados, simplemente, por el ordenamiento legal.

La reparación de los daños, fruto de la responsabilidad jurídica en ámbito civil, comporta una forma de sanción.³⁴

La responsabilidad en general, sigue el principio de no dañar a otro y a quien daña, se le impone una reparación del perjuicio que ha causado, según la regla que proviene del Derecho Romano.

En Argentina, la responsabilidad, como hemos dicho, puede ser de origen legal, contractual o extracontractual. En nuestra opinión, la responsabilidad en materia de sociedades, es legal, ya que para nosotros la sociedad no es un contrato.

Cuando hay un daño injusto, la ley impone una prestación por parte del que causa el daño, en favor del sujeto dañado.

El presupuesto, es que haya existido una conducta culposa o dolosa y un daño cierto: sin daño, no hay responsabilidad civil. El daño es la lesión a un interés.³⁵ Debe ser reparado, pagándose a quien lo recibió, una suma de dinero que compense las pérdidas sufridas. También se admite en general en nuestro derecho, una compensación económica por daño moral.

La responsabilidad civil general, se basa en cuatro presupuestos que la doctrina y la ley han consagrado: antijuridicidad, daño, causalidad y factores de atribución. Estos principios que genera el sistema de responsabilidad civil, se aplican a todas las relaciones jurídicas del derecho privado, con las modificaciones que se hacen según cada temática. El sistema de sociedades forma parte de un orden mayor, que comprende a todas las personas jurídicas, entes organizados que, partiendo en todos los casos de un acuerdo de voluntades, se adapta a cada tipo de estructura jurídica organizativa y se modula en ella.

Para nosotros, las sociedades y otros tipos de sistemas jurídicos colectivos personificantes, sólo tienen en común con los contratos, el acuerdo de voluntades del comienzo de la creación de este nuevo sujeto de existencia ideal (existe en la mayoría de los casos); es decir, en la etapa de formación de la estructura (business organization) del tipo de que se trate.

En esos supuestos y con fines determinados nace una nueva organización empresaria, a la vida jurídica, un sujeto de derechos, ya que el ordenamiento jurídico lo

³⁴ ALTERINI, A. A., "Responsabilidad civil", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, pp. 15.

³⁵ BUERES, A. J., "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", *Derecho de Daños*, La Rocca, Buenos Aires, 1989, pp.141.

reconoce como organizaciones autónomas, que ejecutan actos y contratos en el mercado, en calidad de sujetos de derecho.

Como desarrollo del principio de no dañar y del deber de reparar, nace la responsabilidad en el ámbito societario que desarrollaremos resumidamente aquí.

Los autores de la ley 19550 y sus reformas, tuvieron especial cuidado en la protección de los socios y de los accionistas minoritarios, sean ellos verdaderos socios o solamente inversores que adquieren esa calidad, por imperativo del tipo de sistema legal que integran.

8. EL ARMADO JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES

Las sociedades comerciales, como en casi todos los países del mundo, tienen un régimen jurídico especial; también lo poseen en la Argentina. Está conformado por las disposiciones de la ley 19550 y sus reformas (ley de sociedades comerciales, que abreviaremos LS) y para las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, la ley 26831 y sus adicionales, que suman una serie de disposiciones a la ley básica y general de sociedades citadas.

La ley de sociedades comerciales tiene pocos artículos que se refieran directamente a los socios en materia de responsabilidad civil. Hay que desarrollar un sistema interpretativo a partir de la normativa legal.

El socio es quien, antes de serlo, presta y da conformidad de algún modo jurídicamente válido para ingresar al elenco de socios de una sociedad. La definición de sociedad comercial en el artículo primero de la ley, informa el esquema de este modo especial de formar una empresa organizada, para la producción o intercambio de bienes y servicios.

Siempre la sociedad, sea civil (legislada en el Código Civil) o comercial, supone un objeto a través del cual se obtendrá un fin lucrativo o de obtención de ganancias que se repartirán entre los socios. Esta es una característica de la sociedad comercial que no se comparte con otros modos de organización empresarial no mercantil.

El socio, cuando accede a la sociedad como fundador o comprando las acciones de otro socio anterior, forma parte del poder de gobierno de la sociedad, que se expresa especialmente en las reuniones de asambleas de socios. Las asambleas son de varios tipos, pero las más comunes, periódicas y habituales, son en las sociedades anónimas: la asamblea ordinaria, con asuntos taxativamente prescriptos por la ley y la extraordinaria, que abarca todos los restantes temas de gobierno que la sociedad quiera discutir.

Las sociedades tienen siempre una administración, que en Argentina se llama directorio para las SA y no necesariamente está formada por socios, los cuales no están impedidos de participar, pero en general, se prefiere que el directorio sea profesional, especialmente en sociedades de mayor volumen.

La ley de sociedades encierra un sistema de responsabilidad legal que surge de su normativa.

¿Cuáles son las acciones que tiene el socio en defensa de sus intereses? Debemos resaltar que cualquier pérdida que el socio o la sociedad sufran, no genera automáticamente, una acción de reparación o indemnización de tales daños.

Para que haya obligación de reparar, tiene que existir culpa o dolo de una persona de un grupo de éstas o de la propia persona jurídica sociedad, actuando a través de sus órganos.

El caso fortuito o fuerza mayor, no se repara ni se indemniza. Tampoco se pagan las pérdidas que sobrevengan por riesgos empresarios o surjan de la gestión normal y corriente de la empresa o por los malos negocios que causen daño, si se han cumplido o se ha dirigido sin culpa ni dolo. Son estándares para graduar la culpa y el dolo, los que surjan de la actividad que se desarrolla, teniendo en cuenta los medios, el lugar y las circunstancias en que los actos dañosos se llevan a cabo.

La administración de cualquier sociedad, que en las sociedades anónimas es el directorio, tiene la responsabilidad de administrar con lealtad y diligencia que requieren los negocios propios de la empresa (art. 58 LS), obrando de la forma en que lo haría un buen hombre de negocios (art. 59 LS), en todo lo cual está implícito el necesario obrar de buena fe y tener un grado de profesionalidad acorde con el objeto y la dimensión de la empresa.

Quienes juzgan si se cumplieron estas premisas y estas conductas, son los jueces, que serán los que condenen a una reparación pecuniaria, en caso de comprobarse la culpa o el dolo de los causantes del daño.

Los socios son propietarios de la porción del capital en que inviertan. Pero no del capital mismo (salvo cuando la sociedad se disuelve), sino del producto o ganancia de ese capital. En ese sentido, socios e inversores son lo mismo.

Los socios llevan y manifiestan su opinión en la sociedad a través de las reuniones de socios o asambleas. Allí reclamarán por sus derechos, los que, de no ser reconocidos o considerados, tendrán el amparo judicial. Siempre los socios deben ser notificados fehacientemente de las reuniones de socios o asambleas, por las convocatorias hechas en forma debida y oportuna.³⁶ De tales reuniones, es obligatorio labrar actas escritas, en la cual se resumirán las manifestaciones hechas en la deliberación, la forma de votación y sus resultados con expresión completa de las decisiones (arts. 249 y 73 LS).

Puede haber otras formas de inversión, como por ejemplo son los préstamos, que no le otorgan al inversor el carácter de socio, salvo que compre acciones como vía de inversión. Por eso nos ha parecido más propio referirnos en este trabajo al socio accionista principalmente, más que al mero « inversor ».

Todos los socios tienen derecho a percibir los dividendos o ganancias que surjan del giro empresarial. También tienen derecho, los minoritarios, a retirarse de las sociedades anónimas en ciertos casos que establece la ley (art. 245 LS), que podríamos resumir en situaciones en las que los socios mayoritarios quieren imponer un cambio sustancial a la sociedad (transformaciones, prórroga o reconducción, disolución

³⁶ ROITMAN, H., "Ley de sociedades comerciales comentada y anotada", t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 8 "convocatoria".

anticipada, transferencia del domicilio al extranjero, cambio fundamental del objeto o reintegración total o parcial del capital, limitaciones a la transferibilidad de las acciones y en casos de fusión o escisión).

Hay otras acciones de defensa de actos o actividad contra la ley y las conductas debidas, en el desarrollo de un ente comercial organizado. Una es la acción de responsabilidad, que puede plantear el accionista contra otro accionista que ha actuado contra el interés social, si su voto fuese decisivo para causar un daño a la sociedad. La regla legal de la ley de sociedades, es que el socio con voto contrario al interés social se abstenga de votar. La acción de reclamo por daños, puede ser ejercida por la sociedad o por los socios y debe probarse el daño causado; la obligación es que el causante repare íntegramente el daño causado.

Existe otra acción: la de impugnación o nulidad de una asamblea, en los puntos de decisión que corresponda, cuando se haya violado, la ley, el estatuto o el reglamento y debe presentarse dentro de los tres meses de clausurada la asamblea. La acción puede añadir un reclamo por daños y perjuicios si estos se hubiesen producido. En esta acción se comprenden las acciones de responsabilidad contra los accionistas que permitieron con su voto la resolución que se declarara nula (Art. 254 LS).

Hay una acción de responsabilidad de los accionistas contra los directores, que debe iniciar la sociedad o en su defecto, los accionistas. La jurisprudencia también reconoce el derecho de plantear una acción de nulidad de las resoluciones del directorio, aunque la ley no se refiera expresamente a ello.

Si perjuicio de todas estas acciones de defensa de la sociedad, los accionistas, individualmente, tiene acción individual para reclamar responsabilidad a los directores por sus actos (Art. 279 LS).

Como se observa, las defensas legales de los minoritarios, son muchas y variadas y la doctrina les reconoce sus derechos: que se mantenga la estructura tendiente a satisfacer el ejercicio de sus derechos, convocatorias regulares a asambleas, derecho de información, vulnerabilidad del secreto de los negocios y su aprovechamiento por parte de los insiders, amplias acciones de responsabilidad legal contra controlantes y administradores de la sociedad.³⁷

No siempre se puede proteger a los minoritarios, porque al detentar menor poder económico, sufren en forma más directa los costes de transacción.

Por otro lado, los minoritarios pueden ejercer el poder que les da la ley para presionar y aún extorsionar a los mayoritarios. De ello dan cuenta cientos de casos jurisprudenciales provenientes de la vida de los negocios por medio de sociedades.

9. SOCIEDADES QUE HACEN OFERTA PÚBLICA

En Argentina, desde 2001, existe un régimen especial para las empresas que ofrecen y cotizan sus acciones en la Bolsa de Comercio.

³⁷ JENSEN y MECKING, "Theory of the Firm: Managerial behavior, Agency Costs and Ownership Structure", *The Journal of Financial Economics*, Amsterdam, 1976. En Argentina, la revelación de información o su aprovechamiento en forma directa o indirecta por insiders, constituye delito penal.

A estas sociedades, que no son muchas en Argentina, se les aplicaba el sistema general que hemos visto, modificado primero por el Decreto 677 del año 2001, que reguló los mercados para proteger a las grandes empresas y a los derechos del llamado “consumidor financiero”.

Los considerandos del Decreto reemplazado por la ley 26831 y Resoluciones de la CNV, explican qué valores se quieren proteger y regular.

La normativa legal establece algunas disposiciones que legislan sobre los derechos de las minorías.

En realidad, con ese decreto se implementaron en Argentina las normas de la doctrina de la corporate governance, de origen anglosajón, para las sociedades y un régimen amplio de oferta pública y títulos o valores negociables, que pueden ser acciones u otra clase de títulos.

En primer lugar, se acentúa un estricto control de la oferta pública de títulos y acciones y de los actos y contratos de las sociedades que cotizan en la bolsa.

En segundo término, se crea un régimen de transparencia y buena fe en todo lo que hace a la oferta pública de títulos valores.

La Comisión Nacional de Valores (CNV) es el organismo público que regula, controla y aplica esta ley. La CNV recibe la información que en forma obligatoria dispone la ley y ante ella existe el deber de informar una serie de actos y procedimientos.

Se establecen los deberes de lealtad, diligencia y el de guardar reserva, a funcionarios y controladores de las sociedades y de sus accionistas mayoritarios o con pacto de sindicación de acciones.

Se reconocen también por la doctrina, los derechos de los accionistas minoritarios, a quienes se debe garantizar una estructura y un sistema que les permita ejercer sus derechos.

También se regula la forma de confeccionar los estados contables y la necesidad de contar con contadores públicos independientes; en algunos casos, se ordena la necesidad de crear un comité de auditoría.

En este cuerpo legal se indican las sanciones que corresponden a los infractores de la ley.

Se regula además la publicidad y la oferta pública de adquisición obligatoria de valores, es decir, el squeeze out, es decir, las operaciones promovidas por el accionista de control con el fin de excluir de la sociedad a los socios o accionista minoritarios, aún en contra de su voluntad, pero atendiendo a razones comerciales, operativas y de conveniencia general. Pero además, debe mantenerse y preservarse en la operación, el interés social, tal como se ha señalado por Olivera García para el derecho uruguayo, pero interpretando las normas internacionales vigentes en esta materia, que el jurista muy bien cita.³⁸

Existe en USA y en la UE un derecho de exclusión por razones de necesidad empresaria, mejor operatividad y economía de las empresas.

³⁸ OLIVERA GARCÍA, R., “La exclusión de las minorías en las sociedades anónimas”, *Derecho societario. Libro en homenaje a Ferro Astray*, B de f, Montevideo, 2007, pp. 435 y s.

Pero siempre se garantiza la justa indemnización por esta verdadera expropiación empresarial forzosa.

El Decreto argentino, en el Capítulo VII legislaba sobre el régimen de “participaciones residuales”, esto es, cuando uno o más accionistas toman el “control casi total” de una sociedad. Ahora le ley regula en su Capítulo III (artículos 91 y siguientes) el régimen de las participaciones residuales, pautando ciertas normas para que la mayoría adquiera el control total del capital social.

Por último, se disponen normas sobre gravámenes y contratos de administración y gerenciamiento de la sociedad y contratos entre partes relacionadas.

La ley del mercado de capitales n° 26.831 promulgada el 27 de diciembre de 2012, declaró que tenía por objeto la regulación de los sujetos y valores negociables comprendidos dentro del mercado de capitales, sujeto a la reglamentación y control de la Comisión Nacional de Valores.

Se da una preponderancia mayor a la Comisión Nacional de Valores, entidad autárquica del Estado Nacional, quien puede intervenir de una manera tal vez excesiva en el desarrollo de las empresas privadas.

Señala la ley, en su artículo 19 inc. i) que la Comisión Nacional de Valores puede declarar “ineficaces a los efectos administrativos” los actos sometidos a su fiscalización, sin sumario previo cuando sean “contrarios a esta ley, a las demás leyes aplicables, a las reglamentaciones dictadas por la Comisión Nacional de Valores, a los estatutos, a las disposiciones dictadas por entidades y aprobadas por el organismo”.

Ello se ratifica con el poder de designar veedores con facultades de veto en las decisiones de las empresas (artículo 20), lo cual nos parece excesivo.

El papel del Estado, a través de la Comisión Nacional de Valores, es más relevante en esta nueva ley, que ha sido muy criticada por algunos sectores. Pero es la tendencia política imperante en los últimos años en la Argentina, es decir, la de un Estado mayor, que interviene en todos los ámbitos privados.

La misma Comisión Nacional de Valores establecerá los requerimientos patrimoniales para las empresas, las normas sobre prevención del lavado de dinero, las formas que revestirán la información y fiscalización que regirán, condiciones de los agentes y otras.

La ley establece también, un régimen de transparencia, reserva de auditores externos, publicidad y transparencia.

Pensamos que debe reformarse este régimen respetando la idea de una economía social de mercado, pero permitiendo que las empresas puedan actuar en un mercado más libre, para la creación de fuentes de trabajo y riqueza para los habitantes de la Nación.

10. CONCLUSIÓN

No es necesario detallar las conclusiones del presente trabajo, que son muchas y surgen de su lectura.

Sin embargo, estamos seguros de que no podemos prescindir del concepto de empresa – figura que proviene de la economía y de sociología – para estructurar las

realidades legales que el ordenamiento pretende imponer. Y es claro que la empresa, ni es un concepto jurídico desde el cual podamos construir una rama del derecho, ni resulta un resumen total del Derecho Mercantil. Nuestra materia es más proteica desde ciertos ángulos y a la vez, más limitada que el enfoque global de lo que es la empresa.

Curiosamente, el modo de ver a la empresa y a la sociedad en el mundo occidental es bastante similar. Aún si comparamos el derecho angloamericano con el del Códigos escritos.

Es que la realidad, que es la que transmite sus vivencias al derecho, impone ciertas conductas para crear y administrar el negocio colectivo, que con pocas variantes, se admiten en todos los países.

El Derecho, creador de sistemas que apuntan a conductas e indican el deber ser de los ciudadanos, busca la equidad y la armonía y sobre todo, la paz entre los seres humanos. Para ello, dispone de mecanismos que cuentan con un respaldo de coactividad que otras ciencias no lo tienen.

Una comprobación que dejamos para pensar, es el acercamiento de las otrora alejadas “ramas” del derecho, para converger en figuras que sí pueden alcanzar cierta unidad de criterio. Las personas jurídicas en el derecho argentino, alcanzan esta homogeneidad dentro de la variedad y son las estructuras que, luego de siglos, han alcanzado una gran madurez, ya que de la idea de “ente”, que muchos códigos decimonónicos recuerdan, se ha alcanzado a delinear a las organizaciones que, con algunas diferencias, se desarrollan en el derecho a la par de la figura humana.

LA COMPRAVENTA DE EMPRESA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ*

Resumen

A pesar de la trascendencia que revisten los contratos de compraventa de empresas, es la primera vez que se afronta la tarea de dotarles de tipicidad legal. El Anteproyecto de Código Mercantil lo hace ubicándolos, además, en el Libro Primero, dedicado al empresario y a la empresa, al considerar la esencialidad del objeto del contrato, la empresa, en el contexto mercantil, por encima del hecho de que se trate de un contrato. Este trabajo comenta la disciplina considerando los avances que ha supuesto en comparación con la situación actual deteniéndose en las cuestiones dogmáticas y prácticas que el Anteproyecto ha pretendido resolver.

Contenido

1. Preliminar. – 2. La empresa. – 2.1. Caracterización. – 2.1.1. Noción. – 2.1.2. Concepto mercantil de empresa. En particular la dimensión objetiva de la empresa. – 2.2 Naturaleza jurídica. – 2.3. Elementos. – 2.3.1. Descripción. – 2.3.2. En particular el establecimiento mercantil. – 2.3.2.1. Caracterización. – 2.3.2.2. Clases. – 3. La compraventa de empresa. – 3.1. Caracterización. – 3.2. Elementos. – 3.2.1. Elementos personales. – 3.2.2. Elementos reales. El objeto del contrato. – 3.2.3. Elementos formales. – 3.3. Contenido del contrato. – 3.3.1. Obligaciones del vendedor. – 3.3.1.1. La obligación de entrega. La extensión de la obligación. El modo. – 3.3.2.2. La entrega conforme y libre de derechos y pretensiones de terceros. La obligación de transmitir la propiedad. – 3.3.3. Obligaciones del comprador.

1. PRELIMINAR

A pesar de la trascendencia que revisten los contratos de compraventa de empresas, es la primera vez que se afronta la tarea de dotarles de tipicidad legal. El Anteproyecto de Código Mercantil lo hace ubicándolos, además, en el Libro Primero, dedicado al empresario y a la empresa, al considerar la esencialidad del objeto del contrato, la empresa, en el contexto mercantil, por encima del hecho de que se trate de un contrato que, como tal, hubiera debido incardinarse en el Libro Quinto, relativo a los contratos mercantiles en particular. En la decisión se tuvo también en cuenta el hecho de que la

* Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad de Alicante.

regulación no se limita a disciplinar este contrato, ni los contratos de transmisión de la empresa en general, sino que tiene un contenido más amplio por cuanto pretende acoger todos los títulos transmisivos, sean o no de índole contractual.

2. LA EMPRESA

2.1. Caracterización

2.1.1. Noción

La empresa constituye un fenómeno económico y social sobre el que se proyecta la ordenación jurídica. En atención a ello resulta indiscutido que la noción jurídica de empresa ha de tomar como base el concepto económico de la misma. Desde el punto de vista económico la empresa se define como una actividad económica organizada de producción y distribución de bienes y servicios valorables económicamente destinada a satisfacer necesidades humanas en el mercado. El carácter económico de la actividad se decide en atención a los criterios de gestión adoptados en su desarrollo. En concreto se funda en la racionalidad económica de su ejercicio, lo que se mide en términos de aprovechamiento óptimo de los factores de producción, de coste-beneficio. Este, denominado principio de economicidad, es el dato decisivo para calificar la actividad como económica y, por ende, como constitutiva de empresa, no el fin subjetivo que, al realizarla, se persiga. En particular es indiferente que se trate de un fin de lucro, de un afán de obtener riqueza. Además, la mera creación de riqueza no es suficiente. Se exige que esta tenga lugar a costa de otra riqueza precedente que queda expuesta al riesgo de pérdida. En consecuencia al concepto de empresa es inherente la idea de riesgo. El riesgo de que los costes de la actividad sean superiores a los ingresos que se obtengan de ella.

La actividad constitutiva de empresa es, en segundo lugar, una actividad organizada, lo que significa que el empresario no se limita a yuxtaponer los medios de producción, sino que los enlaza y coordina racionalmente de forma estable con arreglo a un plan en atención a la función económica a la que están destinados, esto es, la producción y distribución de bienes y servicios para el mercado. Debido a ello los medios de producción quedan coligados y funcionalmente afectos al ejercicio de la actividad, dando lugar a una unidad económico-funcional dotada de conexión estructural, lo que autoriza a configurarla como un bien económico-productivo unitario.

La organización se proyecta sobre medios materiales y humanos. Esta apreciación pone de manifiesto que se trata de un comportamiento de actuación colectiva, conformado por la coordinación de las actividades desarrolladas por diferentes personas bajo la unidad de dirección del titular de la empresa. Por último, la finalidad de la misma es satisfacer necesidades de terceros en el mercado, entendido este como lugar de encuentro de la oferta y la demanda respecto de una determinada mercancía o servicio. Esta exigencia traduce el elemento teleológico o factor

coordinador de los diferentes actos que conforman la actividad y hace visible la función de intermediación realizada por el empresario como sujeto que se interpone entre los factores productivos y el consumo.

Ahora bien, el hecho de que la noción jurídica de empresa deba sustentarse en el concepto económico, no significa que ambos se identifiquen. Economía y Derecho son ciencias gobernadas por principios diversos, que responden a finalidades también diversas. El <<ser>>, frente al <<deber ser>>. Ciencia descriptiva que formula reglas empíricas, frente a ciencia normativa que responde a criterios de equidad. A consecuencia de ello la noción jurídica de empresa está anudada exclusivamente a aquellos aspectos del fenómeno económico con relevancia para el Derecho. Esto explica, de otro lado, que no exista un único concepto jurídico de empresa, sino una pluralidad de nociones diseñadas precisamente en atención a los aspectos económicos relevantes para cada sector del ordenamiento. Hay así un concepto de empresa específico del Derecho fiscal o del administrativo o laboral, entre otros.

2.1.2. Concepto mercantil de empresa. En particular la dimensión objetiva de la empresa

En el concepto de empresa relevante para el Derecho Mercantil se distinguen dos aspectos o perfiles claramente diferenciados. Por un lado, la llamada dimensión *subjetiva* y *funcional*. Con ella se hace referencia al ejercicio profesional de la actividad constitutiva económicamente de empresa. Esta actividad se traduce en la realización por parte del titular de la misma, el empresario, de una serie indefinida de actos jurídicos de naturaleza diversa, pero coordinados y unificados en el plano funcional por la unidad de fin. Por otro lado, el aspecto *objetivo*, en el cual se materializa y objetiva la actividad del empresario. A través de él toma cuerpo y se hace real la idea de organización de bienes, derechos y personas destinados a la prosecución de una finalidad económica.

Entre ambos aspectos, es en torno a la noción de actividad donde adquiere mayor relevancia jurídica el fenómeno de la empresa. Este es el rasgo decisivo que opera como factor aglutinador del resto de aspectos o perfiles, en que se desdobra el concepto jurídico-mercantil de empresa. La noción unitaria de empresa descansa en suma en la idea de actividad del empresario, con la consiguiente calificación de empresario y la aplicación del régimen o *status* que el Derecho vincula a dicha condición en razón de su ejercicio. Por ese motivo, a diferencia de lo que sucede en el concepto económico, en el jurídico, la actividad ha de ser realizada en nombre propio. Con todo, la dimensión objetiva de la empresa no deja de ocupar una posición relevante. En la medida en que dicha dimensión expresa la existencia de un conjunto de elementos materiales, inmateriales y personales organizados por el empresario para el ejercicio de su actividad empresarial que, al estar coordinados entre sí, adquieren una consistencia unitaria, es esta dimensión la que permite concebir la empresa como objeto de tráfico jurídico independiente, dotado, además, de un valor superior al que alcanzarían aisladamente cada uno de los diferentes componentes que la integran. A este aspecto alude el Anteproyecto de Código Mercantil (en adelante, APCM) exactamente en los

mismos términos ahora expuestos al definir la empresa como el conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario para el ejercicio de una actividad económica de producción de bienes o prestación de servicios para el mercado (art. 131-1 APCM), regulando, adicionalmente, la transmisión de la misma como objeto de tráfico jurídico unitario (art. 132 APCM).

2.2. Naturaleza jurídica

Sobre la naturaleza jurídica de la empresa en sentido objetivo no ha existido una opinión pacífica en la doctrina. En una síntesis apretada cabría distinguir dos corrientes doctrinales, que separan a los partidarios de las denominadas teorías *unitarias* de los defensores de las *teorías atomistas*. Para los primeros la empresa en este aspecto objetivo nace cuando el empresario «realiza», aplica y traslada la organización a los objetos del mundo exterior objetivándose en ellos. Por este motivo es considerada como un bien inmaterial unitario integrado por una serie de valores o elementos intangibles que surgen progresivamente por virtud de la actividad empresarial. Tales elementos se refieren tanto a la organización interna de la empresa, incluyendo las experiencias y secretos del negocio, como a las relaciones externas con proveedores y clientes; si bien su número dependerá del tipo de empresa y de las características concretas de la actividad empresarial realizada. En este sentido, la empresa en sentido objetivo, como realización intangible objetivada, está estrechamente enlazada con las cosas concretas en que se manifiesta, pero no se identifica con esos objetos del mundo exterior, que son sólo soporte de la realización intangible del empresario y elementos contingentes del mismo. Y sobre ella, como bien unitario que es, se ostenta un derecho de propiedad, que se suma a los derechos —reales y obligacionales— que existan sobre los elementos soporte de la realización intangible.

Las teorías atomistas, en cambio, defienden que la empresa ha de concebirse como un conjunto heterogéneo de bienes materiales e inmateriales, sobre los cuales se puede ostentar igual una pluralidad de derechos diversos —propiedad, derechos reales limitados, derechos personales de uso—, y de relaciones jurídicas, creadas al servicio de la actividad empresarial o a consecuencia de ella. Este conjunto de bienes y relaciones personales no está meramente yuxtapuesto, sino unido y coordinado entre sí porque está funcionalmente organizado por el empresario. De modo que la organización adquiere un significado fundamental como factor aglutinante de los elementos que integran la empresa en atención a la función económica a la que están destinados todos: la producción o distribución de bienes y servicios en el mercado. Desde esta perspectiva puede afirmarse que forman un todo orgánico, lo que autoriza a hablar de una unidad económico-funcional y de una unidad de conexión estructural, objetiva, y, en tal sentido, de un bien económico unitario, con una utilidad (económica) propia, esto es, de un bien económico-productivo. Pero no de un bien jurídico (objeto de derecho) unitario *strictu sensu* y nuevo, distinto del conjunto de elementos que la integran, sobre el que se ostente un derecho de la misma índole, pues el catálogo de estos viene delimitado normativamente no sólo por criterios económicos, sino también por razones ligadas a la

fijeza y seguridad que el Derecho exige para legitimar su apropiación individual.

El hecho de que se trate de un bien económico con una utilidad de tal carácter, propia y distinta de la mera agregación de las utilidades que pueden proporcionar los diferentes elementos que lo componen, considerados individualmente, explica que la empresa adquiera un valor superior al que alcanzarían aisladamente cada uno de los diferentes elementos que la integran. Pero la relación jurídica del titular con ella no se construye al respecto de un objeto unitario de derecho sobre el que se ostente un único derecho subjetivo. Por el contrario, se fragmenta en múltiples relaciones jurídicas sobre cada uno de los elementos que la integran, cuya naturaleza jurídica se diversificará en función de la de estos y de las exigencias de la actividad. En consecuencia los elementos patrimoniales así agrupados no pierden por ello su autonomía y propia sustantividad. Tampoco modifican su régimen jurídico individual, salvo, tal vez las mercaderías, cuando han sido adquiridas en tiendas o almacenes abiertos al público (cfr. art. 85 Ccom, frente a los arts. 348 y 349 Cciv). Además, pueden ser separados de la empresa y sustituidos por otros sin que se rompa la unidad (cfr. art. 22 LHM), en tanto no se produzca una dispersión esencial que destruya la organización.

Debido a ello y, asimismo, en razón de la caracterización de la empresa como unidad funcional y de conexión estructural, objetiva, atribuida por el sujeto-titular, constituye una unidad no estática, sino dinámica, esto es, en constante mutación, sostenida por la actividad del empresario. Esto, sin embargo, no impide que el Derecho tome en consideración esa unidad de conexión estructural que es la empresa como bien económico en otros planos normativos de ordenación distintos del jurídico-real. Por ejemplo, en la disciplina de la competencia desleal o, en particular, en el Derecho de obligaciones. En este último contexto es tratado como objeto unitario de tráfico jurídico, pues en él, el Derecho es mucho menos rígido que en la ordenación de las relaciones jurídico-reales. En efecto, fuera de los límites genéricos de la autonomía privada, el principio de libertad de contratación que rige en el seno de este permite la existencia de relaciones obligacionales de cualquier contenido ajustadas a la consecución de los más variados intereses, sólo con que sean dignos de protección. Por ese motivo los «bienes» pueden ser configurados con gran libertad por las partes en cuanto objeto de la prestación debida, incluyéndose los bienes económicos, como la empresa, que, sin embargo, no son bienes jurídicos, ni objeto de derechos especiales de dominación.

A mi juicio, el Anteproyecto de Código Mercantil ha optado por una versión más próxima a las tesis unitarias¹ puesto que no se limita a disciplinar la empresa considerando exclusivamente los aspectos obligacionales, sino que ha pretendido configurarla como un bien unitario, objeto de derechos reales específicos, en cierta manera desconectados del dominio de sus componentes específicos. Verdad es que este nuevo bien se nutre del conjunto de estos componentes, pero eso no obsta a la consideración unitaria del mismo como objeto de tráfico jurídico. Una prueba evidente

¹ En sentido similar, ALONSO SOTO, R., “La empresa y los negocios jurídicos sobre la empresa”, en VV. AA, *Hacia un nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (dir.), Cizur Menor, 2014, pp. 89 y ss., 93.

de ello es la admisión del usufructo de empresa (art. 132 APCM).

2.3. Elementos

2.3.1. Descripción

Aunque el catálogo de los elementos integrantes de la empresa depende en cada caso concreto tanto de la naturaleza, como de la entidad de la actividad empresarial a la que esté funcionalmente ligada aquella, el APCM, con buen criterio, ha pretendido agotar el número y cualidad de los mismos. Dispone, en efecto, que integran la empresa los bienes y derechos afectos a la actividad empresarial, las relaciones jurídicas y de hecho establecidas por el empresario para el desarrollo de dicha actividad y el fondo de comercio resultante de la organización de los elementos anteriores (art. 131-2.1 APCM).

En lo relativo a los bienes y derechos ha de tratarse de elementos afectos a la actividad empresarial, esto es, de bienes y derechos funcionalmente destinados al ejercicio de la misma y, por ende, estructuralmente integrados en la organización. Cumplido este requisito, el APCM no limita el elenco de elementos. Puede tratarse de bienes materiales muebles (materias primas, mercaderías, medios de transporte), o inmuebles (como el local en que se encuentra instalada), o de bienes inmateriales (patentes, marcas...), así como de derechos reales o de crédito. Con el fin, no obstante, de que dichos elementos queden determinados en el caso concreto, el APCM dispone que los bienes y derechos afectos a la actividad empresarial deberán figurar en el inventario inicial y en los sucesivos (art. 131-2.2 APCM).

Sin embargo, junto a este conglomerado de elementos objetivo-patrimoniales, en el que, adicionalmente, pueden integrarse las relaciones jurídicas (vgr. de servicios con el personal que presta su trabajo en ella) y otras posiciones jurídicas complejas, los componentes más característicos de la empresa son los valores inmateriales asociados a la misma. Si bien el número de los mismos varía en el caso concreto, puede ser reducido a tres. A ellos alude también el APCM, aunque con cierta imprecisión, cuando dispone que, junto a los bienes y derechos afectos a la actividad empresarial y a las relaciones jurídicas, integran la empresa, las relaciones de hecho establecidas por el empresario para el desarrollo de la actividad empresarial y el fondo de comercio resultante de la organización de los elementos anteriores (art. 131-2.1 APCM).

En puridad, no obstante, dichos valores inmateriales son, en primer término, la organización como tal, esto es, de la selección, combinación y disposición de los elementos objetivo-patrimoniales integrantes de la empresa (vgr. procedimientos de fabricación o comercialización no patentables, fuentes de aprovisionamiento, red de comercialización...) y, en su caso, también de los elementos personales (disposición de puestos de trabajo, determinación de responsabilidades en el seno de la empresa...). En segundo lugar, las relaciones de hecho que la actividad desarrollada a través de la empresa genera con los proveedores y, sobre todo, con la clientela como círculo indeterminado de personas que le otorgan con habitualidad su preferencia y que tienden a anudarse a la organización y acompañarla en su eventual transmisión. Finalmente, las

meras expectativas de ganancia asociadas a factores exógenos de la empresa relativos al entorno en que esta se desenvuelve (tendencias de crecimiento económico del sector...). Se habla en este sentido de fondo de comercio —el «aviamiento» de la doctrina italiana— para hacer referencia a ese conjunto de heterogéneos valores inmateriales, que, en definitiva, constituyen lo más característico de la empresa y que dotan a la misma de un valor adicional al que alcanzarían aisladamente cada uno de los diferentes elementos que la integran. Este mayor valor se materializa especialmente, con ocasión de la transmisión de la misma, en el «sobreprecio» que el adquirente paga por encima del atribuido a los elementos objetivo-patrimoniales que integran la organización, considerados en su individualidad.

Ahora bien, estos componentes no constituyen elementos autónomos añadidos a los patrimoniales, susceptibles de transmisión aislada. Se trata de propiedades o cualidades de la empresa objetivamente considerada como unidad, puesto que radican en su misma configuración estructural, en su disposición. La prueba más determinante de la falta de autonomía de estos elementos es su nulo valor económico en cuanto se desgajen del conjunto. La contabilización del fondo de comercio como partida independiente del balance no puede justificar otra opinión, pues obedece a simples razones de lógica económico-contable, en las que cuentan no la caracterización del elemento como bien en sentido jurídico, sino económico, esto es, en atención a su capacidad para contribuir a la actividad económico-productiva de la empresa. Es indicativo al respecto el distinto tratamiento a que se ven sometidos los derechos inmateriales de la propiedad industrial y el fondo de comercio. En concreto, el «fondo de comercio» sólo puede figurar en el activo si se ha adquirido de un tercero a título oneroso, siendo también distinto el tratamiento contable de la amortización. Al tiempo, el hecho de que tales valores deban transmitirse al adquirente de la empresa, sólo ahonda en la consideración de que se trata de meras propiedades de la misma para cuyo aprovechamiento el adquirente de esta requiere la asistencia y colaboración del trasmittente.

2.3.2. En particular el establecimiento mercantil

2.3.2.1. Caracterización

En la actualidad la Ley no define el establecimiento de modo unívoco. De los distintos preceptos que se refieren a él es posible inferir la existencia de un concepto estricto y otro amplio. Estrictamente, la noción coincide con los bienes inmuebles y las instalaciones en los que el empresario desarrolla su actividad, esto es, un mero elemento de la empresa. Desde el punto de vista amplio, establecimiento es sinónimo de empresa en sentido objetivo. El APCM ha querido acabar con estas ambigüedades descartando la acepción amplia de establecimiento. Dispone, en efecto, que son establecimientos mercantiles los bienes inmuebles y las instalaciones en los que el empresario desarrolla su actividad (art. 131-3 APCM). Por consiguiente, la noción no coincide en todo caso con el local, concebido este como instalación inmueble de carácter fijo y permanente,

sino que abarca también *toda instalación móvil en la que el empresario ejerce su actividad [art. 59 bis 1 d) TRLCU]*, como sucede, por ejemplo, en el caso de la venta ambulante o no sedentaria, realizada en puestos desmontables o transportables o en camiones-tienda (art. 53 LOCM). De otro lado, no se precisa que se encuentre abierto al público, lo que sucede en la mayoría de los establecimientos industriales, que distribuyen su producción a través de otros empresarios, como agentes o concesionarios. Con todo, el hecho de que el establecimiento se encuentre abierto al público tiene importantes efectos en el ámbito mercantil. Específicamente por las especialidades del régimen jurídico de las compraventas realizadas en ellos.

El APCM no precisa cuándo ha de entenderse que dicha característica concurre en el establecimiento. A diferencia del Código de Comercio vigente, que, como es sabido, dispone que se consideran establecimientos abiertos al público los almacenes o las tiendas que permanezcan abiertos al público por espacio de ocho días consecutivos, o se hayan anunciado por medio de rótulos, muestras o títulos en el local del mismo, o por avisos repartidos al público o insertos en los diarios de la localidad (art. 85.2.2º Ccom). Sin embargo, continúa asociando a este tipo de establecimientos las mismas peculiaridades que el Código vigente. Las compraventas realizadas en ellos se presumen hechas al contado (arts. 87 Ccom y 131-6 APCM). Y los objetos vendidos en ellos son irrevendibles, es decir, el propietario carece de acción para reclamar la devolución de los bienes al comprador de buena fe, quedando únicamente a salvo su derecho para ejercitar las acciones civiles o penales que puedan corresponderle contra quien los hubiere vendido indebidamente (arts. 85 Ccom y 131-5.1 APCM). No obstante, el APCM introduce una excepción a esta regla que afecta a los bienes que formen parte del patrimonio histórico español (art. 131-5.2 APCM).

2.3.2.2. Clases

El APCM distingue entre establecimiento principal, secundario y accesorio (art. 131-4.1 APCM). El primero es aquel donde está situado el centro principal de las operaciones empresariales, esto es, el lugar donde el empresario ejerce la dirección efectiva de su actividad económica y centraliza la gestión administrativa. El secundario o sucursal es el establecimiento dotado por el empresario de representación permanente y de autonomía de gestión a través del cual se desarrollan total o parcialmente las actividades de la empresa (y vid. 295 RRM). De la sucursal hay que diferenciar la filial por cuanto esta última es una sociedad dotada de personalidad jurídica cuyas acciones o participaciones son titularidad de otra sociedad de la que es independiente jurídica, pero no económicamente. Los demás establecimientos tendrán la consideración de accesorios. Sin embargo, el APCM precisa que el empresario responde de las operaciones realizadas en cualquiera de los establecimientos (art. 131-4.2 APCM). Finalmente dispone que la ubicación del establecimiento principal y de las sucursales se indicará en la hoja abierta para la inscripción del empresario en el Registro Mercantil (art. 131-4.3 APCM).

3. LA COMPRAVENTA DE EMPRESA

3.1. Caracterización

Como no podía ser de otra forma, el APCM define la compraventa de empresa como el contrato en virtud del cual el vendedor se obliga a transmitirla a cambio de un precio (art. 132-7 APCM). La consideración de la empresa como un bien con propia sustantividad permite concebirla como objeto de tráfico jurídico, apto, por consiguiente, para constituir el objeto unitario de la prestación debida en todo tipo de operaciones jurídicas. El APCM no hace sino constatar esta orientación al regular el objeto de los negocios de transmisión de la empresa, sea cual sea el título por el que se produzca (art. 132-1.1 APCM), y, por ende, también, en la compraventa. No se está, pues, ante una pluralidad de contratos según los bienes, derechos y relaciones que compongan aquella. El título es único, como corrobora sin duda el art. 132-2 APCM.

Es, desde luego, un contrato mercantil. Lo era ya, según nuestra doctrina tradicional, a pesar de que se vio obligada a salvar los obstáculos que, en orden a la delimitación del carácter mercantil de la compraventa, impone el vigente art. 325 Ccom. Se afirmó², con razón, que en modo alguno es admisible que la mercantilidad de la compraventa de empresa se restrinja al supuesto en que el comprador la adquiere para revenderla con lucro. Por el contrario ha de extenderse a la hipótesis, entre otras, de compra para explotar la empresa. El APCM amplía esta calificación considerando mercantil el contrato en todo caso con fundamento en su mismo objeto [arts. 132-8.1 y 001-3.1 b) APCM].

3.2. Elementos

3.2.1. Elementos personales

En materia de elementos personales las especialidades más significativas se refieren a la capacidad de las partes en caso de enajenación por menores o incapaces y en supuestos de establecimientos gananciales. Respecto de las sociedades de capital se suscitan asimismo cuestiones en torno a la competencia entre órganos y al régimen jurídico aplicable.

En cuanto a los menores, si se trata de no emancipados o incapacitados, la cesión por sus padres o tutores exigirá la concurrencia de causas justificadas de utilidad o necesidad y autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal (art. 166.1, 271.2º Cciv). En caso de emancipados, estos deberán contar con el consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, con el del curador (art. 323.1 Cciv). Si la empresa tiene la consideración de bien ganancial, la enajenación precisa del consentimiento de ambos cónyuges (art. 1375 Cciv), sin que proceda aplicar excepción alguna, tras la desaparición del APCM de las actuales previsiones en torno a los bienes que procedan de las resultas del

² LANGLE Y RUBIO, E, *El contrato de compraventa mercantil*, Barcelona, 1958, pág. 150

ejercicio de la actividad empresarial por uno de ellos (art. 6 Ccom). Si la administración de la empresa ha sido conferida por Ley o por decisión judicial a uno de los cónyuges, la enajenación exigirá autorización judicial (art. 1389 Cciv).

Al respecto de las cuestiones de competencia entre órganos al tratar de transmisiones de empresas por sociedades de capital se duda si, en defecto de previsión estatutaria expresa, recae ésta en la junta de socios o en el órgano de administración, y, en general, cual es el régimen jurídico aplicable. A pesar de las dudas que se han venido suscitando tras la aprobación de la Ley de Modificaciones Estructurales (en adelante LME) en torno a la disciplina aplicable a este tipo de negocios y aunque el carácter del instrumento normativo utilizado autorizaba a aclarar la cuestión, ni el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital realizó precisión al respecto, ni tampoco lo ha hecho la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, a pesar de que modifica en un aspecto próximo la competencia de la junta general [art. 160 f) LSC]. Queda, pues, pendiente esta tarea en la que el criterio no debe ser otro que estimar aplicable el régimen de la segregación previsto en el artículo 71 de la LME³.

Conforme a este precepto, se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias. La empresa constituye sin duda una unidad económica y los preceptos de la LME han de considerarse imperativos cuando determinan los procedimientos a través de los cuales han de ejecutarse las operaciones que prevé. Por este motivo las partes no pueden optar por aplicar sin más la disciplina sobre aportaciones no dinerarias cuando concurren los presupuestos que definen la segregación. El carácter imperativo se fundamenta, además, en el mayor grado de protección que reciben todos los afectados en el marco de la segregación. Se exige la intervención de las juntas generales de las sociedades afectadas a las que se somete el proyecto de segregación con el informe correspondiente de los administradores y el informe de los expertos independientes y, de otro lado, los acreedores de las dos sociedades ostentan derecho de oposición (arts. 73 y ss y 30 LME). Sin ánimo de exhaustividad, tratándose de los socios de la sociedad segregada, cabe destacar en particular la necesidad de que sea la junta general de aquella sociedad la que decida la operación, en lugar de sus administradores. La potencial peligrosidad de estas operaciones para los socios de esta sociedad está fuera de toda duda, en especial para los minoritarios, ya que se ven privados de una parte esencial de los activos para ser sustituida en el patrimonio de la sociedad segregante por las acciones o participaciones contraprestación de

³ A favor, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. “Escisión parcial, segregación y aportación de rama de actividad”, *AAMN*, 2010, págs. 445 y ss. y GALLEGO SÁNCHEZ, E “Las aportaciones sociales”, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital I*, ROJO-BELTRÁN (dir.), Madrid, 2011, págs. 627 y ss. En contra ALONSO UREBA, A, RONCERO SÁNCHEZ, A. “La viabilidad de la aportación de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la Ley de Modificaciones Estructurales”, *RdS*, 2010 págs. 271 y ss.

la aportación. Con ello pierden el control directo sobre la unidad económica que ha sido transferida a la beneficiaria, que pasa a los administradores, puesto que son ellos los que ejercerán en la sociedad beneficiaria los derechos inherentes a las acciones o participaciones recibidas como contraprestación de la aportación efectuada. Los acreedores de la sociedad segregante tampoco deben permanecer sin protección puesto que su posición puede verse deteriorada al tener que soportar no solo el riesgo de la sociedad deudora, sino también las consecuencias negativas anudadas a una eventual mala gestión de las filiales. Finalmente, los acreedores de la sociedad beneficiaria no están en mejor situación puesto que la empresa cedida puede presentar un grado de solvencia insuficiente que ponga en peligro la de la sociedad receptora.

No es un argumento convincente para negar esta conclusión el que el artículo 83.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades considere como aportación no dineraria a la de ramas de actividad. La rama de actividad es una noción sustancialmente idéntica a la de unidad económica a la que alude la LME, que incluye las aportaciones de empresas. Sin embargo, parece obvio que aquella declaración del texto refundido de la Ley del impuesto de sociedades no puede tener incidencia alguna sobre la determinación del régimen jurídico-privado de estos negocios. No resulta en exceso justificado alegar que ambas operaciones difieren por el título, sucesión universal en la segregación, y título particular, en la aportación no dineraria de empresa, lo que permitiría optar entre ellos, cuando los optantes serían los administradores que, con su decisión, privarían a socios y terceros de las garantías que la Ley ha dispuesto en su beneficio. Sobre todo si luego ha de recurrirse a una interpretación forzada para conseguir un grado de protección similar ideando exigencias que la Ley expresamente no prevé.

La sujeción a las normas de la segregación de la aportación de empresa o rama de actividad efectuada por una sociedad restringe la aplicación exclusiva del régimen de la aportación no dineraria de empresa a la que efectúen personas físicas. Si bien, no se excluye en modo alguno que, tratándose de sociedades, dicho régimen haya de ser atendido, cumulativamente con las normas sobre segregación, en lo relativo a las reglas que disciplinan la materia propiamente contractual de este tipo de aportaciones, básicamente el régimen relativo a la entrega, saneamiento y riesgos, tal y como queda dibujado por los arts. 64 y 66 LSC y en los preceptos concordantes del APCM.

Con todo, resulta obvio que esta orientación deja sin tutela específica a los afectados cuando la operación no pueda catalogarse como segregación. Sustancialmente cuando la contraprestación no consista en acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias, esto es, en los casos de estricta compraventa de empresas. En estos supuestos, por motivos similares a los enunciados antes, procedería la aplicación cumulativa del régimen de la cesión global de activo y pasivo; que, no obstante, quedaría igualmente desactivada ante transmisiones de empresas que no abarcaran todo el patrimonio social (cfr. art. 81 LME). En estas hipótesis, considerando a la sociedad enajenante, solo cabría acudir, en su caso, al art. 160 f) LSC, que atribuye competencia a la junta general para decidir en torno a la enajenación de activos esenciales, presumiendo dicho carácter cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado. Con buen

criterio, por tanto, el APCM dispone que si la aportación consistiera en una empresa o establecimiento, será de aplicación lo dispuesto en el Código para la transmisión de la empresa (arts. 132-8.2 y 213-6.4 APCM); añadiendo que si la aportante fuera sociedad mercantil se estará, cumulativamente, a lo establecido en el mismo Código para la segregación de sociedades (art. 213-6.4 APCM), aunque la naturaleza de la operación no constituya segregación en sentido estricto (art. 264-4 APCM).

3.2.2. Elementos reales. El objeto del contrato

El objeto del contrato es la empresa considerada como bien unitario construido, según se explicó antes, por la conexión estructural entre los distintos elementos que la componen en razón, a su vez, de la unidad funcional a la que sirven. Lo que se transmite, en definitiva, es la unidad formada por el conjunto de los elementos funcionalmente organizados, la «unidad organizada en funcionamiento», no la propia actividad creadora que, en cuanto tal, sigue siendo personal e intransferible.

Estas consideraciones consienten afirmar, en primer término, que la transmisión de los elementos estrictamente patrimoniales sólo adquiere relevancia para el adquirente en la medida en que sean necesarios para la continuación de esa actividad de explotación. Y permiten, en segundo lugar, resolver las dudas que puedan suscitarse ante la transmisión de un conjunto de elementos de una misma empresa. Sólo si estos son suficientes para que el adquirente desarrolle por su intermedio la actividad empresarial, se presumirá que ha existido transmisión de la empresa en sí y no de un conjunto de elementos de la misma aisladamente considerados. A ello alude el APCM al disponer que en los negocios de transmisión de la empresa se considera transmitido el conjunto de sus elementos, con excepción de los derechos y obligaciones del empresario que tengan carácter personalísimo (art. 132-1.1 APCM) y que las partes podrán excluir de la transmisión algunos elementos integrantes de la empresa, siempre que con ello no se comprometa la existencia de la misma (art. 132-1.2 APCM); así como excluir algún bien esencial solo si se permite al adquirente su uso durante el tiempo necesario para la consolidación de la empresa transmitida (art. 132-1.3 APCM). Explican también, en tercer lugar, que, aunque no sea posible que el transmitente se comprometa a disponer de la actividad en sí misma, ni, propiamente, sea posible transmitir los valores inmateriales (clientela, expectativas...) generados por aquella, se integren en el objeto del contrato que, por tanto, incluye el traspaso «fáctico» de ese campo de actividad «objetivado» de la empresa y de los valores económicos inmateriales a él asociados y, en tal sentido, se obligue al vendedor a colaborar —positiva y negativamente— con el propósito de que tales valores inmateriales objetivados ligados a la organización sean utilizados por el adquirente para que esté en condiciones de realizar el mismo tipo de actividad que aquel venía desarrollando por intermedio de la empresa cedida.

3.2.3. Elementos formales

La compraventa de empresa es un contrato consensual, que se perfecciona, por tanto

ante el concurso de la oferta y la aceptación, generando desde ese mismo momento las obligaciones que le son propias. El APCM corrobora esta caracterización cuando dispone que el contrato deberá constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil a los solos efectos de que la transmisión de la empresa sea oponible a terceros (art. 132-2.1 APCM). Con ese único objeto impone la inscripción en dicho Registro empresario individual transmitente y el adquirente, si fuera también un empresario individual (art. 132-2.1 APCM).

3.3. Contenido del contrato

3.3.1. Obligaciones del vendedor

3.3.1.1. La obligación de entrega. La extensión de la obligación. El modo

De conformidad con la caracterización del objeto del contrato, la entrega comprende el conjunto de los elementos que la integran, con excepción de los derechos y obligaciones del empresario que tengan carácter personalísimo (art. 132-1.1 APCM). Para facilitar la determinación concreta de dichos elementos el APCM obliga a la formación de un inventario (art. 131-2.2 APCM). En consecuencia han de transmitirse todos los elementos mencionados en él y los accesorios, aun cuando no hubieran sido incluidos en el mismo (art. 1097 Cciv). Si bien, la falta de entrega de un elemento de esta índole no permite al comprador resolver el contrato (art. 132-10.3 APCM). Con todo, estén o no incluidos en el inventario, lo determinante es que la entrega comprenda la totalidad de los elementos esenciales, esto es, aquellos cuya falta comprometería la existencia de la empresa (art. 132-1.2 APCM), aunque no es necesario que todos ellos se transmitan a título de dominio. Es posible, por el contrario, que alguno sea cedido a título de mero uso, siempre que se garantice este durante el tiempo necesario para la consolidación de la empresa (art. 132-1.2 APCM).

El carácter esencial de los elementos se decide en razón de la aptitud de los mismos para procurar que el adquirente esté en condiciones de explotar la organización, permitiéndole el ingreso en el campo de actividad de la empresa cedida. A tal fin, junto a la entrega de los elementos patrimoniales, son decisivas las obligaciones de colaboración del transmitente. Tradicionalmente dichas obligaciones han venido considerándose como elementos naturales del contrato, esto es, existentes aunque no vengan explicitadas en él, en tanto derivadas del principio de buena fe o, directamente, del contenido de la obligación de entrega. Sin embargo, no puede excluirse que alcancen la categoría de elementos esenciales en la medida en que su falta puede privar al contrato de la consideración de contrato de transmisión de empresa. El Anteproyecto parece inclinarse por esta última orientación al respecto de las obligaciones de colaboración de signo positivo en la medida en que obliga al transmitente a entregar al cesionario la documentación empresarial y las listas de clientes, proveedores y colaboradores y a comunicarle los secretos comerciales e industriales (art. 132-3.2 APCM). Zanja, por otra parte, la duda que plantean en la actualidad los libros de contabilidad, que son propiedad del transmitente y deben ser

conservados por este durante 6 años desde el último asiento (arts. 30.1 Ccom y 151-6.1 APCM), pero que interesan al adquirente para poder continuar las relaciones comerciales y tener una idea de la marcha del negocio. A falta de norma expresa, existe la duda de si se transmiten como elemento esencial de la empresa o no, pues ciertas propuestas, como las de realizar copias y legalizarlas plantean serios problemas. El Anteproyecto resuelve también esta cuestión ordenando la entrega de los libros contables al adquirente (art. 132-3.2 APCM), de modo que, indirectamente, libera al vendedor del deber de conservación (art. 151-6.2 APCM). No obstante, siempre asistirá al vendedor un derecho de exhibición fundado en la buena fe (art. 1258 CCiv).

La orientación que ha escogido el Anteproyecto acerca de las obligaciones de signo negativo es distinta. En efecto, aunque la colaboración positiva puede servir de bien poco si se permite al vendedor seguir ejerciendo la misma clase de actividad en un lugar próximo a la ubicación de la empresa cedida, pues, en tal hipótesis, la clientela, con mucha probabilidad, permanecerá ligada al empresario vendedor, el Anteproyecto no atribuye a la obligación de no competencia ni siquiera el carácter de elemento natural del contrato ya que solo rige si se pacta de forma expresa (art. 132-11 APCM). Constituye, no obstante, una novedad, que ha de valorarse muy positivamente, el hecho de que regule el contenido de dicha obligación, determinando las condiciones de la licitud de la misma, lo que evitará la actual inseguridad en torno a una eventual infracción del Derecho protector de la libre competencia. Dispone en concreto que las partes podrán pactar que el vendedor de una empresa quede obligado a no desarrollar por sí o por persona interpuesta una actividad que, por su objeto, localización u otras circunstancias, dificulte la conservación de la integridad del valor de la empresa transmitida (art. 132-11.1 APCM). De modo que sujeta la licitud de la misma a límites objetivos —idéntico o semejante género de actividad—, geográficos —en razón de la proximidad física entre la empresa cedida y la nueva que pretenda explotar el trasmite -, y, sobre todo, funcionales —los límites solo son aceptables en la medida en que persigan conservar la integridad del valor de la empresa transmitida-. Junto a ello impone un límite temporal de dos años, que se considera es el plazo razonablemente necesario para que el adquirente consolide su posición en el mercado, de modo que la competencia del trasmite sea similar a la de cualquier tercero, sin que sea necesario que lo haya conseguido. No obstante, permite que las partes acuerden un período de tiempo mayor siempre que sea conforme con las normas de defensa de la competencia (art. 132-11.2 APCM).

Finalmente disciplina las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación, otorgando al comprador el derecho a exigir la cesación inmediata de la actividad lesiva, el abono por el infractor de la ganancia obtenida y el pago de una indemnización de daños y perjuicios (art. 132-11.3 APCM).

El Anteproyecto zanja también las dudas que existen en la actualidad en torno al tratamiento de otros elementos de carácter incorporal que pueden formar parte de la empresa, sustancialmente los créditos, los contratos y el destino de las deudas ligadas a la actividad empresarial ejercitada a través de aquella.

Como había que deducir hasta ahora de las previsiones de los arts. 1526 y ss

Cciv y 347 Ccom, el Anteproyecto dispone que la transmisión de los créditos se produce por el mero consentimiento de ambas partes, esto es, comprador y vendedor, sin que se requiera el del deudor. A él basta que se le notifique la transmisión. Ahora bien, de conformidad con la tesis unitaria en torno a la caracterización de la empresa por la que se inclina el Anteproyecto, precisa que dicho consentimiento no ha de ser específico en relación con los créditos, sino que está comprendido en el relativo a la transmisión de la empresa. Dispone, en efecto, que la transmisión de la empresa implica la cesión automática de los créditos generados en el ejercicio de la actividad empresarial (art. 132-5.1 APCM). Y asimismo, que la notificación de la transmisión al deudor ha de ser de la empresa, no de los créditos considerados individualmente. A falta de notificación, el pago realizado de buena fe por el deudor al transmitente será liberatorio (art. 132-5.2 APCM).

En materia de responsabilidad del vendedor, mantiene la regla actual en lo relativo a la legitimidad del crédito; pero la invierte en lo atinente a la solvencia del deudor ya que hace responsable al vendedor de la solvencia del deudor, salvo pacto en contrario (arts. 348 Ccom y 132-5.1 APCM). Varía, además, la regulación prevista en el mismo Anteproyecto en materia de cesión de créditos mercantiles en donde mantiene una disciplina similar a la actual ya que excluye la responsabilidad del cedente por la solvencia del deudor, salvo que la insolvencia sea notoria y anterior a la transmisión o se haya pactado otra cosa (art. 450-5.2 APCM). Como hasta ahora, sin embargo, la licitud del pacto de exclusión de la garantía de solvencia se elimina, si el cesionario es una sociedad de capital (art. 213-6.3 APCM).

Los contratos celebrados por el empresario cedente son, en ocasiones, indispensables para la explotación de la empresa e incluso para su propia subsistencia. Por ejemplo, el arrendamiento de locales de negocio, suministros de materias primas o mercaderías, contratos de licencias de patentes o marcas... Sin embargo, en tanto suponen, en términos generales, la subrogación de un tercero (adquirente de la empresa) en la posición contractual del cedente (vendedor), en la actualidad están sujetos al consentimiento de la otra parte contratante, por aplicación de las reglas generales sobre subrogación, salvo que otra cosa disponga el contrato o la Ley. La Ley prevé la cesión automática al comprador del establecimiento de ciertos contratos, sustancialmente los de trabajo (art. 44 ET) y seguro contra daños del establecimiento (art. 34 LCS). Fuera de estos casos, por tanto, la necesidad de contar con la aquiescencia de la otra parte contractual dificulta en gran medida la cesión de empresas. El Anteproyecto pone fin a este inconveniente disponiendo que, salvo pacto o disposición en contrario, el adquirente de la empresa se subrogará automáticamente en los derechos y obligaciones de los contratos celebrados en el ejercicio de la actividad empresarial. Si bien, la otra parte contratante podrá dejar sin efecto la relación contractual comunicando su decisión al adquirente en el plazo de un mes a contar del día en que hubiera recibido noticia de la transmisión, salvo que se trate de transmisiones realizadas en el concurso de acreedores, en las que se excluye esta facultad (art. 132-4 APCM).

Con la excepción de ciertas deudas tributarias (art. 42.1 LGT), con la Seguridad Social (art. 127.2 LGSS), con los trabajadores (art. 44 ET) y frente a las entidades

aseguradoras de la empresa (art. 34.3 LCS), las deudas del vendedor relativas al negocio sólo se transmiten al comprador si existe acuerdo expreso entre las partes y consentimiento, también expreso, de cada uno de los acreedores (art. 1205 CCiv). En defecto de este, el pacto de asunción de deudas sólo tiene eficacia entre cedente y cesionario, lo que, otra vez, dificulta en gran medida la cesión de la empresa como un todo. El Anteproyecto resuelve también esta cuestión de la mejor manera disponiendo que el adquirente de la empresa asume todas las deudas que resulten de la documentación contable y empresarial y aquellas otras que se pacten expresamente, de tal manera que responde de todas las que figuren en dicha documentación contable y empresarial, de aquellas de cuya existencia hubiere sido informado y de las que tuviera conocimiento previo. Junto a ello impone una responsabilidad solidaria al transmitente por la totalidad de las deudas contraídas para la organización de la empresa y el ejercicio de la actividad empresarial con anterioridad a la transmisión. La responsabilidad del transmitente, no obstante, se extinguirá a los tres años a contar desde la fecha en que la transmisión de la empresa fue oponible a terceros o desde aquella en la que se produzca el vencimiento de las deudas, si fuera posterior (art. 132-6 APCM).

De las previsiones anteriores, así como del art. 132-2.2 APCM, cuando dispone que la escritura deberá contener una relación de todos los elementos transmitidos y, en especial, la descripción de los bienes sujetos a inscripción registral, parece deducirse que la entrega se entiende efectuada al respecto de la totalidad de los elementos anteriores en bloque y por sucesión universal en el acto de la firma de la escritura, cuando no antes, por el mero acuerdo de las partes, según el elemento de que se trate. No obstante, las previsiones del art. 132-3.1 APCM inducen a cierta confusión al prever que el transmitente de la empresa está obligado a realizar todos los actos que sean necesarios para la entrega de todos y cada uno de los elementos objeto de la transmisión. De ello parece deducirse que, como ahora, la transmisión de la titularidad de cada uno de los componentes de la empresa continúa estando sometida a la normativa que los disciplina en particular, lo que se traduce en una diversificación del régimen de la transmisión, según la ley de circulación de cada elemento. Esta conclusión no afectaría a la unidad del contrato, pues la diferenciación de régimen repercutiría sólo en la ejecución de la obligación de entrega y sólo el modo o tradición, imprescindible para adquirir la propiedad (art. 609.2 Cciv), sería plural; pero obliga a cuestionar si, verdaderamente, el APCM ha dispuesto una entrega en bloque por sucesión universal y, con ello, si ha optado por las tesis unitarias concediendo definitivamente a la empresa la consideración de bien jurídico *strictu sensu*, que pueda ser objeto de un único derecho subjetivo. O si, por el contrario, continúa reconociendo la existencia múltiples derechos sobre cada uno de los elementos que la integran, de modo que, aunque estén así agrupados no pierden por ello su autonomía y propia sustantividad, ni, en general, modifican su régimen jurídico individual.

3.3.2.2. La entrega conforme y libre de derechos y pretensiones de terceros. La obligación de transmitir la propiedad

El Anteproyecto modifica las obligaciones del vendedor de modo terminante, siguiendo

el modelo que prevé el propio Anteproyecto para la compraventa mercantil, que, a su vez, traslada al ordenamiento español las orientaciones procedentes de los textos internacionales y comunitarios, asumidas solo parcialmente para las compraventas de consumo en el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios. El vendedor ya no asume la obligación principal de entregar y las secundarias de garantizar al vendedor el saneamiento por evicción y por vicios o defectos del bien. Ahora contrae dos obligaciones principales. La de entregar bienes conformes con el contrato y la de transmitir la propiedad, lo que incluye la entrega libre de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero que no hayan sido previstos en el contrato.

En el sistema vigente el saneamiento por vicios o defectos se configura como un régimen atenuado de responsabilidad que protege en muy escasa medida al comprador, puesto que se separa del general por incumplimiento, concediendo dos limitados derechos, a saber, la resolución del contrato, -que queda sin efecto mediante la restitución recíproca de cosa y precio-, o la rebaja proporcional del precio, de manera que el comprador no puede reclamar el resarcimiento de los daños, salvo al vendedor doloso, que conoce el defecto; y a la inversa, estas acciones se pueden eliminar del contrato por pacto expreso, siempre que el vendedor ignore los defectos. Por otro lado, ambas acciones deben ejercitarse, además, dentro de breves plazos. Técnicamente este especial régimen de responsabilidad se justifica en el hecho de que se considera que el vendedor ha cumplido su obligación de entregar la cosa, pero lo ha hecho de un modo imperfecto. Por ello, en lugar de aplicarse los remedios propios del incumplimiento, rige esta responsabilidad atenuada que le favorece. Sin embargo, los defectos ocultos se confunden fácilmente con el error que ha podido padecer el comprador, con la consiguiente nulidad del contrato. Y es difícil también deslindar estos supuestos de prestaciones defectuosas de aquellos en que, por ser la prestación diversa - *aliud pro alio*-, existe incumplimiento del contrato por inejecución de la obligación de entrega, que autoriza la aplicación de la normativa civil sobre incumplimiento contractual (arts. 1101, 1103 y 1124 Cciv).

Frente a este sistema, el del *common law*, por el que se inclina el Anteproyecto resulta más claro, objetivo, preciso y coherente con las necesidades del tráfico mercantil, así como con el régimen general del incumplimiento. En él, la obligación de entrega se concibe no en abstracto, sino comprendiendo específicamente los bienes conformes con el contrato, de modo que el vendedor no asume la obligación adicional de responder en razón de los vicios y defectos de aquellos, sino la principal de entregar los bienes pactados en las condiciones convenidas. En consecuencia, la existencia de vicios o defectos en ellos constituye un incumplimiento de la obligación de entregar la cosa vendida, que se imputa al vendedor de forma objetiva al quebrar el principio de equilibrio de las prestaciones frustrando el fin del contrato, salvo que exista un impedimento imprevisible. De ahí que, en lugar de instaurarse una obligación accesoria amparada por las acciones edilicias, se instituye una sola obligación, la de entrega, definida en sus contornos por los criterios que determinan la conformidad del bien con el contrato. De este modo, la garantía pierde su actual consideración de elemento natural del contrato para integrarse en el elemento esencial que es la obligación de entrega.

En materia de compraventa de empresa el Anteproyecto regula esta nueva obligación en esos mismos términos, reproduciendo en síntesis las pautas de régimen jurídico que prevé al tratar de la compraventa mercantil. Dispone, en efecto, que el vendedor está obligado a entregar la empresa conforme a lo pactado en el contrato, instituyendo la responsabilidad del mismo ante toda falta de conformidad existente en el momento de la transmisión, aun cuando se manifieste posteriormente, salvo que el comprador la conociera o no hubiera podido ignorarla en aquel momento. No ha ultimado, sin embargo, la coordinación cuando disciplina las consecuencias de la falta de conformidad. En el régimen de la compraventa mercantil la falta de conformidad supone el incumplimiento del contrato por parte del vendedor y faculta al comprador para ejercitar los derechos y acciones enumerados con carácter taxativo en el Anteproyecto. El comprador puede exigir el cumplimiento, la reducción del precio y la resolución del contrato, en el bien entendido de que el cumplimiento comprende la reparación de los bienes o su sustitución por otros conformes con el contrato. Sin embargo, en la compraventa de empresa dispone que, ante una falta de conformidad, el comprador puede exigir el cumplimiento con una reducción del precio (art.132-10.3 APCM), lo que no resulta en exceso coherente puesto que si exige el cumplimiento, lo que supone que pide la reparación de los elementos no conformes o su sustitución por otros conformes con el contrato, carece de sentido que reclame también una reducción del precio. La proposición debe, pues, ser interpretada considerando las disposiciones de la compraventa mercantil. En aquel contexto, además el derecho de elección del comprador no es absoluto. Está restringido al objeto de promover la máxima reciprocidad de intereses y la conservación del contrato en sus términos iniciales. Por este motivo, el primer límite que impone consiste en conceder al vendedor la facultad de oponerse a la pretensión de cumplimiento cuando lo exigido resulte imposible, excesivamente oneroso o desproporcionado. En estas hipótesis, así como cuando, habiendo exigido el comprador el cumplimiento no hubiera sido ejecutado por el vendedor o tenga razones fundadas para creer que no se va a ejecutar, tendrá derecho a reducir el precio. Finalmente, el comprador solo está autorizado a resolver el contrato ante un incumplimiento esencial, circunstancia que concurre en la compraventa de empresa cuando la falta de conformidad afecte a elementos esenciales de la empresa. En estos supuestos podrá resolver el contrato con indemnización de daños y perjuicios (art. 132-10.3 APCM).

El Anteproyecto tampoco ha extremado la coordinación al tratar de la segunda obligación que compete al vendedor. Prescinde de enunciar de forma expresa la de transmitir la propiedad y ofrece una visión restrictiva de la obligación de entrega libre de derechos y pretensiones de terceros, limitándose a disponer que el vendedor está obligado a garantizar al comprador que no será privado en todo ni en parte de su posesión por un tercero en virtud de un derecho o pretensión anterior a la compraventa (art. 132-10.1 APCM).

3.3.3. Obligaciones del comprador

De las dos obligaciones que competen al comprador, la de pagar el precio y recibir la empresa, el Anteproyecto únicamente alude al precio para autorizar a las partes a que encomienden tanto la fijación del mismo, como la determinación de los elementos objeto de entrega a uno o más expertos, obligando al vendedor a proporcionar a dichos expertos toda la información que soliciten (art. 132-9 APCM). La previsión se completa en la parte general de obligaciones y contratos mercantiles en la que se prevén las consecuencias de que el experto no pueda o no quiera fijar el precio. Con buen criterio el Anteproyecto adopta en esta materia una regla opuesta a la que recoge el Código civil. Allí, si el tercero no señala el precio, el contrato queda ineficaz (art. 1447 Cciv). Aquí, la falta de determinación no afecta la vigencia del contrato. Únicamente se impone la integración de este elemento esencial, ordenando el texto que se entenderá por precio uno que sea razonable (art. 415-3.2 APCM).

REPUTACIÓN ONLINE DE LAS EMPRESAS DE ALOJAMIENTO TURÍSTICO Y PUBLICACIÓN POR TERCEROS DE INFORMACIONES NEGATIVAS (REVIEWS)*

APOL·LÒNIA MARTÍNEZ NADAL**

Resumen

En la actualidad es bien conocida la relevancia de los nuevos canales electrónicos para la comercialización de plazas de alojamiento turístico. Se trata de una nueva vía, de gran importancia práctica para los empresarios de alojamiento, para la promoción de sus productos o servicios y que permite llegar a un mayor número de potenciales clientes con unos costes no excesivamente elevados. No obstante, junto a estas evidentes ventajas, debe tenerse en cuenta la existencia de posibles riesgos. En particular, nos centramos en este trabajo en la hipótesis en la que un tercero publica una información negativa sobre un establecimiento de alojamiento en Internet (los denominados reviews) lo que puede afectar a la denominada reputación corporativa online.

Contenido

1. Introducción. – 2. Identidad digital y reputación social o corporativa online. – 3. Riesgos en la gestión de la reputación corporativa online; en particular, publicación por terceros de informaciones negativas. – 4. Marco legal y posibles acciones judiciales. Valoración. – 4.1 Derecho al honor de las empresas y acciones legales para su defensa. Libertad de expresión de los terceros usuarios y clientes. – 4.2. Valoración de la conveniencia del ejercicio de acciones legales en vía judicial. – 5. Medidas preventivas y acciones reactivas alternativas no judiciales ante un ataque a la reputación online empresarial. Iniciativas individuales o sectoriales. – 5.1. Actuaciones individuales directas del empresario de alojamiento sobre sus clientes en el ámbito de su relación contractual. – 5.2. Iniciativas individuales en el ámbito de la relación contractual hotelero-OTA. – 5.3. Iniciativas sectoriales: las directrices de HOTREC: Los puntos de referencia de prácticas equitativas en la distribución en línea (versión 2014). Eficacia.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación no se limita únicamente a los particulares en sus actividades personales

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto DER2012-32063 “Turismo y Nuevas Tecnologías; en especial, el régimen jurídico de las denominadas centrales de reservas turísticas” (Investigador principal: A. Martínez Nadal) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

** Catedrática de Derecho Mercantil, Universitat de les Illes Balears.

sino que se extiende a empresarios, profesionales e incluso administraciones, que utilizan las nuevas posibilidades tecnológicas para desarrollar, e incluso potenciar las actividades que les son propias.

Hoy en día, las organizaciones empresariales difunden su imagen en Internet mediante herramientas como páginas web corporativas, blogs empresariales, perfiles y páginas en redes sociales y, en general, en la llamada, Web 2.0. En particular, en el ámbito empresarial, es cada vez más frecuente y habitual, y no solo conveniente sino incluso necesario, estar presente en la red, en sus diversas modalidades, para dar difusión a los productos y servicios empresariales e incluso comercializar los mismos a través de los nuevos canales electrónicos.

En el caso de los empresarios del sector turístico, en los que vamos a centrar este trabajo, y, en concreto, los titulares de establecimientos de alojamiento, los canales electrónicos se han convertido en un instrumento esencial para la comercialización de servicios turísticos. Esta implantación de las nuevas tecnologías informáticas y telemáticas permite, por una parte, que los prestadores turísticos intenten llegar directamente al consumidor final (p.ej., a través de páginas web propias mediante las que se hacen presentes en la red y ofrecen de forma directa su producto). Y, por otra parte, ha propiciado la aparición de nuevos agentes, y nuevos canales, de distribución turística.

En efecto, en la actividad de distribución y comercialización de servicios turísticos ha sido tradicionalmente fundamental la denominada actividad de intermediación, básicamente a través de las ya clásicas agencias de viaje presenciales pero también, hoy día, de las de las más modernas centrales de reservas (conocidas también como OTAs, esto es, Online Travel Agencies), utilizando además, unas y otras entidades intermediarias, los nuevos canales electrónicos para la promoción y comercialización de servicios turísticos de terceros¹.

¹ En sentido amplio, y desde un punto de vista descriptivo, denominamos “centrales electrónicas de reservas turísticas” a aquellos portales o plataformas electrónicas que permiten al usuario final reservar o contratar servicios turísticos (billetes de transporte, alojamiento, excursiones, alquiler de coches,...) a través de Internet. En este concepto amplio tendrían cabida entidades de muy distinta naturaleza: desde centrales de reservas vinculadas a asociaciones empresariales del sector turístico, o incluso a la propia administración, con fines informativos, promocionales o facilitadores de la realización y gestión de reservas de servicios turísticos (menorcavisit.com) a verdaderas empresas turísticas que utilizan Internet o bien para la comercialización de sus propios productos (caso de airberlin.com, solmelia.es, ryanair.com) o bien para la comercialización de productos de terceros (rumbo.es, booking.com, atrapalo.es, lastminute.com, entre otros).

Con una perspectiva más estricta y restringida, consideramos que debe incluirse en este concepto, a efectos legales, únicamente a las últimas entidades mencionadas: centrales de reservas turísticas electrónicas serían, a nuestros efectos, aquellas empresas turísticas que a través de sus portales de internet permiten a los usuarios finales la contratación de servicios turísticos de distintos proveedores, normalmente de distinta naturaleza (p.ej., atrapalo.es), aunque en ocasiones se trata de un único tipo de servicio (p.ej., booking.com limitado a reservas de alojamiento) y a cambio de una remuneración (sea abonada directamente por el usuario final, sea asumida por el prestador del servicio). No quedarían incluidas, pues, en este concepto aquellas entidades que comercializan sus propios productos a través de Internet, pues no existe, en principio, actividad de intermediación. Cfr., más extensamente al respecto, MARTÍNEZ NADAL, A., “Las centrales electrónicas de reservas turísticas: breves consideraciones acerca de su naturaleza y régimen jurídico”, *Libro homenaje al Prof. Dr. José Antonio Gómez Segade* (coord. Por Ana María Tobío Rivas; Ángel Fernández-Albor Baltar y Anxo Tato Plaza), 2013, págs. 967-984.

Asimismo, ha de mencionarse la existencia de entidades que, sin actuar en sentido estricto como intermediarios, influyen de forma indirecta en la actividad de comercialización de servicios turísticos: son los sitios o páginas web de valoración online (online review sites) y los motores de búsqueda de información (meta-search engines). Los primeros permiten a la persona interesada búsquedas y comparativas sobre los servicios turísticos ofrecidos por distintos proveedores y también la expresión de opiniones sobre tales servicios por parte de sus usuarios². Los segundos, pensados inicialmente como instrumentos de búsqueda de información, han acabado incorporando también la posibilidad de expresión de opiniones por parte de los usuarios³.

En los últimos tiempos los papeles y funciones de estas distintas entidades han convergido y se ha entremezclado. De forma que, por una parte, las agencias de viajes en línea (OTAs) ofrecen la posibilidad de publicar comentarios por parte de los clientes, mientras que, por otra parte, la mayoría de los sitios de valoración de proveedores ofrecen enlaces para realizar reservas. Y, finalmente, los motores de búsqueda han incluido también, como hemos señalado, herramientas de opinión y valoración e incorporado también en ocasiones enlaces que permiten reservar servicios turísticos.

Pues bien, a la vista de lo expuesto se pone de manifiesto la importancia de la simple presencia de los empresarios (en nuestro caso, turísticos) en Internet, así como la relevancia de estos nuevos canales para el desarrollo de su actividad económica. En efecto, las causas que motivan la presencia de las empresas en la red son diversas: en primer lugar, abrir una nueva vía, de gran importancia práctica, para la promoción de sus productos o servicios, vía que permite llegar a un mayor número de potenciales clientes con unos costes no excesivamente elevados. Y, en segundo lugar, la presencia empresarial en Internet mejora la comunicación con el cliente y también con otros profesionales. No obstante, junto a estas evidentes ventajas, debe tenerse presente la existencia de riesgos y posibles incidencias que afecten a la actividad económica de la empresa y a la reputación de la misma.

² Una de las entidades de esta última categoría más conocidas es TripAdvisor que se define como “la mayor web de viajes del mundo, que permite a los viajeros planificar y disfrutar del viaje perfecto”. TripAdvisor ofrece consejos de viajeros reales y una gran variedad de selecciones de viaje y funcionalidades con enlaces a sistemas de reserva. Las webs de la marca TripAdvisor componen la mayor comunidad de viajes del mundo, alcanzando casi 315 millones de usuarios únicos al mes, y más de 190 millones de comentarios y opiniones acerca de más de 4.4 millones de alojamientos, restaurantes y lugares de interés. Las webs operan en 45 países, incluyendo China con daodao.com. TripAdvisor también incluye TripAdvisor for Business, una división dedicada a dar visibilidad a la industria hotelera antes los millones de usuarios mensuales de TripAdvisor. Su finalidad es ofrecer información a los viajeros pero no interviene en la comercialización de servicios turísticos: “No tramitamos reservas para hoteles y no podemos responder a las preguntas sobre tus reservas. Ponte en contacto con la agencia de reservas en línea (Expedia®, Hotels.com®, etc.) que utilizaste” (Fuente: <http://www.tripadvisor.com>; última consulta: diciembre 2014).

³ Es el caso de Google que, pensado inicialmente como simple buscador de información, ha superado sus usos iniciales. Así, Google Places permite a los empresarios registrarse en Google y en tal caso serán incluidos en las listas de Google Maps, y también mostrados en los resultados de las búsquedas de Google con información más amplia y otros datos disponibles (como opiniones y fotos). Una vez incluidos en las listas de Google, los usuarios podrán dejar sus opiniones sobre los negocios directamente en la página de los mismos en Google Places.

En particular, nos centramos en este trabajo en la hipótesis en la que un tercero ajeno a la empresa publica una información negativa sobre la misma en Internet (en la web de una OTA o en un review site), lo que puede afectar a la identidad digital y la reputación corporativa online con consecuencias graves como la pérdida de clientes, y, por ende, de beneficios. Curiosa y paradójicamente, incluso aquellas empresas sin presencia corporativa en la red están expuestas a la publicación online de opiniones sobre ellas por terceros. En la Web 2.0 cualquier empresa o profesional puede tener presencia digital gracias a clientes y usuarios sin necesidad siquiera de tener una página web, tanto para expresar opiniones positivas como negativas⁴.

2. IDENTIDAD DIGITAL Y REPUTACIÓN SOCIAL O CORPORATIVA ONLINE

Dada la importancia de la simple presencia de los empresarios turísticos en Internet, así como la relevancia de estos nuevos canales para el desarrollo de su actividad económica, correlativamente, cobran también importancia dos conceptos relacionados, la denominada identidad digital corporativa, y la noción de reputación social o corporativa online.

- a) La identidad digital corporativa puede ser definida como el conjunto de información sobre una empresa expuesta en Internet (datos, imágenes, registros, noticias, comentarios, etc.) que conforma una descripción de dicha organización en el plano digital⁵.

En principio, la creación de la identidad digital dependerá del propio empresario y de la información que publique sobre su empresa. Pero debe tenerse en cuenta que, junto, o, más bien, más allá, de las actuaciones del propio empresario, la identidad digital también se ve conformada con las opiniones expresadas por los clientes de la empresa en Internet. En este sentido, se apunta la aparición de un nuevo concepto, los “prosumidores”: sujetos activos que participan del mismo proceso de la construcción de la identidad empresarial a través del diálogo abierto con otros consumidores y con las propias compañías⁶. Por tanto, el contenido generado por terceros influye en la identidad digital de una empresa de la misma manera que el creado por ella misma. Y recordemos que, curiosamente, incluso aquellas empresas sin presencia corporativa en la red están expuestas a la publicación online de opiniones sobre ellas por terceros.

- b) Como es sabido, la reputación corporativa es el concepto que mide cuál es la valoración que hace el público de una compañía. Esta definición es trasladable al

⁴ Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), “*Guía para empresas: identidad digital y reputación online*”, noviembre de 2012.

⁵ Definición extraída de la “*Guía para empresas: identidad digital y reputación online*” elaborada por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), noviembre de 2012.

⁶ MARTÍNEZ PRADALES, D. *Las marcas y las redes sociales. Identidad digital y reputación online*. Evoca. Cuadernos de comunicación.

Disponible en: <http://www.evocaimagen.com/cuadernos/cuadernos5.pdf> (última consulta: diciembre 2014).

mundo de Internet y a la Web 2.0 donde aparece la idea de reputación online corporativa.

La reputación online podría definirse como la valoración alcanzada por una empresa a través del uso o mal uso de las posibilidades que ofrece Internet. Para entender la noción de reputación online de una empresa se deben distinguir los conceptos de investigación, monitorización y gestión⁷:

- a) Investigación de la reputación online (Qué ocurrió). La investigación consiste en un análisis retrospectivo de la reputación online de una empresa. Este análisis abarca una primera fase cuantitativa en la que se registran opiniones de usuarios y de medios a través de blogs, foros, redes sociales, etc. sobre la empresa, y una segunda fase cualitativa en la que se identifican las fortalezas y áreas de mejora de la entidad, a través de las opiniones positivas y negativas, respectivamente.
- b) Monitorización de la reputación online (Qué está ocurriendo). La monitorización de la reputación online es el seguimiento regular a través de la Red de la identidad digital de la organización. Esta monitorización incluye el registro de las informaciones, los comentarios y opiniones que se generan en Internet sobre la organización, marcas comerciales y otros activos sujetos a propiedad industrial e intelectual, productos o personas.

Esta tarea se apoya cada vez más en aplicaciones informáticas que encuentran, clasifican y analizan la información que circula en Internet y en las redes sociales de forma automatizada, con el objetivo de medir la reputación en Internet.

- c) Gestión de la reputación online. La gestión puede definirse como la fase transversal de la reputación online que comprende tanto la fase de investigación como la de monitorización. Esta gestión contempla un conjunto de prácticas como, p.ej., la adopción de estrategias de optimización de resultados en motores de búsqueda (Search Engine Optimization, SEO) y posicionamiento en los buscadores de Internet (Search Engine Marketing, SEM), la creación y publicación de contenidos en perfiles corporativos de redes sociales y páginas web especializadas, el desarrollo de notoriedad y presencia en Internet y la lucha contra contenidos perjudiciales. A esto último aspecto nos dedicamos en el apartado siguiente.

Cada vez son más las organizaciones (tanto públicas como privadas) que gestionan de forma profesional su identidad digital corporativa y su reputación en Internet y en la Web 2.0, tanto de forma preventiva para la evitación de posibles problemas, como de forma reactiva, con protocolos de reacción en caso de incidentes.

⁷ *Cómo investigar la reputación online en los medios sociales de la Web 2.0. Identidad Digital y Reputación Online. Evoca. Cuadernos de comunicación.*

Disponible en: <http://www.evocaimagen.com/cuadernos/cuadernos5.pdf>

3. RIESGOS EN LA GESTIÓN DE LA REPUTACIÓN CORPORATIVA ONLINE; EN PARTICULAR, PUBLICACIÓN POR TERCEROS DE INFORMACIONES NEGATIVAS

Como hemos apuntado, uno de los riesgos a los que está expuesta la reputación corporativa online es la publicación por terceros de informaciones negativas.

En efecto, una de las ventajas de Internet es que permite a las empresas obtener un feedback directo de clientes y del público en general sobre sus productos o servicios. Pero puede ocurrir que la respuesta sea negativa, con la publicación de opiniones, comentarios y valoraciones negativas (información en sentido amplio), que pueden tener un fundamento real o pueden resultar ser falsas, pero que, en todo caso, pueden afectar a la reputación de la empresa. Ello puede realizarse a través de distintas vías: p.ej., a través de comentarios en foros y blogs personales, o a través de los hashtags o etiquetas de Twitter que permiten la agrupación de comentarios y les da una mayor visibilidad y facilita su localización.

En el supuesto objeto de este trabajo, centrado en las empresas turísticas y particularmente los titulares de establecimientos de alojamiento, los mismos están expuestos a este tipo de opiniones negativas, incluso, como ya hemos apuntado, sin tener presencia directa en Internet. De entrada, cuando el propio prestador de servicios turísticos tiene su propia página web a través de la que ofrece de forma directa sus servicios al usuario final, es habitual incluir un espacio para la expresión de opiniones por parte de usuarios; no obstante, en estos caso, el propio empresario tendrá un control sobre las entradas y contenidos de tal apartado de opinión.

El problema surge cuando no tiene tal control directo, y ello ocurre cuando recurre para la comercialización de sus servicios a entidades intermediarias como las centrales de reservas (OTAs). En tal caso, el empresario turístico está expuesto a opiniones vertidas por terceros en una página web ajena sobre la que, en principio, no tiene control: pueden ser opiniones subjetivas, informaciones verdaderas o falsas, vertidas por clientes reales o clientes inexistentes, clientes anónimos o identificados. Es cierto que en las relaciones contractuales interempresariales que vinculan al hotelero con la OTA podría abordarse y regularse el tema de las opiniones negativas por terceros, pero no olvidemos que, en estos momentos, quienes tienen la posición económica dominante en esa relación contractual son habitualmente las OTAs, que acaban imponiendo sus condiciones a los proveedores de servicios turísticos.

Y el problema mencionado se agrava cuando tales opiniones se expresan a través de otras entidades que, como hemos apuntado, no son en sentido estricto intermediarios, aun cuando influyen de forma indirecta pero muy relevante en la actividad de comercialización de servicios turísticos: son los denominados Online Review Sites o sitios de valoración online que permiten a la persona interesada en una determinada prestación (p.ej. alojamiento) búsquedas y comparativas sobre los servicios turísticos ofrecidos por distintos proveedores y también la expresión de opiniones sobre tales servicios por parte de sus usuarios. Tales opiniones son tenidas muy en cuenta por potenciales clientes a la hora de tomar una decisión sobre si contratar o no un servicio (p.ej., el alojamiento en uno y no otro establecimiento hotelero). Y, en este caso, el

empresario de alojamiento afectado sobre tales opiniones no tiene en principio relación contractual alguna con la entidad que aloja tales opiniones y es posible incluso que, ni siquiera, tenga presencia corporativa en internet (web propia, Facebook, ...).

En principio, las críticas, objetivas y fundamentadas, pueden ser incluso positivas y bien recibidas por el empresario, que las puede valorar como una de las ventajas de estar presente en la red, que le permite interactuar con sus clientes y usuarios, y corregir posibles deficiencias en el desarrollo de su actividad empresarial. Pueden existir también comentarios subjetivos basados en apreciaciones personales, incluso comentarios falsos o claramente denigratorios para la empresa afectada que afecten a la reputación corporativa online. Analizamos a continuación las posibles acciones legales frente a este tipo de comentarios.

4. MARCO LEGAL Y POSIBLES ACCIONES JUDICIALES. VALORACIÓN

En este apartado analizamos, de entrada, la posibilidad de ejercer algún tipo de acción legal frente a este tipo de comentarios negativos sobre las empresas de alojamiento turístico (reviews). Y, a continuación, analizamos la conveniencia del ejercicio de tales acciones desde un punto de vista práctico.

4.1. Derecho al honor de las empresas y acciones legales para su defensa. Libertad de expresión de los terceros usuarios y clientes

Como se ha señalado, el análisis de la normativa que afecta a la reputación online no difiere sustancialmente del que se haría al considerar la imagen y reputación corporativa en el mundo tradicional o presencial⁸.

El punto de partida del análisis se sitúa en el artículo 18 de la Constitución española, que reconoce el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El Tribunal Constitucional incluye a las empresas y organizaciones entre los titulares del derecho al honor, con el que estaría relacionada la reputación corporativa. Así, reconoce expresamente que la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena⁹.

Por tanto, los empresarios persona jurídica, en defensa de su derecho al honor, pueden, en principio, iniciar acciones civiles o penales para solicitar la retirada de la Red de informaciones que produzcan un perjuicio a su reputación. En la mayoría de las ocasiones nos encontraremos ante supuestos donde entran en conflicto, de un lado, el derecho al honor del empresario cuya reputación ha sido dañada y, de otro, el derecho a la libertad de expresión e información, recogidos en el artículo 20 de la Constitución española, que ampararían al autor de los comentarios e informaciones.

⁸ Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), “*Guía para empresas: identidad digital y reputación online*”, cit., pág. 22.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 139/1995.

En concreto, los empresarios afectados podrían recurrir, principalmente, a la siguiente normativa específica para salvaguardar su reputación online corporativa.

- a) Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor. Esta Ley protege a las empresas frente a todo género de intromisiones ilegítimas que pudieran menoscabar su reputación, ello tanto si se producen en el entorno físico como si acaecen en el entorno online. La entidad que vea afectado su honor (por ejemplo, a través de comentarios falsos y denigratorios publicados por un usuario online) podría iniciar un proceso civil ordinario con la finalidad de que se adopten las medidas necesarias para que se ponga fin a la intromisión ilegítima.
- b) Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, sobre el derecho de rectificación. Conforme al art. 1 de esta Ley, toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio.

Se trata de una acción (compatible con la de la LO 1/1982) que tiene como finalidad la publicación de la rectificación de la información que puede afectar a la reputación de la empresa o, en su caso, su denegación. Por este motivo, es considerada un derecho de réplica, más que de un derecho de rectificación en sentido estricto.

El ejercicio de este derecho se limita, conforme al art. 1 mencionado, a informaciones difundidas por los medios de comunicación social, con lo que se excluyen, por ejemplo, opiniones vertidas en un foro de consumidores y usuarios, y plantean dudas casos como los blogs¹⁰, y, en nuestro caso, páginas web de valoración, y apartados de opinión de las webs de OTAs.

- c) Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI). Esta ley, que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, regula el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios de la sociedad de la información, permitiendo atribuirles responsabilidad civil por intromisiones al derecho al honor. En el caso que nos ocupa, se trataría de determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos por la información almacenada o alojada en sus servidores, con contenidos que vulneran el derecho al honor de una empresa.

El art. 16 de la Ley 34/2002 exime de responsabilidad a los prestadores de servicios siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización o, si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. La clave, por tanto, está en probar el conocimiento efectivo que el prestador de servicios tiene o no.

¹⁰ Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), “*Guía para empresas: identidad digital y reputación online*”, cit., pág. 23.

Por ello, conforme a la legislación y la jurisprudencia, en la hipótesis que analizamos, el titular de la página web donde se publican comentarios negativos (Review site u OTA) por parte de usuarios de servicios turísticos no será, en principio, responsable de tales comentarios, siempre que no tenga tal conocimiento efectivo. De forma que si el responsable del sitio de valoración desconoce que los comentarios vertidos son falsos o, aun conociéndolos, hace lo posible por retirarlos de su web, no será responsable de los mismos.

En este sentido, la jurisprudencia española, de forma general, para supuestos similares, sigue el criterio de no convertir al operador, por el mero hecho de serlo, en responsable de las expresiones vertidas por terceros en su web, y no se le obliga a censurar antes de su publicación todo post que se remita al mismo. Por ello, se considera como responsable directo al autor de las declaraciones. En este sentido, cabe mencionar dos sentencias extranjeras, que han exonerado de responsabilidad a los titulares de review sites¹¹.

- d) Artículos 205 a 216 del Código penal, reguladores de los delitos contra el honor (calumnias e injurias). En determinadas circunstancias extremas, las actuaciones que vulneren el honor y la reputación online de una empresa pueden llegar ser constitutivas de delito. El Código penal regula en los preceptos mencionados los delitos contra el honor. Así, es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad (artículo 205 del Código penal); y es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (artículo 208 del Código penal).

4.2. Valoración de la conveniencia del ejercicio de acciones legales en vía judicial

Aun cuando en principio el empresario afectado por una opinión negativa tiene la posibilidad de ejercer alguna de las acciones legales mencionadas, consideramos que debe valorarse de forma previa la efectiva viabilidad de las mismas, las posibilidades de éxito o fracaso, y, aun caso de prosperar la acción ejercida, las posibles consecuencias que pueden derivarse de tal iniciativa, no ya únicamente desde el punto de vista jurídico

¹¹ La primera sentencia es un caso alemán en el que un hotelero demandó a TripAdvisor por permitir que un cliente plasmara en su web declaraciones falsas sobre sus instalaciones. El Tribunal Olg Hamburg dio la razón a TripAdvisor, indicando que el demandante puede exigir al demandado que elimine las declaraciones falsas sobre el hotel, pero no tiene derecho a excluir por completo cualquier crítica ya que la libertad de expresión es un derecho fundamental que no puede verse vulnerado. El equilibrio de los intereses entre ambas partes hizo que la reclamación no prosperara.

El segundo procedimiento se refiere a un hotel de Estados Unidos, que perdió una demanda millonaria contra TripAdvisor tras encabezar el ranking de 2011 de los establecimientos más sucios del país. “El hotel consideró que la web en sí era producto de un sistema de evaluación manipulado que dependía de rumores infundados y que pretendía dañar irreparablemente su reputación y su negocio”. La demanda fue desestimada hasta en tercera instancia porque, según el tribunal, su posición en el ranking “no puede entenderse como difamatoria. Incluso el lector más descuidado debe haber percibido que ‘el más sucio’ es simplemente una exageración y que el Grand Resort no es literalmente el hotel más sucio de Estados Unidos”. Fuente: http://www.hosteltur.com/177790_chantajes-tripadvisor-via-judicial-no-es-solucion.html (consulta: diciembre 2014).

sino también económico, empresarial y reputacional. En efecto, existen una serie de cuestiones, en muchos casos relacionadas con el contexto electrónico, que deben ser tenidas en cuenta a la hora de iniciar una acción legal para hacer frente a un incidente que afecte a la reputación empresarial online:

- En primer lugar, deben tenerse en cuenta la viabilidad y posibilidades de éxito del ejercicio de una acción judicial, teniendo en cuenta que en la gran mayoría de ocasiones los comentarios publicados no dejarán de ser comentarios subjetivos amparados en la libertad de expresión y frente a los que no procedería entonces acción judicial alguna. Es necesario diferenciar, por tanto, entre comentarios negativos y acciones denigratorias. Los primeros, en la medida que sean realizados por un usuario verdadero y respondan, en su caso, a hechos ciertos, no serían atacables jurídicamente por ser valoraciones subjetivas y discrecionales basadas en su experiencia personal. Cuando esos comentarios subjetivos se extralimitan, o simplemente son falsos, podríamos encontrarnos ante un acto denigratorio para el empresario turístico, que podría justificar el inicio de una acción judicial.

No obstante, para que ello ocurra, tendríamos que encontrarnos ante una serie de circunstancias concurrentes: posibilidad de acreditación de los hechos objetivos y de la falsedad de los mismos, imputabilidad de los mismos a una persona (con el problema, a estos efectos, de que, en muchas ocasiones, estos comentarios son anónimos); idoneidad denigratoria del comentario negativo (no solo por su propio contenido sino también por otros elementos como el alcance de su difusión y las opiniones del consumidor medio); perjuicio al hotel que se concreta en unos daños concretos y tangibles y, finalmente, relación de causalidad.

- En segundo lugar, deben tenerse en cuenta los largos trámites y plazos que conlleva un procedimiento judicial, frente a la inmediatez que requiere la resolución de un incidente de este tipo. Y deben tenerse en cuenta asimismo los costes derivados del procedimiento judicial (abogado, procurador, tasas judiciales,...) y si compensa la asunción de los mismos en comparación con las eventuales pérdidas derivadas de la disminución de clientes y pernoctaciones causada por la publicación del comentario negativo.
- En tercer lugar, no ha de olvidarse que el daño derivado del ataque a la reputación de una empresa realizado a través de Internet es difícilmente reparable de manera total. La difusión de una información publicada en el contexto electrónico no tiene límites y, aun en el caso de que la información fuera retirada de la página de opinión (por su contenido ilícito, falso o inconveniente), siempre se pueden mantener y difundir copias, pantallazos o descargas realizados antes de la eliminación.
- En cuarto lugar, téngase en cuenta que, conforme a la legislación vigente y la jurisprudencia recaída en la materia, el empresario titular de la página web donde se publica el comentario negativo (en su caso, acción denigratoria) no es responsable por el mismo, al menos mientras no tiene conocimiento de su

carácter ilícito; debiendo, en su caso, a partir de ese conocimiento, proceder a la retirada de tal comentario.

Por tanto, las webs de valoración, no responden de los comentarios que los usuarios realizan en sus páginas, siempre y cuando desconozcan la ilicitud del comentario publicado o, en caso de conocerla, lleven a cabo las gestiones oportunas para eliminarlo. Entonces lo que ha de hacer el hotelero es informar de inmediato a la página de valoración de la falsedad del comentario para que este lo retire inmediatamente ya que, tanto la ley como la jurisprudencia, consideran responsable únicamente al autor de los comentarios y no, en nuestro caso, a los sitios webs de valoración.

- Finalmente, el empresario hotelero que se plantea iniciar un litigio por un comentario negativo publicado en un sitio web de valoración o la página web de una OTA debe tener en cuenta el llamado “efecto *Streisand*”, fenómeno en el que un intento de ocultamiento de cierta información en Internet acaba siendo contraproducente, ya que esta acaba siendo ampliamente divulgada, recibiendo mayor publicidad de la que habría tenido si no se la hubiese pretendido acallar¹².

5. MEDIDAS PREVENTIVAS Y ACCIONES REACTIVAS ALTERNATIVAS NO JUDICIALES ANTE UN ATAQUE A LA REPUTACIÓN OLINE EMPRESARIAL. INICIATIVAS INDIVIDUALES Y COLECTIVAS O SECTORIALES

Aun cuando es cierto que el empresario turístico afectado por una opinión negativa o falsa dispone de las acciones legales y judiciales que acabamos de exponer, lo cierto es que el empresario, como hemos apuntado, debe valorar seriamente la conveniencia y los efectos de ejercer alguna de esas acciones. Pues, efectivamente, el camino puede ser largo e incierto e incluso contraproducente en la medida que se puede acabar dando mayor difusión y transcendencia al comentario de la que hubiera tenido inicialmente.

Por ello, ante este tipo de incidentes, lo imprevisible de sus efectos, y la dificultad de hacer frente a los mismos por las vías tradicionales, es recomendable la existencia de medidas preventivas por parte de la empresa para evitar los mismos y sus efectos y, una vez que inevitablemente se producen, medidas reactivas para hacerles mismos por vías alternativas a las tradicionales, más rápidas, eficaces y convenientes para la empresa.

En la práctica han surgido distintas iniciativas, individuales y colectivas, más o menos afortunadas como veremos. Las más relevantes, y entendemos que adecuadas, son las iniciativas sectoriales entre las que ha de mencionarse la aprobación por HOTREC, asociación representativa de la industria hotelera europea, del documento “Benchmarks of Fair Practices in Online Distribution”, que, en su versión de 2014, aprobada en Riga, incluye un extenso apartado dedicado a la valoración de servicios por parte de clientes.

¹² Cfr., al respecto, http://www.hosteltur.com/177790_chantajes-tripadvisor-via-judicial-no-es-solucion.html (consulta: diciembre 2014).

5.1. Actuaciones individuales directas del empresario de alojamiento sobre sus clientes en el ámbito de su relación contractual

Desde el punto de vista práctico, y al margen de las medidas legales que hemos visto deben ejercitarse por la vía judicial, existen algunos supuestos en que el empresario turístico de alojamiento afectado por una opinión negativa ha actuado directamente sobre el cliente que ha emitido tal opinión, supuestamente al amparo de una cláusula o previsión aplicable a la relación contractual que les une en virtud del contrato de alojamiento o hospedaje:

- a) Así, en Hudson (Nueva York) un hotel amenazaba supuestamente a las parejas que planeaban celebrar su boda en sus instalaciones con multas de 500 dólares por cada comentario negativo que sus invitados subieran a cualquier web. Esta estrategia del hotel tuvo el resultado contrario al esperado, por las críticas recibidas de sus potenciales clientes e incluso en las web de comentarios y opiniones bajó su calificación; por ello, fue suprimida¹³.
- b) En el Reino Unido, más recientemente, las autoridades de Comercio británicas han investigado el caso de un hotel de la localidad de Blackpool que multó a una pareja de clientes con 100 libras, que les fueron cargadas en su tarjeta de crédito por emitir una mala crítica en TripAdvisor. La advertencia sobre la multa estaba en una pequeña nota en el formulario de inscripción del hotel. La nota indica que por cualquier mala crítica en un website cargarán un máximo de 100 libras (cuando el precio de la habitación era de solo 36 libras)¹⁴.

Desde el punto de vista jurídico es obvio que la validez de tal tipo de previsiones en más que dudosa y claramente atacable por distintas vías en el ámbito puramente contractual: en primer lugar, por la vía de la incorporación al contrato que vincula al hotelero con sus clientes (simple incorporación por remisión a la página web, tamaño de letra difícilmente legible en la letra pequeña del formulario de inscripción); y, en segundo lugar, por la vía del control de contenido, que resulta claramente abusivo en ambos supuestos (por cuanto en el primer caso, se les responsabiliza por acciones de terceros, y en el segundo supuesto, la sanción escapa de cualquier posible finalidad indemnizatoria y es claramente excesiva y desproporcionada). Todo ello sin perjuicio de

¹³ Concretamente, en la página web del establecimiento hotelero se disponía lo siguiente: “Si has reservado el hotel para una boda o cualquier otro evento y nos has hecho un depósito de cualquier tipo, se impondrá una multa de 500 dólares que será deducida de tu depósito por cada comentario negativo que se cuelgue en cualquier web por cualquiera de tus invitados”. “Tus invitados pueden no comprender lo que ofrecemos; por eso esperamos que seas tú el que se lo expliques”. Cfr., más extensamente, http://www.hosteltur.com/170990_multas-clientes-hotel-comentarios-negativos-redes-sociales.html (fecha de consulta: diciembre 2014).

¹⁴ En efecto, en este supuesto tal previsión es claramente abusiva. Como señala Hosteltur, fuente de la noticia, la pareja afectada pasó solo una noche en el hotel, un establecimiento de 3 estrellas llamado Broadway Hotel, por la que pagaron 36 libras. Además, hay que tener en cuenta que el hotel ocupa el puesto número 858 de los 894 establecimientos sobre los que TripAdvisor ofrece comentarios en Blackpool. El hotel tiene 256 comentarios en esa web, de los cuáles 191 son muy negativos, calificándolo de “malo” o “terrible”. Si calculamos que hubiera recaudado las 100 libras por cada uno de ellos, se podría haber embolsado 19.100 libras (23.900 euros) con esta práctica. Cfr., más extensamente, http://www.hosteltur.com/185160_hotel-sanciona-dos-clientes-mala-critica-tripadvisor.html (fecha de consulta: diciembre 2014).

consideraciones vinculadas a principios ajenos a la relación contractual como la libertad de los usuarios a expresar libremente sus opiniones.

En cualquier caso, al margen de estas consideraciones jurídicas, lo cierto es que, desde el punto de vista económico, este tipo de acciones puede acabar teniendo de forma inmediata un efecto contrario al perseguido, perjudicando en mayor medida a la reputación empresarial por la gran difusión de este tipo de noticias. A no ser que, precisamente, se trate de una acción de marketing dirigida a aprovecharse de esa gran difusión a medio plazo.

5.2. Iniciativas individuales en el ámbito de la relación contractual hotelero-OTA

Ante la dificultad para hacer frente a los efectos derivados de la publicación de un comentario negativo por las vías tradicionales, es recomendable la existencia de medidas preventivas por parte del empresario hotelero, para evitar los mismos y sus efectos. Y, una vez que inevitablemente se producen, medidas reactivas para hacerles frente por vías alternativas a las tradicionales, más rápidas, eficaces y convenientes para la empresa.

Estas medidas, tanto preventivas como reactivas, podrían pactarse en el ámbito de la relación contractual que une al empresario de alojamiento con la OTA que comercializa parte de sus plazas. Entre las medidas preventivas, podría tratarse cuestiones como la evitación del anonimato, de forma que sea posible identificar al opinante; la exigencia de que el opinante sea efectivamente un cliente real y así lo acredite a través de la entrega del correspondiente documento acreditativo (factura del hotel, documento de registro en el hotel,...), etc. Entre las medidas reactivas, la comunicación inmediata al empresario hotelero de la publicación de un comentario sobre su establecimiento a través de un sistema electrónico de alertas automatizado, medidas para la comprobación de la veracidad o falsedad de las críticas, compromiso de retirada de aquellas críticas falsas o injustificadas, sistemas de reacción rápida ante chantajes al hotelero ...

No obstante, ha de tenerse en cuenta que, dada la estructura atomizada del tejido empresarial del sector hotelero, la posición dominante en la relación contractual es de la OTA, que será quien impondrá sus condiciones, sin tener muy en cuenta, hasta la fecha, las reivindicaciones de los empresarios hoteleros en estas materias¹⁵.

¹⁵ En este sentido, el sector hotelero europeo es consciente de la cada vez mayor importancia de la distribución en línea y de la cada vez mayor dependencia de unos determinados actores de gran peso. Así, HOTREC, asociación representativa de la industria hotelera europea, señala que, en promedio, más de un tercio de todas las habitaciones de hotel en Europa se compran hoy día online y esta cuota de mercado sigue creciendo rápidamente. Además, en general, el número de intermediarios del mercado de referencia está disminuyendo significativamente y los mercados, según HOTREC, están mostrando tendencias hacia al menos un oligopolio estrecho. Frente a la esta evolución de la intermediación electrónica, el sector hotelero está atomísticamente estructurado en Europa, con existencia de pequeñas y medianas empresas, que se enfrentan a prácticas que consideran desequilibradas e injustas en el campo de la distribución digital (siendo uno de los aspectos de tales prácticas, precisamente, las críticas de hoteles en línea).

Por todo ello, un número creciente de hoteles considera que está perdiendo el control de su producto como consecuencia de la presión de los intermediarios de distribución, de distribución. Cfr., más extensamente, HOTREC, "Benchmarks of Fair Practices in Online Distribution", <http://www.hotrec.eu> (Última consulta: diciembre 2014).

Y no puede olvidarse tampoco que en muchos casos, la publicación de comentarios se realiza en páginas web que no ya de OTAs sino de sitios de opinión o motores de búsqueda con los que el empresario hotelero no tiene relación contractual alguna, ni, en consecuencia, posibilidad de negociar estas cuestiones en el ámbito de su relación internas, inexistentes en este caso.

5.3. Iniciativas sectoriales: las directrices de HOTREC: Los puntos de referencia de prácticas equitativas en la distribución en línea (versión 2014). Eficacia

Como acabamos de señalar, las iniciativas individuales o colectivas expuestas hasta el momento, desde el punto de vista jurídico, resultan o bien desafortunadas, por presentar aspectos de legalidad dudosa, o bien poco viables en la práctica. En cambio, como iniciativa positiva, ha de mencionarse, la aprobación por HOTREC, asociación representativa de la industria hotelera europea, del documento “Benchmarks of Fair Practices in Online Distribution”, que, en su versión de 2014, aprobada en Riga, incluye un extenso apartado dedicado a la valoración de servicios por parte de clientes¹⁶.

Este documento ha sido elaborado por los miembros de HOTREC por el creciente número de hoteleros que se preocupa por el trato injusto recibido por parte de los intermediarios. Según se señala en el Preámbulo del documento, existen más 200.000 hoteles y establecimientos similares en todo Europa (la mayoría de ellos pequeñas y medianas empresas) a los que resulta a menudo difícil de soportar el poder de los intermediarios en la distribución en línea. Por ello, se proponen en el documento una serie de puntos de referencia que se plantean como propuestas de solución para conseguir un mercado más transparente y equilibrado que permitirá, en última instancia, que los clientes tomen decisiones basándose en una información transparente y fiable.

Como hemos señalado la industria hotelera, estructurada de forma atomística mayoritariamente a través de pequeñas y medianas empresas, tiene cada vez mayor dependencia de un número de intermediarios cada vez más reducido y con mayor peso. De ahí que un número cada vez mayor de hoteles considere que está perdiendo el control de su producto como consecuencia de la presión ejercida por los intermediarios para la distribución electrónica. Y por ello los empresarios hoteleros consideran que se enfrentan en el campo de la distribución digital a prácticas desequilibradas e injustas. Para hacer frente a esta situación, HOTREC publica estos puntos de referencia para unas prácticas equitativas en la distribución en línea a fin de mantener los mercados transparentes, abiertos y competitivos en beneficio de los clientes, intermediarios y hoteles.

Entre esas prácticas poco equitativas denunciadas por los hoteleros se incluye, precisamente, tal como se explicita en el preámbulo del documento de HOTREC, el tema de las críticas en línea. A ellas se dedica un extenso apartado, el número 17, que, con un encabezado genérico en el que se proclama que en las opiniones o valoraciones de los clientes debe evitarse la manipulación, el uso indebido y el fraude (17. Guest

¹⁶ HOTREC, “Benchmarks of Fair Practices in Online Distribution”, <http://www.hotrec.eu> (Última consulta: diciembre 2014).

reviews must be prevented from manipulation, misuse and fraud), se concreta en hasta 10 subapartados, que tienen el siguiente contenido:

17.1. Respeto a la no discriminación.

Los sitios de reserva y de valoración se asegurarán de que las leyes europeas y nacionales de no discriminación en el país de la propiedad sean respetados en todas las etapas, también por los clientes.

17.2. El control editorial.

Las opiniones de los clientes solo se publicarán después de la verificación por el personal editorial cualificado de la autenticidad, la fiabilidad, y la legalidad de la entrada.

17.3. Anonimato.

Incluso cuando se considere que el anonimato es esencial, el proveedor del sitio debe verificar la identidad de los usuarios y, por tanto reconfirmar las direcciones de correo electrónico utilizadas por los clientes y no incluir direcciones de correo electrónico temporales.

17.4. Clientes reales

Los proveedores de sitios deben asegurarse de que los comentarios de un hotel se proporcionan solo por los huéspedes que se han alojado en el hotel. Por lo tanto, los huéspedes deben indicar su fecha de estancia en el hotel y referirse únicamente a las instalaciones del hotel de las que realmente han hecho uso. Los clientes deben tener la posibilidad de expresar sus comentarios también a través de los textos "abiertos".

17.5. Neutralidad.

La información que aparece en los sitios de valoración debe ser veraz y no sesgada con el fin de desviar al usuario a los canales de reserva de terceros o por otros motivos.

17.6. Garantía de calidad.

El sitio de valoración debe indicar la fuente de opiniones individuales, si originalmente se derivan de la página web de un tercero, con el fin de ofrecer a los huéspedes y los hoteleros la posibilidad de seguir el rastro de la opinión.

17.7. Correcta y actualizada de datos.

Los proveedores de los sitios webs deberán garantizar que los datos de contacto del hotel, contenidos básicos, la disponibilidad o las tarifas que aparecen en sus sitios se muestren con exactitud, y que los cambios solicitados por los propietarios para estos datos se lleven a cabo con prontitud.

Los sitios solo deben mostrar opiniones actuales. Después de un máximo de dos años, las valoraciones ya no deberían influir en la calificación y deben ser eliminadas automáticamente.

17.8. Criterios de evaluación.

Los proveedores de valoraciones deben proporcionar al usuario los criterios de evaluación que son relevantes con adecuados niveles de detalle, según las características del hotel, y estar abiertos a preguntas adicionales a petición del hotel.

17.9. Derecho de réplica.

En caso de publicación de una valoración (positiva o negativa), los sitios deben informar al hotel de forma automática al respecto (por ejemplo, mediante un sistema de

"alerta" vía e-mail) y ofrecer el hotel la oportunidad de reaccionar. Tal procedimiento permitirá al hotel evaluar y gestionar quejas de los huéspedes de forma activa y sin demora. Cuando esté disponible, también debe hacerse uso de los defensores oficiales para la industria hotelera y sus servicios de mediación.

17.10. La seguridad jurídica.

Las valoraciones deben ser veraces y basadas en las experiencias personales de sus autores. Los hoteleros tienen el derecho legal de protección contra las críticas difamatorias, chantaje, etc., y los usuarios deben ser informados. Las declaraciones falsas de hechos deben ser retiradas de los sitios de una manera rápida y no burocrática.

Como se puede observar, estos diez principios que acabamos de exponer abordan cuestiones clave para el correcto funcionamiento de las páginas web de valoración del sector hotelero y que hoy día resultan problemáticas (falta de control editorial, inexistencia de herramientas que prevengan la manipulación de las opiniones, falta de actualización de los datos, inexistencia de derecho de réplica por parte del empresario hotelero, etc...) con posibles perjuicios para la reputación corporativa online de los empresarios turísticos afectados.

El documento en el que están contenidos estos principios no es, obviamente, un documento vinculante para los agentes implicados; tales principios no pasarían de ser simples recomendaciones. No obstante, para dar a conocer los mismos, y la previa problemática existente, la industria hotelera los ha hecho llegar a las instituciones comunitarias y ha mantenido contactos con los principales sitios web de Europa implicados en la comercialización online de plazas de alojamiento. De esta forma, estos principios, sin ser norma jurídica en sentido estricto, podrían llegar a considerarse como parte del "soft law" que se caracteriza, como es sabido, no por imponer soluciones sino más bien por intentar convencer a las partes involucradas, creando un estado de opinión favorable a su cumplimiento y persiguiendo, también, en última instancia, influir en eventuales iniciativas legislativas que pudieran existir al respecto.

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EMPRESA

FRANCISCO MERCADAL VIDAL*

Resumen

La regulación del contrato de compraventa de empresa contenida en el Anteproyecto de Código Mercantil viene a colmar una laguna existente en nuestro Derecho privado. La disciplina proyectada contiene algunas reglas básicas, de carácter supletorio, referidas *stricto sensu* al contrato de compraventa de empresa que deben complementarse con otras contenidas en sede de transmisión de la empresa. La valoración que merece el régimen propuesto es favorable, aunque debe subrayarse que, en términos generales, nos hallamos ante una materia en la que la autonomía de la voluntad de las partes instituye, al menos en las transacciones de una cierta entidad económica, una reglamentaciones contractuales de gran amplitud y sofisticación técnica, de suerte que las reglas que nos ocupan estarán llamadas, ante todo, a suplir alguna eventual deficiencia de lo pactado.

Contenido

1. Introducción. – 2. Concepto del contrato. – 3. Régimen aplicable. – 4. Objeto. – 5. Forma. – 6. Obligaciones del vendedor. – 6.1. Planteamiento. – 6.2. Obligación de entrega de la cosa. – 6.3. Obligación de no competencia. – 7. Efectos de la compraventa. – 7.1. Planteamiento. – 7.2. Efectos respecto del objeto transmitido. – 7.3. Efectos respecto de los contratos. – 7.4. Efectos respecto de los créditos. – 7.5. Efectos respecto de las deudas. – 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las materias que son objeto de una regulación *ex novo* por parte del PCM es la compraventa de empresa. La disciplina de este negocio jurídico se incluye dentro del Título Tercero del Libro Primero, dedicado a la empresa. Es importante advertir que existen varias reglas de notable trascendencia en la cuestión que nos ocupa que, aun cuando no se incluyen en puridad en su sede específica, que es la Sección 2ª del Capítulo II del referido Título Tercero, necesariamente deberán ser objeto de nuestra consideración. Así sucede con las dedicadas a las nociones generales en materia de empresa (Capítulo I del Título Tercero) y, asimismo, con las reglas generales sobre transmisión de empresa (Sección 1ª del propio Capítulo II del Título Tercero).

La ausencia tradicional en nuestro Derecho de una regulación especial en materia de compraventa de empresa, aunque se ha considerado a veces una laguna

* Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Autónoma de Barcelona.

llamativa,¹ ha venido cubriéndose sin grandes dificultades por la vía de la autonomía de la voluntad y, en su defecto, mediante la disciplina de la compraventa contenida en el Código Civil. Por lo demás, como resulta notorio, en las últimas décadas han proliferado de manera muy intensa diversas instituciones y formularios de origen angloamericano que han terminado adueñándose por entero del mercado global en este ámbito, convirtiéndose, guste más o menos, en la referencia técnica básica en la materia aun cuando se trate de contratos sometidos a la legislación del Reino de España y al conocimiento de órganos jurisdiccionales o arbitrales con sede en nuestro país. Con todo, es verdad que la hegemonía de estos patrones de contratación de origen foráneo, fundada con toda corrección en la libertad de pactos, viene suscitando en ocasiones problemas de calificación y de encuadre de ciertas figuras propias del denominado *M&A* cuyo acomodo en nuestro sistema de Derecho de obligaciones y contratos requiere a veces algún esfuerzo.² No se trata, por lo demás, de una situación muy distinta de la que se plantea en los restantes ordenamientos europeos continentales.³

Sea como fuere, parece que, llegada la ocasión histórica que supone la aprobación del PCM, resultaba indispensable la introducción de algunas reglas básicas sobre una cuestión de tanta trascendencia. Curiosamente, esta iniciativa legislativa coincide en el tiempo con la emergencia de regulaciones especiales de gran repercusión práctica, como es la relativa a la transmisión de las unidades productivas en situación concursal.⁴ En efecto, desde la entrada de la economía española en la grave crisis que aún continúa, un sector muy significativo del mercado de compraventa de empresas concierne a aquellas que están afectadas por un procedimiento de insolvencia o, cuando menos, padecen un *distress* financiero elevado.

Para terminar con esta introducción, debe destacarse que la selección de las cuestiones que han decidido incluirse en la regulación proyectada deja al margen buena parte de los problemas técnicos que, en la sofisticada práctica de la compraventa de empresas, suelen suscitar mayor atención entre los profesionales que intervienen en las operaciones. Así, sin ánimo alguno de exhaustividad, las peculiaridades del proceso de negociación de las transacciones y de los diversos tipos de compromisos jurídicos que suelen generarse en esta fase; las obligaciones de confidencialidad exigidas desde el momento en el que se inician los contactos; las técnicas de revisión del estado de la empresa cuya adquisición se proyecta, analizándose su situación legal, fiscal, financiera

¹ Así PASTOR VITA, F.J., *Venta de empresa y de otros conjuntos de bienes y derechos*, Comares, Granada, 2007, p. 98.

² Para una exposición del *status quaestionis* en la materia, ROJO, A., “El establecimiento mercantil (II). Transmisión”, en URÍA, R. – MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 145 y siguientes; del mismo autor, “El establecimiento mercantil (II)”, en MENÉNDEZ, A. – ROJO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, I, 12ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 111 y siguientes; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, I, 23ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 398 y siguientes. Un estudio mucho más amplio en ÁLVAREZ ARJONA, J.Mª-CARRASCO PERERA, A. (Dir.), *Adquisiciones de Empresas*, 4ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

³ Así KÄSTLE, F.-OBERBRACHT, D., *Unternehmenskauf Share Purchase Agreement*, 2ª ed., Beck, Munich, 2010, pp. 1-3; BORTOLOTTI, F., “La legge applicabile e la giurisdizione”, en IRRERA, M. (dir.), *Le acquisizioni societarie*, Zanichelli, Bologna, 2011, pp. 677-681.

⁴ Ahora reguladas en el nuevo art. 146 bis de la Ley Concursal (Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, BOE núm. 217 de 6 de septiembre de 2014).

o técnica en los más diversos ámbitos;⁵ la distinción entre los hitos de la firma y el cierre de las operaciones; el característico régimen de manifestaciones y garantías que suelen asumir las partes; ⁶ las variadas soluciones que pueden adoptar vendedor y comprador para protegerse frente a los múltiples riesgos que pueden materializarse en los diversos estadios de estos procesos; o la regulación de la transición en el control de la empresa desde la parte transmitente a la adquirente. Nada de todo esto es objeto de una consideración específica en el PCM.

2. CONCEPTO DEL CONTRATO

El concepto del contrato se formula en unos términos esencialmente descriptivos, disponiéndose que “Por la compraventa de empresa, el vendedor se obliga a transmitirla a cambio de un precio” (art. 132-7 PCM). Tal vez resultaba innecesaria la referencia a la obligación de pagar un precio desde el momento en que se utiliza el *nomen iuris* “compraventa” (art. 1445 CC).

3. RÉGIMEN APLICABLE

Varias son las cuestiones que se plantean a este respecto.

En primer lugar, el régimen establecido en el PCM se aplica a “La compraventa de empresa y la de uno o varios de sus establecimientos” (art. 132-8.1 PCM). A tales efectos, debe tenerse presente que “Son establecimientos mercantiles los bienes inmuebles y las instalaciones en los que el empresario desarrolla su actividad” (art. 131-3 PCM).⁷ Esto es, la regulación se aplica tanto a la venta de una empresa considerada en su conjunto como a la de establecimientos entendidos en los términos enunciados.

En segundo lugar, las normas sobre compraventa de empresa se aplicarán también “Cuando se aporte una empresa a una sociedad como aportación no dineraria” (art. 132-8.2 PCM). Lógicamente, se aplicarán dichas normas con las adaptaciones derivadas de la disciplina en materia de sociedades de capital.

⁵ Véanse ALEMANY EGUIDAZU, J., *Auditoría Legal. Due Diligence y opiniones legales en los negocios mercantiles*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 104 y siguientes; HERNANDO CEBRIÁ, L., *La revisión legal (“legal due diligence”) en el derecho mercantil. Transparencia y control en operaciones de inversión y en adquisiciones y fusiones de empresas*, Comares, Granada, 2008.

⁶ Véanse AGUAYO, J., *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de Contratos español*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011; GIMENO RIBES, M., *La protección del comprador en la adquisición de empresa. Estudio comparado de los ordenamientos español y alemán*, Comares, Granada, 2013; CARRASCO PERERA, A., “Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento”, en ÁLVAREZ ARJONA, J. M^a-CARRASCO PERERA, A. (Dir.), *Adquisiciones de Empresas*, 4^a ed., *op. cit.*, pp. 279 y siguientes.

⁷ A su vez, conviene tener presente que “Se considera establecimiento mercantil principal el lugar donde el empresario ejerce la dirección efectiva de su actividad económica, y centraliza la gestión administrativa. Se entiende por sucursal el establecimiento secundario dotado por el empresario de representación permanente y de autonomía de gestión a través del cual se desarrollan total o parcialmente las actividades de la empresa. Los demás establecimientos tendrán la consideración de accesorios” (art. 131-4.1 PCM).

En tercer lugar, “Las normas sobre compraventa de empresa tienen carácter dispositivo” (art. 132-8.3 PCM). Esta regla es la máxima importancia y debe considerarse muy acertada en atención a las peculiaridades de este sector del tráfico. Por lo demás, como ya hemos apuntado, en muchos supuestos de la realidad y puede decirse que en todos aquellos que rebasen una cierta entidad económica, existirá una extensa y compleja disciplina convenida por las partes que desplazará en buena medida a la que estamos examinando.

Por lo demás, la propia circunstancia de tratarse de una compraventa determinará, en relación a las cuestiones sobre las que los clausulados suscritos por las partes suelen carecer a veces de criterios (sin que tampoco nada se disponga en los preceptos que nos ocupan), la entrada en juego de las reglas generales aplicables a este contrato o, en su caso, de las normas básicas del Derecho de obligaciones y contratos.

4. OBJETO

En cuanto a la cosa (la empresa) que es el objeto del contrato, merece la pena dedicar alguna atención a los artículos del PCM que se ocupan de acotar un concepto sobre el que han corrido tantos ríos de tinta. Así, mediante una caracterización que parece correcta, se define la empresa como “el conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario para el ejercicio de una actividad económica de producción de bienes o prestación de servicios para el mercado” (art. 131-1 PCM).⁸ Mayor interés tiene incluso, a nuestros efectos, el precepto que se destina a precisar los distintos elementos integrantes de la empresa. Se determina en este sentido que “Integran la empresa los bienes y derechos afectos a la actividad empresarial, las relaciones jurídicas y de hecho establecidas por el empresario para el desarrollo de dicha actividad y el fondo de comercio resultante de la organización de los elementos anteriores” (art. 131-2.1 PCM).

Nada se dice, no obstante, respecto a la diversa manera de estructurar las ventas de empresas en función de cuál sea formalmente el objeto al que se refieren (esto es, la distinción entre el *share deal* y el *asset deal*, cuestión muy importante desde tantas perspectivas).⁹ No hay duda de que la regulación prevista se refiere a la segunda modalidad, suscitándose la duda acerca de si algunas de las reglas serán aplicables también a las ventas de acciones y participaciones sociales en las que, al tiempo que se transmiten los instrumentos de patrimonio, se está enajenando indirectamente una empresa.

⁸ Como señala ALONSO SOTO, R., “La empresa y los negocios jurídicos sobre la empresa”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 93, una de las novedades, “posiblemente la más importante”, que incorpora el Código es precisamente la adopción del concepto unitario de empresa, acogiendo la tesis que “considera que a la empresa como un bien único integrado por elementos diversos y distinto de los elementos que la componen”.

⁹ Para una aproximación al problema, véase VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, I, 23ª ed., *op. cit.*, pp. 398-399.

Sobre la determinación de la cosa y del precio, se dispone en el art. 132-9 PCM que “Las partes podrán acordar que la determinación de los elementos objeto de entrega y del precio de la compraventa se fijen por uno o más expertos”, añadiéndose que “El vendedor queda obligado a proporcionar a los expertos toda la información que solicitaren”. El precepto se refiere a los supuestos en los que las partes, estando conformes en los elementos esenciales de la operación, prefieren dejar la determinación del objeto que se transmite, o la del precio que se paga, a terceros especialmente cualificados. Se trata, por consiguiente, de un recurso a la figura del arbitrador contenida en el art. 1447 del Código Civil, que, como es sabido, debe distinguirse de un árbitro o de un perito. El arbitrador deberá integrar o completar una relación jurídica que aún no está definida totalmente.

5. FORMA

No se alteran las reglas generales sobre libertad de forma. No obstante, se dispone que “Para que la transmisión de la empresa sea oponible a terceros deberá constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. A estos solos efectos, deberán inscribirse el empresario individual transmitente y el adquirente, si fuera también un empresario individual” (art. 132-2.1 PCM).¹⁰ Parece que, en atención a los fines pretendidos,¹¹ hubiera sido suficiente la exigencia de la constancia del negocio jurídico en instrumento público, optándose por requerir además la inscripción en el Registro Mercantil.¹²

6. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

6.1. Planteamiento

Se regulan sólo las obligaciones del vendedor, guardándose silencio acerca de las propias del comprador. En cierta medida, se comprende ya que *prima facie* revisten mayor complejidad aquéllas que éstas. Ahora bien, en la práctica contractual se utilizan

¹⁰ Por lo demás, se determina que “La escritura deberá contener una relación de todos los elementos transmitidos y, en especial, la descripción de los bienes sujetos a inscripción registral” (art. 132-2.2 PCM).

¹¹ Como indica DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen Primero. Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 297.298, la oponibilidad es un efecto normal de todo negocio jurídico “siempre y cuando las partes hayan cumplido la carga de dotar al negocio de una determinada publicidad, solemnidad o fehcencia, que funcionan como garantía y medida de seguridad, en el sentido de que el tercero no sea objeto de una confabulación o de un fraude”. Por tanto, hubiera bastado la exigencia de constancia en escritura pública.

¹² Véase HERNANDO CEBRIÁ, L., *El contrato de compraventa de empresa (Extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 213-232, postulando *de lege ferenda* la exigencia de escritura pública o de escritura privada debidamente autenticada como formalidades constitutivas del contrato de compraventa de empresa. Y asimismo la inscripción de la venta en un registro público “a efectos de transparencia ante el mercado y de control por el Estado de la propiedad de las empresas”.

con frecuencia estipulaciones en materia de pago del precio que, tal vez, hubiera sido interesante recoger en el PCM. A su vez, en cuanto a las obligaciones del vendedor, se trata únicamente de la referida a la entrega de la cosa y a la obligación de no competencia con el comprador.

6.2. Obligación de entrega de la cosa

Se dispone que “El vendedor está obligado a entregar la empresa conforme a lo pactado en el contrato” (art. 132-10.1 PCM). A su vez, en sede de transmisión de la empresa se dispone que “El transmitente de la empresa está obligado a realizar todos los actos que sean necesarios para la entrega de todos y cada uno de los elementos objeto de la transmisión” (art. 132-3.1 PCM). Parece correcto que se haya establecido este criterio expreso, aunque pudiera deducirse por vía interpretativa al amparo del art. 1258 del Código Civil.

Asimismo, por lo que se refiere al ámbito de la obligación de entrega que pesa sobre el vendedor, debe tenerse en cuenta que, nuevamente en sede de transmisión de empresa, se dispone que “el transmitente queda obligado a entregar al cesionario la documentación contable y empresarial y las listas de clientes, proveedores y colaboradores y a comunicarle los secretos comerciales e industriales” (art. 132-3.2 PCM). Igualmente se trata aquí de una obligación que tiene un carácter accesorio o derivado de la propia de entrega de la cosa. En esta medida, puede construirse a partir de las reglas generales del Derecho de obligaciones y contratos pero no parece desacertado incorporarla a esta regulación.

Se dispone también que el vendedor está obligado “a garantizar al comprador que no será privado en todo ni en parte de su posesión por un tercero en virtud de un derecho o pretensión anterior a la compraventa” (art. 132-10.1 PCM). Nuevamente, se opta por reiterar una regla contenida en el régimen de la compraventa en el Código Civil. En este caso se trata de las reglas sobre saneamiento en caso de evicción (arts. 1475 y siguientes de este cuerpo legal).

Igualmente, se dispone que “El vendedor será responsable de toda falta de conformidad existente en el momento de la transmisión, aun cuando se manifieste posteriormente, salvo que el comprador la conociera o no hubiera podido ignorarla en aquel momento” (art. 132-10.2 PCM). En cuanto a este aspecto, se decide prescindir de la referencia tradicional al saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos (arts. 1484 y siguientes del Código Civil),¹³ incorporándose un término que, como es notorio, resulta característico sobre todo de las ventas mobiliarias.¹⁴ En bastantes supuestos de

¹³ Presente, por cierto, en el art. 66 de la Ley de Sociedades de Capital, donde se hace referencia al “vicio o la evicción”. Véase al respecto GALLEGO, E., “Aportación de empresa”, en ROJO, A.-BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 627.

¹⁴ Así en los arts. 35 y siguientes del Convenio de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías; también en los arts. 114 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Por su parte, ALONSO SOTO, R., “La empresa y los negocios jurídicos sobre la empresa”, *op. cit.*, p. 96, toma nota de que la regulación del PCM sigue las pautas establecidas por el derecho contractual europeo en materia de compraventa. En este sentido, puede verse

incumplimiento del vendedor en un contrato de compraventa de empresa será viable utilizar este concepto, mientras que en otros puede ser algo más problemático.¹⁵

En el caso de producirse una falta de conformidad, se establece, “el comprador podrá exigir, por su sola denuncia dirigida al vendedor, el cumplimiento con una reducción del precio o, si aquella afectara a elementos esenciales de la empresa, resolver el contrato con indemnización de daños y perjuicios “ (art. 132-10.3 PCM). Este criterio está en la línea de las reglas generales, planteando su aplicación la necesidad de establecer caso por caso qué debe entenderse por “elementos esenciales de la empresa”.

6.3. Obligación de no competencia

En materia de obligación de no competencia se dispone que “Las partes podrán pactar que el vendedor de una empresa quede obligado a no desarrollar por sí o por persona interpuesta una actividad que, por su objeto, localización u otras circunstancias, dificulte la conservación de la integridad del valor de la empresa transmitida“ (art. 132-11.1 PCM).¹⁶ Como es sabido, esta es una cuestión crucial si quiere asegurarse que el valor pleno de lo cedido se transmita efectivamente al comprador, impidiéndose así que el vendedor, por una u otra vía, pueda diluir ilegítimamente este efecto.¹⁷ Ahora bien, en la dicción actual del precepto proyectado,¹⁸ parece optarse por entender que la obligación de no competencia a cargo del vendedor deberá establecerse expresamente (“Las partes podrán pactar”), sin que pueda entenderse exigible meramente al amparo de las reglas generales (arts. 1258 y concordantes del Código Civil), lo cual parece discutible.¹⁹ En cualquier caso, no cabe duda acerca de que haber dictado una norma

el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), en el que se regula la *conformity of the goods* (IV.A.-2:301 y concordantes) en el contexto del contrato de compraventa de mercancías y de otros bienes o derechos asimilados (IV.A.- 1:101). Igualmente la *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, (COM(2011) 635 final).

¹⁵ Para un primer análisis de esta regla, GIMENO RIBES, M., “Garantías y responsabilidades en las transmisiones de PYMES”, en HERNANDO CEBRIÁ, L., *La compraventa y otras formas de transmisión de pequeñas y medianas empresas*, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 237-239.

¹⁶ Según indica ALONSO SOTO, R., “La empresa y los negocios jurídicos sobre la empresa”, *op. cit.*, p. 97, esta regla fue objeto de controversia durante la elaboración del Anteproyecto y “ha estado a punto de desaparecer”.

¹⁷ ALONSO SOTO, R., “La empresa y los negocios jurídicos sobre la empresa”, *op. cit.*, p. 97. Como indica con toda claridad, en una venta de empresa existen activos esenciales como la organización, la clientela o las expectativas de negocio que no pueden ser objeto de una entrega material. Por tanto, no existe más opción que “transformarla en una obligación que impone al vendedor una conducta distinta que se plasmará, por una parte, en un deber de información sobre el funcionamiento del negocio y la lista de los proveedores y clientes y, por otro, en una obligación negativa de abstenerse de hacer competencia al comprador”.

¹⁸ Nótese que en la “Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación” se disponía, en el art. 132-11.1, que “El vendedor de una empresa está obligado, salvo pacto en contrario, a no desarrollar por sí o por persona interpuesta una actividad que, por su objeto, localización u otras circunstancias, dificulte la conservación de la integridad del valor de la empresa transmitida”. Se trata de una redacción que difiere claramente de la del texto que ahora nos ocupa.

¹⁹ A favor de que, en ausencia de pactos, las reglas generales del Derecho de obligaciones y contratos (en especial, el art. 1258 CC), establecen la obligación de no competencia, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, I, 23ª ed., *op. cit.*, p. 413, aunque señala las indudables dificultades prácticas que presenta la concreción de los efectos de la obligación en tal caso.

supletoria que, salvo pacto en contrario, hubiese establecido taxativamente la obligación de no competencia a cargo del vendedor habría tenido un importante efecto práctico. Al menos en el ámbito de las transacciones de menor entidad económica, en las que, con cierta frecuencia, puede acontecer que las partes omitan una estipulación específica en esta materia, suscitándose entonces una controversia que la norma hubiese permitido solventar en el sentido que parece más atinado.²⁰

En cualquier caso, el ámbito de la obligación se delimita correctamente, refiriéndose a la realización de actividades que pueden ser lesivas para el comprador por su objeto o localización, añadiéndose una cláusula general (“otras circunstancias”) que permitirá una aplicación ponderada de la regla.

A su vez, se determina que “La obligación de no competencia tendrá una duración de dos años. No obstante, las partes podrán acordar un periodo de tiempo mayor siempre que sea conforme con las normas de defensa de la competencia” (art. 132-11.2 PCM).²¹

7. EFECTOS DE LA COMPRAVENTA

7.1. Planteamiento

En diversos preceptos dictados en sede de transmisión de empresas se regulan importantes efectos que, dado el carácter dispositivo de la regulación, las partes podrán excluir o modular. El criterio de clasificarlos de esta manera no lo adopta el propio PCM sino que lo seguimos nosotros con la finalidad de que la exposición sea más clara. A tales efectos, debe distinguirse entre los efectos en cuanto al objeto transmitido, en cuanto a los contratos vigentes entre el transmitente de la empresa y terceros, en cuanto a los créditos y, en fin, en cuanto a las deudas.

7.2. Efectos respecto del objeto transmitido

Resulta de gran trascendencia la regla que, bajo la rúbrica “objeto de la transmisión”, dispone que “En los negocios de transmisión de la empresa, por cualquier título, se considera transmitido el conjunto de sus elementos con excepción de los derechos y obligaciones del empresario que tengan carácter personalísimo y sin perjuicio de la normativa laboral y concursal aplicable para el caso de sucesión de empresa” (art. 132-

²⁰ Por lo que se refiere a la compatibilidad de la obligación de no competencia con la normativa que tutela la libre competencia en el mercado, véanse nuevamente los argumentos que sintetiza ALONSO SOTO, R., “La empresa y los negocios jurídicos sobre la empresa”, *op. cit.*, p. 98. En concreto, la obligación de no competencia garantiza la consolidación de la empresa al recibir el adquirente el valor pleno de lo transmitido y permitir el asentamiento del adquirente en el mercado; acrecienta la eficiencia de los negocios jurídicos traslativos sobre la empresa; no impide que el transmitente desarrolle una actividad competitiva en otra zona o pasado un tiempo, que se limita estrictamente; y favorece una competencia leal.

²¹ Asimismo, el incumplimiento de la obligación de no competencia “dará al comprador derecho a exigir la cesación inmediata de la actividad lesiva, el abono por el infractor de la ganancia obtenida y el pago de una indemnización de danos y perjuicios” (art. 132-11.3 PCM).

1.1 PCM).²² Nuevamente, nos encontramos ante una regla que establece un efecto que podría deducirse de los principios generales pero que el PCM explicita a fin de evitar discrepancias interpretativas. No obstante, es claro que en la práctica las partes introducirán normalmente estipulaciones más o menos detalladas destinadas a regular cuál es el ámbito de la transmisión.

A su vez, se determina que “Las partes podrán excluir de la transmisión algunos elementos integrantes de la empresa siempre que con ello no se comprometa la existencia de la misma” (art. 132-1.2 PCM).²³ Parece que se trata de una cuestión que debe quedar deferida enteramente al libre acuerdo entre las partes, en la medida en que resulta perfectamente lícito que convengan que la adquisición se refiera a todos los elementos de la empresa o sólo a una parte de los mismos. Sí es verdad, con todo, que configurar como venta de empresa lo que puede ser meramente la venta de activos aislados resultaría incorrecto y probablemente éste sea el sentido de la regla examinada.

7.3. Efectos respecto de los contratos

Se dispone que “Salvo pacto o disposición en contrario, el adquirente de la empresa se subrogará automáticamente en los derechos y obligaciones de los contratos celebrados en el ejercicio de la actividad empresarial” (art. 132-4.1 PCM). Esta regla constituye una novedad en la medida en que, frente al criterio general tradicional según el cual la cesión de los contratos sólo se produce en virtud del consentimiento del contratante cedido, se establece ahora el efecto contrario. Esto es, salvo que se disponga lo contrario, se produce de manera automática una subrogación del adquirente en los contratos celebrados en el ejercicio de la actividad empresarial.

Ahora bien, como no puede resultar sorprendente, a continuación se dispone que “la otra parte contratante podrá dejar sin efecto la relación contractual comunicando su decisión al adquirente en el plazo de un mes a contar del día en que hubiera recibido noticia de la transmisión. Esta facultad no existirá en las transmisiones realizadas en el concurso de acreedores” (art. 132-4.2 PCM). Por consiguiente, la transmisión de la empresa deberá notificarse al tercero que sea contraparte de cada contrato vigente. Durante un mes desde la recepción de esta comunicación, el tercero tendrá la facultad de desistir de la relación contractual. En caso de silencio, debe entenderse que se consolidará la subrogación.

Por lo demás, aunque las partes habitualmente negocian la cuestión y establecen una reglamentación específica al respecto, la nueva regla del PCM puede ser decisiva en los supuestos en los que alguno de los contratos vigentes no es objeto de consideración por algún motivo. En tal caso, operará la subrogación automática. No obstante, el tercero, aunque no reciba una notificación formal de la transmisión, siempre deberá disponer del plazo de un mes para desistir cuando, por alguna vía, termine conociendo la venta de la empresa.

²² Es claro que la regla se solapa, de alguna manera, con las referidas al objeto del contrato.

²³ Se determina que lo dispuesto por la regla indicada “no impide la exclusión de algún bien esencial, si se permite al adquirente su uso durante el tiempo necesario para la consolidación de la empresa transmitida”.

Conviene recordar que muy recientemente, conforme al nuevo art. 146 bis de la Ley Concursal, se ha disciplinado este aspecto en relación a la transmisión de unidades productivas en situación concursal. Según el precepto, cuando tenga lugar la transmisión de la unidad productiva, “se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada”. Como puede advertirse, el precepto tiene un tono más imperativo que el que acaba de examinarse a propósito del PCM.²⁴ Por si hubiera alguna duda, el carácter automático y forzoso de la transmisión lo confirma a continuación el propio precepto al establecer que “El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte”.²⁵

Se trata, en definitiva, de una excepción a las reglas generales del Derecho de obligaciones y contratos que el PCM, como es lógico, no ha podido incorporar dado que se refiere a las situaciones de normalidad patrimonial, mientras que la del nuevo art. 146 bis de la Ley Concursal debe explicarse en el contexto de la crisis de la empresa y de la pretensión de facilitar su subsistencia.

7.4. Efecto respecto de los créditos

En esta materia se determina que “La transmisión de la empresa implica la cesión automática de los créditos generados en el ejercicio de la actividad empresarial. El transmitente será responsable de la legitimidad del crédito y, salvo pacto en contrario, de la solvencia del deudor” (art. 132-5.1 PCM). La primera parte de la regla parece correcta. En efecto, si se transmite una empresa resulta razonable que con ella se entiendan transmitidos los créditos pendientes que se hayan generado en el ejercicio de la correspondiente actividad. Por el contrario, la segunda parece más discutible por lo que se refiere a la garantía de la solvencia del deudor, aunque como es lógico se prevea la posibilidad de pacto en contrario. Esto es, consideramos que sería una regla más prudente la contraria, estableciéndose que el transmitente de la empresa, salvo pacto en contrario, no responde de la solvencia del deudor.²⁶ Precisamente esta es una de las cuestiones respecto de las cuales las partes establecen mecanismos de ajuste del precio de la transacción a fin de que refleje debidamente el valor de lo transmitido al comprador.

²⁴ Por lo demás, cabe también, según el mismo precepto, que lo establecido en las reglas anteriores no se aplique respecto de aquellos contratos “en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse”. Obviamente, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores en materia de sucesión de empresa.

²⁵ Como señala GARCÍA-VILLARRUBIA, M., “La cesión forzosa de contratos en caso de transmisión de unidades productivas en el concurso”, *El Derecho. Boletín de Mercantil*, núm. 25 (2014), “Esta es la verdadera clave de bóveda del nuevo sistema, en el que el legislador parece haber optado de manera decidida por considerar que la imposición de esa cesión es esencial para el éxito de las operaciones de transmisión de la unidad productiva y, en consecuencia, para la satisfacción del interés del concurso y para la continuación de la actividad realizada a través de la unidad productiva. En sede de transmisión de unidad productiva del concursado esa regla, por tanto, desplaza el principio general de derecho común según el cual la cesión ha de ser consentida por el contratante cedido”.

²⁶ Véase a este respecto el art. 1529 del CC.

Además, se dispone que “La transmisión de la empresa deberá ser notificada al deudor. A falta de notificación, el pago realizado de buena fe por el deudor al transmitente será liberatorio” (art. 132-5.2 PCM).²⁷ Estas reglas parecen fundadas, siendo especialmente justificada la que establece la obligación de notificar la transmisión.²⁸

7.5. Efectos respecto de las deudas

Se dispone que “El transmitente de la empresa responderá solidariamente con el adquirente de todas las deudas contraídas para la organización de la empresa y el ejercicio de la actividad empresarial con anterioridad a la transmisión”. Que responda el transmitente es muy lógico en tanto que es el deudor primitivo, a menos que el acreedor le libere con ocasión de la transmisión de la empresa (art. 1205 del Código Civil). A su vez, al establecerse la responsabilidad solidaria del adquirente se generalizaría una regla de “sucesión de empresa” que ahora sólo rige en beneficio de ciertos acreedores especialmente tutelados por razones de política jurídica.²⁹ La cuestión no resulta menor, de modo que es comprensible que se disponga que “El adquirente no responderá, sin embargo, de las deudas que no figuren en la documentación contable y empresarial, y de cuya existencia no hubiere sido informado o ni tuviera conocimiento previo” (art. 132-6.2 PCM).³⁰

Coherentemente se establece que el adquirente de la empresa “asume todas las deudas que resulten de la documentación contable y empresarial y aquellas otras que se pacten expresamente” (art. 132-6.1 PCM).³¹ Es decir, no se dispone la adquisición automática de las deudas que objetiva o funcionalmente puedan asignarse a la empresa transmitida sino la de aquellas que el comprador, examinando con diligencia la documentación correspondiente, conozca o pueda conocer. Se trata de un criterio de seguridad y transparencia que parece correcto. A su vez, la parte de la regla que prevé el

²⁷ Sobre la última parte del precepto, véase el art. 1527 del CC.

²⁸ También se determina que “La cesión de créditos será oponible frente a terceros, incluso si no hubiera sido notificada al deudor, cuando lo sea la transmisión de la empresa” (art. 132-5.3 PCM).

²⁹ Así, véase el art. 44.3 del Estatuto de los Trabajadores. Según este controvertido precepto, “Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”. Asimismo, el 42.1.c) de la Ley General Tributaria. En este caso se establece la responsabilidad solidaria a cargo de quienes “sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas del anterior titular y derivadas de su ejercicio”. De manera significativa a los efectos que nos ocupan, el antepenúltimo párrafo de la regla establece que “Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable a los adquirentes de elementos aislados, salvo que dichas adquisiciones, realizadas por una o varias personas o entidades, permitan la continuación de la explotación o actividad”.

³⁰ El precepto concluye estableciendo que “La responsabilidad del transmitente se extinguirá a los tres años a contar de la fecha en que la transmisión de la empresa sea oponible a terceros o en que se produzca el vencimiento de las deudas, si fuera posterior” (art. 132-6.2 in fine PCM).

³¹ Si la compraventa de empresa se formaliza respecto de las acciones o participaciones sociales que otorgan el control de aquélla, no se transmite en rigor deuda alguna ya que los activos y pasivos siguen perteneciendo a la sociedad en cuestión. Las dudas pueden plantearse cuando la compraventa de empresa tiene por objeto un negocio (“no personificado”, por así decirlo) al que se asignan ciertos activos y pasivos.

pacto de asunción de deudas entre vendedor y comprador del negocio no plantea mayores problemas.³²

8. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones, consideramos que la introducción de un régimen sobre la transmisión de la empresa y, en particular, sobre su compraventa es un acierto indudable. No sería lógico que, llegada la ocasión que brinda el nuevo Código, se olvidase esta cuestión, aunque, como hemos advertido, se echa de menos en la reglamentación proyectada la inclusión de diversos mecanismos y técnicas generalizadas desde hace tiempo en la práctica de la compraventa de empresas. También nos parece muy adecuado el establecimiento del carácter supletorio de esta disciplina. En fin, por lo que concierne a las específicas reglas proyectadas, como hemos tratado de razonar en las páginas precedentes, deben valorarse caso por caso.

³² Siempre dejando a salvo los efectos del art. 1205 del Código Civil.

EL DESCONCERTANTE MUNDO DE LOS GRUPOS “LABORALES” DE EMPRESAS Y SUS NUEVAS FORMULACIONES JURISPRUDENCIALES

JESÚS R. MERCADER UGUINA *

Resumen

Con el telón de fondo que supone el Anteproyecto de Código Mercantil, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 ha supuesto un importante cambio en el rumbo doctrinal que, en relación con la determinación de la existencia del grupo de empresas, había venido manteniendo la Sala de lo Social. Dicho pronunciamiento inicia un tímido acercamiento al concepto de grupo manejado por el Derecho Mercantil. No obstante, el panorama que se cierne en el terreno laboral sobre el concepto de grupo es, cuando menos, inquietante. El presente estudio analiza los efectos de dicho cambio interpretativo y hace repaso a algunos extraños y complejos efectos de la consideración de los grupos laborales de empresas, en particular, la iniciación de procedimiento despido colectivo por los denominados “grupos patológicos”.

Contenido

1. Los nuevos y polémicos perfiles de un problema no resuelto: los grupos de empresas laborales. – 2. El concepto de grupo de empresas en la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. – 2.1. La tradicional asimetría entre el concepto de grupo de empresas a efectos laborales y el grupo de sociedades del Derecho Mercantil. – 2.2. La “lenta convergencia” con el concepto de grupo mercantil de sociedades: el abandono como elementos «adicionales» de la dirección unitaria y de la apariencia externa de unidad en la doctrina reciente del Tribunal Supremo. – 2.3. La confirmación y ratificación de la doctrina de la STS 27 de mayo de 2013. – 3. Algunos extraños y complejos efectos de la consideración de los grupos laborales de empresas: la iniciación de procedimiento despido colectivo por los grupos patológicos. – 4. Conclusiones desde la perplejidad.

1. LOS NUEVOS Y POLÉMICOS PERFILES DE UN PROBLEMA NO RESUELTO: LOS GRUPOS DE EMPRESAS LABORALES

El fenómeno de los grupos de sociedades constituye un fenómeno ampliamente extendido y extremadamente complejo. Caracterizados por su amplia fenomenología derivada de la circunstancia de que las sociedades que los integran, aun siendo independientes desde una perspectiva jurídico formal, presentan momentos de tensión

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid.

entre el respeto a las personalidades jurídicas separadas de las sociedades integradas en un grupo, de un lado y, de otro, la tutela de los intereses de los trabajadores, han constituido un tema clásico en lo laboral¹. No obstante, en los últimos tiempos han adquirido una extraordinaria relevancia, especialmente desde la emergencia de la crisis económica, lo que ha generalizado la interposición de demandas contra todas las empresas del grupo con base a su condición de grupo de empresas a efectos laborales. Del mismo modo, se está produciendo, contra todo pronóstico, el fenómeno de que los grupos de empresa promuevan medidas de flexibilidad interna o externa, admitiendo, de plano, su condición de grupo de empresas a efectos laborales, lo que no se admite pacíficamente en muchas ocasiones por los representantes de los trabajadores, quienes prefieren negociar empresa por empresa.

El contexto de reestructuración, unido al debate social que se produce cuando las mismas afectan a complejos grupos de empresas explica, en buena medida, la interminable serie de pronunciamientos de la doctrina judicial sobre esta realidad, a propósito, fundamentalmente, de los despidos colectivos. En casos tan sonoros como el despido colectivo de NH, COCA COLA, TELETECH, TRAGSA, FREIREMAR y tantos otros, han surgido dificultades a la hora de establecer la repercusión de la existencia del grupo sobre las obligaciones de documentación, el desarrollo del periodo de consultas y el enjuiciamiento de las causas de despido, en especial cuando se trata de causas económicas. Las nuevas dimensiones que plantea el tema de los grupos de empresas se advierte en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, como consecuencia del replanteamiento de su papel en el control de la regulación de empleo a partir de la reforma de 2012².

La falta de una regulación sistemática, tanto en el ámbito del Derecho Mercantil, como del Fiscal y en el del Derecho Laboral, constituye un problema de primer orden a la hora de resolver los muy difíciles problemas prácticos que constantemente se plantean. El relevante Anteproyecto de Código Mercantil (en adelante, Anteproyecto de CM), trata de proporcionar ese «Derecho sustantivo de los grupos de sociedades» que echaba con toda razón en falta la exposición de motivos del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. En efecto, su exposición de motivos afirma que la Propuesta de Código Mercantil da un «tratamiento jurídico acorde con su interés e importancia» a las uniones de empresas en general, y a los grupos de sociedades en particular. Aunque sus redactores no se hayan aventurado a edificar la noción de grupo sobre la presencia de

¹ Entre los estudios iniciales realizados por laboristas en esta materia cabe destacar, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *La temática laboral de los grupos de empresas*, en CREMADES SANZ PASTOR (Dir.), *Empresas multinacionales y Derecho español*, Madrid, CECA, 1977, pp. 765 a 784. La cuestión tomará un renovado interés desde principios de los años 80. Durante su primera mitad destaca el primer estudio de conjunto en la literatura jurídico laboral española, CAMPS RUIZ L.M., *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, Madrid, MT, 1986. Posteriormente, cabe destacar las monografías de BAZ RODRÍGUEZ, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Granada, Comares, 2002. ESTEVE SEGARRA, M.A., *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002. MORENO GENÉ, J., *Aspectos jurídico-laborales de las empresas filiales. La identificación del empresario responsable*, Madrid, Tecnos, 2003 y, en fin, DESDENTADO DAROCA, E., *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*. Valladolid, Lex Nova, 2006.

² Ampliamente, J.M. GOERLICH PESET, *Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente: puntos críticos*, Revista de Información Laboral, 2014, nº 5, pp. 17 a 49.

una “unidad económica” o “empresa plurisocietaria” como la más avanzada doctrina planteaba, la Propuesta mejora con creces la definición actual contenida en el art. 42 del Código de Comercio (a la cual se remite el art. 18 de la Ley de Sociedades de Capital), que resulta insuficiente.

2. EL CONCEPTO DE GRUPO DE EMPRESAS EN LA DOCTRINA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

2.1. La tradicional asimetría entre el concepto de grupo de empresas a efectos laborales y el grupo de sociedades del Derecho Mercantil

Es importante comenzar recordando que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. Mientras que el grupo de empresas mercantil encuentra su regulación legal en el Código de Comercio, que lo define como aquel "grupo de sociedades" en el cual "una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras" (art. 42.1), el grupo de empresas laboral no aparece ni definido ni regulado en el ET, más allá de ciertas referencias puntuales en él, resultando ser una creación jurisprudencial, con el objetivo de imponer una responsabilidad solidaria a todas las empresas del grupo. Ello lleva a que, a menudo, en el Derecho del Trabajo se confundan bajo el mismo nombre de “grupo de empresas” dos realidades claramente diferenciadas. Por un lado, dicha expresión se utiliza para referirse a los conglomerados societarios con nexos empresariales, accionariales y de producción y/o prestación de servicios comunes. Por otro lado, el término es utilizado para mencionar a aquellos supuestos patológicos en los que diferentes realidades empresariales (aparentemente diferenciadas) constituyen, en realidad, un único empleador. Aun teniendo en cuenta los posibles vínculos existentes entre ambos sentidos de la expresión, es preciso no omitir que ni todo grupo de empresas “legítimo” esconde un fraude de acreedores, ni todo grupo de empresas impropio o “patológico” se estructura sobre realidades societarias vinculadas entre ellas. En efecto, para la «tradicional» jurisprudencia, el reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo y estos factores han servido para configurar un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades. En concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral consisten en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales. En síntesis, el núcleo del grupo de empresas está en la dominación -empresa dominante- y situación de dependencia, y en la unidad de dirección; es decir, que pese a la existencia de personalidades jurídicas diferenciadas y a la aparente autonomía de los componentes del grupo, estos actúan con criterios de subordinación; se impone un vínculo económico organizativo tendente al logro de un fin empresarial común; y aun la

misma idea de la dependencia pasa a segundo término, para destacar la de la unidad de dirección de todas las empresas del grupo.

La finalidad última de constatar la presencia de un grupo de empresas laboral se encuentra en permitir la extensión de responsabilidad (laboral) a todas las empresas del grupo. En este sentido, se viene sosteniendo desde hace lustros que no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales, puesto que los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son.

Esta construcción aparece en la STS 30 de enero de 1990 (RJ 233), y queda definida de forma más precisa en la STS 3 de mayo de 1990 (RJ 3946). En el primero de los citados pronunciamientos se afirmó lo ya dicho: que “no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales, tales como la prestación laboral al grupo de forma indiferenciada, la actuación unitaria del grupo o conjunto de las empresas agrupadas bajo unos mismos dictados y coordinadas con confusión patrimonial y, en general, cuando concurren en su actuación una utilización abusiva de personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas en perjuicio de los trabajadores». Este mismo criterio, aunque con matices en su formulación, se contiene en el segundo de los pronunciamientos citados, que considera como factores adicionales el funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, en favor de varios empresarios y la búsqueda mediante la configuración artificiosa de empresas aparentes sin sustrato real de una dispersión o elusión de responsabilidades laborales. No puede olvidarse que, como señala la sentencia de 30 de junio de 1993 (RJ 4939), «los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como persona jurídicas independientes que son». La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. A partir de este momento, se sucedieron en esta materia numerosos pronunciamientos que fueron precisando, de forma confusa, los elementos “adicionales” o “específicos” que servían para la construcción del grupo laboral de empresas.

Así, resultó doctrina constante que “la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, pues tal dato tan sólo será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas³. De igual modo, quedó

³ Entre otras, SSTS 26 de enero de 1998 (R° 2365/1997); 26 de septiembre de 2001 (R° 558/2001), 20 de enero de 2003 (R° 1524/2002); 3 de noviembre de 2005 (R° 3400/04) y 21 de julio de 2010 (R° 2845/09).

consolidado que tampoco determinaba la responsabilidad solidaria “la existencia de una dirección comercial común, porque ni el control a través de órganos comunes, ni la unidad de dirección de las sociedades de grupos son factores suficientes para afirmar la existencia de una «unidad empresarial»”⁴; como el que una empresa tenga acciones en otra o que varias empresas lleven a cabo una política de colaboración no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico- laborales⁵; como la coincidencia de algunos accionistas en las empresas del grupo carece de eficacia para ser determinante de una condena solidaria, en contra de la previsión del art. 1137 CE , teniendo en cuenta que todas y cada una de las Sociedades tienen personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios⁶; y tampoco cabe exigir esa responsabilidad solidaria por el sólo dato de que el Administrador único de una empresa sea representante legal de otra, «pues la mera coincidencia de un administrador en ambas, aunque comportara una dirección unitaria, no determinaría sino la existencia de un grupo de empresas y no la responsabilidad solidaria de aquéllas»⁷.

En todo caso, para lograr tal efecto, “hace falta un plus, un elemento adicional”, que la jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo fue residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo⁸; 2) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo⁹; 3) Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales¹⁰; 4) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección¹¹. Visto el amplio elenco de supuestos, no sorprende que los análisis doctrinales hayan insistido en que algunos de los elementos enunciados pertenecen al núcleo del concepto de grupo –la noción mercantil– y otros se reiteran¹².

⁴ SSTs 30 de abril de 1999 (R° 4003/98); 27 de noviembre de 2000 (R° 2013/00); 4 de abril de 2002 (R° 3045/01); 3 de noviembre de 2005 (R° 3400/04); y 23 de octubre de 2012 (R° 351/12).

⁵ SSTs 3 de mayo de 1990 (RJ 3946); 29 de octubre de 1997 (R° 472/1997); 3 de noviembre de 2005 (R° 3400/04); y 23 de octubre de 2012 (R° 351/12).

⁶ SSTs 21 de diciembre de 2000 (R° 4383/1999); 20 de enero de 2003 (R° 1524/2002); y 3 de noviembre de 2005 (R° 3400/04).

⁷ STS 26 de diciembre de 2001 (R° 139/2001).

⁸ SSTs de 6 de mayo de 1981 [RJ 1981\2103] y 8 de octubre de 1987 [RJ 1987\6973]

⁹ Siendo una situación habitual en los grupos de empresas, un elemento que ha sido valorado positivamente para excluir la declaración de grupo patológico es la existencia de una facturación cruzada por los servicios prestados de los trabajadores del grupo (STS de 26 de enero de 1998 [RJ 1998\1062]

¹⁰ SSTs de 11 de diciembre de 1985 [RJ 1985\6094], de 3 de marzo de 1987 [RJ 1987\1321], de 8 de junio de 1988 [RJ 1988\5256] y de 12 de julio de 1988 [RJ 1988\5802. Apariencia externa de unidad empresarial. Requisito vinculado a la buena fe del tercero o del trabajador que confunden la identidad real del empresario (STS de 19 de noviembre de 1990 [RJ 1990, 8583])

¹¹ La STS de 6 de marzo de 2002 (RJ 2002\4659) la define como una situación de confusión de «propiedades y patrimonios» en la que todas las empresas que forman parte del grupo se benefician de los servicios prestados por los trabajadores

¹² Al respecto, E. DESDENTADO DAROCA, *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales.*, cit., pp. 482 ss.

2.2. La “lenta convergencia” con el concepto de grupo mercantil de sociedades: el abandono como elementos «adicionales» de la dirección unitaria y de la apariencia externa de unidad en la doctrina reciente del Tribunal Supremo

En el sistema del *common law*, el concepto de “leading case” es una expresión comúnmente utilizada. Cuando nos referimos a un “leading case” lo hacemos para tomar en consideración determinadas situaciones que provocan una respuesta judicial nueva, creadora, que deja atrás todo lo existente. Se trata, en suma, de una resolución judicial verdaderamente importante. Pero si, además, esta resolución sirve para modelar las situaciones que la siguen y se convierte, de alguna forma, en vinculante, estamos ante un caso líder o un leading case¹³. La STS (4ª) 27 de mayo de 2013, dictada en Sala General, constituye un buen ejemplo de leading case¹⁴. La misma ha procedido a una profunda reformulación en el ámbito laboral de la doctrina sobre los factores o elementos «adicionales» que han de concurrir para que en un grupo de empresas se establezca la responsabilidad laboral de más de una empresa del grupo. Dicho pronunciamiento “marca un cambio radical en orden a superar de forma expresa los equívocos que se habían ido acumulando en la doctrina tradicional”¹⁵.

La sentencia, “siguiendo la doctrina especializada”, afirma que el grupo de empresas puede definirse como el integrado por el “conjunto de sociedades que, conservando sus respectivas personalidades jurídicas, se encuentran subordinadas a una dirección económica unitaria». Así pues, el grupo de empresas “se caracteriza por dos elementos”: “la independencia jurídica de sus miembros, tanto en el ámbito patrimonial [mantienen la titularidad del patrimonio] cuanto en el organizativo [se estructuran por sus propios órganos]”; y “la dirección económica unitaria, cuya intensidad es variable en función del grado de centralización, pero que en todo caso ha de alcanzar a las decisiones financieras [política empresarial común], bien sea en términos de control [grupos verticales o de subordinación] bien en los de absoluta paridad [grupos horizontales o de coordinación]”.

Como recuerda la propia STS 27 de mayo de 2013 y ya se ha anticipado, «no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales», porque «los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son». La sentencia recuerda también que no hay un concepto de

¹³ El leading case orienta conductas, los jueces la invocan y los abogados recurren a ella como precedente. Y en virtud del *stare decisis*, se vuelve vinculante para todo el ordenamiento jurídico. El nombre completo de la doctrina es *stare decisis et quia non movere*, que significa, en traducción flexible, “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”. La idea general que subyace a la doctrina es la del respeto por las decisiones precedentes o, simplemente, los “precedentes”. Sobre esta cuestión, L. MORAL SORIANO, *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

¹⁴ Un excelente resumen puede verse en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Grupo de empresas y Derecho del Trabajo: el abandono del criterio de la dirección unitaria como elemento adicional determinante de la responsabilidad solidaria*, *Actualidad Laboral*, 2014, nº 7.

¹⁵ A. DESDENTADO y A. DESDENTADO DAROCA, *Grupos de empresas y despidos económicos*, Valladolid, Lex Nova, 2014, p. 83.

“grupo de empresas a efectos laborales” que sea algo distinto del “grupo mercantil de empresas” pero afirma, igualmente, que “el concepto de grupo de empresas ha de ser –y es– el mismo en las distintas ramas del ordenamiento jurídico”, razón que conlleva la necesidad de “rectificar” la doctrina tradicional de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en esta materia. Dicha innovación se produce a través de la incorporación de novedades importantes en los elementos indiciarios que habían venido siendo históricamente utilizados para definir los llamados “componentes adicionales” del que podríamos calificar como “juicio de existencia de grupo de empresas a efectos laborales”.

La STS 27 de mayo de 2013 precisa que no son elementos adicionales desencadenantes de la responsabilidad de las empresas del grupo ni la dirección unitaria, ni tampoco la apariencia externa de unidad. La dirección unitaria no puede serlo porque, como ha quedado ya dicho, es el «componente fundamental» de la definición de grupo de empresas. Cabría decidir que es su elemento definidor y en todo caso «inherente». En suma, salvo casos excepcionales en los que “la legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio –determinante de solidaridad– cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante”, lo habitual es que dicho elemento no sea indicativo de la existencia de grupo laboral.

Es revelador lo que se ha expuesto de la Anteproyecto de CM, en el sentido de que el poder de dirección unitario es el elemento «nuclear» y «central» de la noción de grupo de sociedades. El Anteproyecto opta por un concepto de grupo de sociedades amplio, articulado en torno a la existencia de una *unidad de dirección* como elemento definitorio del grupo (entendida, en términos generales, como la presencia de unas políticas financieras y económicas unificadas o centralizadas entre las distintas sociedades del grupo), en el cual tienen cabida tanto los grupos verticales o por subordinación como los horizontales o por coordinación, sea cual fuere el mecanismo por el cual el grupo se ha configurado. Sin embargo, la noción de *control* continúa siendo relevante en la medida en que el control de una sociedad sobre otra supone la presunción, *iuris tantum*, de la presencia de una dirección unitaria ejercida por la controlante.

Por su parte, la STS 27 de mayo de 2013 añade que la apariencia externa de unidad «no ha de considerarse propiamente adicional», porque esa apariencia externa de unidad «es un componente consustancial del grupo, en tanto que no representa más que la manifestación hacia fuera de la unidad de dirección que es propia de aquél». La sentencia afirma expresamente que el juego como elemento adicional de la «apariencia externa de unidad» ha de precisarse (materialmente, rectificarse para desecharse como tal elemento adicional) en el sentido indicado. Subrayando que con el elemento “creación de empresa aparente” –íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas– “se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consiente la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo””.

La sentencia precisa además otros conceptos. En el caso de la confusión de plantillas, se define como la vertiente colectiva de la prestación de trabajo indiferenciada, que no excluye su vertiente individual cuando afecta no a toda la

plantilla, sino a trabajadores determinados (¹⁶), pues: “el funcionamiento unitario de las organizaciones empresariales, tiene una proyección individual [prestación de trabajo indistinta] o colectiva [confusión de plantillas] que determinan una pluralidad empresarial [las diversas empresas que reciben la prestación de servicios]”. En el caso de la confusión patrimonial, la sentencia señala que “no es identificable en la esfera del capital social, sino en la del patrimonio, y tampoco es necesariamente derivable – aunque pueda ser un indicio al efecto– de la mera utilización de infraestructuras comunes” y, en concreto, “la caja única hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como “promiscuidad en la gestión económica” y que al decir de la jurisprudencia, (...) alude a la situación de “permeabilidad operativa y contable”.

Desechadas la unidad de dirección y –su correlato, cabría decir– la apariencia externa de unidad, recordados los componentes adicionales tradicionalmente determinantes de la responsabilidad solidaria; y realizadas, en fin, las precisiones expuestas sobre dichos componentes adicionales, la STS 27 de mayo de 2013 identifica y enumera, así «los elementos adicionales que determinan la responsabilidad solidaria de las diversas empresas del grupo»: «1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo –simultánea o sucesivamente– en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y 5º) el uso abusivo –anormal– de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores».

2.3. La confirmación y ratificación de la doctrina de la STS 27 de mayo de 2013

La doctrina posterior del Tribunal Supremo ha venido confirmando la doctrina sentada por la STS 27 de mayo de 2013. Varios de dichos pronunciamientos poseen especial interés.

Un primer pronunciamiento de interés es el contenido en la STS 25 de septiembre de 2013 (Rº 3/2013) que, con cita de la misma STS 27 de mayo de 2013 y a la vista de los hechos declarados probados, rechaza que se dieran alguno de los elementos adicionales capaces de extender la responsabilidad solidaria a la matriz o a otra empresa del grupo. El hecho de que la matriz poseyera el 99,97 % del capital de la empresa que realizó el despido colectivo «no tiene efectos ni para provocar por sí misma una extensión de la responsabilidad, ni para atribuir una posición empresarial plural a las sociedades del grupo».

La STS 25 de septiembre de 2013 añade que: «Aquí no consta, no ya la confusión de plantillas, que suele ser uno de los elementos adicionales más frecuentes para extender la responsabilidad con efectos laborales a otros integrantes del grupo (pues no figura trabajador alguno que –sucesiva o simultáneamente– preste o haya prestado servicios indiferenciadamente para cualquier otra de las sociedades que lo

¹⁶ A. DESDENTADO y A. DESDENTADO DAROCA, *Grupos de empresas y despidos económicos*, cit. p. 84.

conforman), sino ninguno de los otros factores adicionales que pudieran conducir a ese mismo resultado». «No es posible reconocer en el caso la existencia de una caja única que se pueda identificar con la reproducible "confusión de patrimonios" por el único hecho de que una de las mercantiles que integran el grupo de sociedades, cuyo objeto social nada tiene que ver con la confección de prendas de vestir, posea la práctica totalidad (el 99,97 %) del capital de la empresa en la que prestan sus servicios los trabajadores despedidos de forma colectiva, porque aquél patológico fenómeno (la confusión patrimonial derivada de una única caja), como apunta nuestra reciente –y ya citada– sentencia del Pleno de 27 de mayo de 2013 (...), y la consecuente extensión de responsabilidades que ello podría acarrear, requiere la concurrencia de otros elementos que permitan apreciar lo que se ha dado en llamar "promiscuidad en la gestión económica", y es obvio que ni de la incuestionada declaración de hechos probados, ni de las circunstancias que, con tal valor fáctico, pudieran advertirse en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, existe la más mínima prueba de tal patología, sobre la que, en fin, como igualmente hemos destacado con anterioridad para descartar cualquier posibilidad de éxito en la impugnación, nada razona ni explica el recurso».

La STS 19 de diciembre de 2013 (R° 37/2013) confirma la declaración de que el despido colectivo era ajustado a derecho realizada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia objeto de recurso. La sentencia enjuicia un muy interesante supuesto en el que el grupo de empresas había constituido una agrupación de interés económico¹⁷. El referido pronunciamiento rechaza que en el supuesto enjuiciado existiera confusión patrimonial o confusión de plantillas. Respecto de la unidad de dirección y apariencia externa de unidad, alegadas por el recurso de casación, la STS 19 de diciembre de 2013 reitera que «la unidad de dirección únicamente implica la existencia de grupo entre las empresas que la comparten, pero en forma alguna comporta la responsabilidad solidaria de los miembros integrantes de aquél y su consideración como "unidad empresarial"». «Es más, esa dirección unitaria es consustancial a las (agrupaciones de interés económico)». Y, por lo que se refiere a la apariencia externa de unidad, igualmente reitera que «ese aspecto de unidad no representa sino la exteriorización de la dirección unitaria que es propia del grupo, por lo que no es más que la simple exteriorización del mismo y elemento consustancial de él, pero no elemento adicional del que derivar la existencia de "unidad empresarial" y una posible "responsabilidad laboral" de todos los miembros integrantes del mismo».

Finalmente, sobre esta misma materia de la unidad empresarial, considera conveniente «salir al paso de la argumentación que también utiliza el recurso, cual es el de que esa cualidad se muestra en que la voluntad de extinguir (la agrupación de interés económico) fue tomada por (la empresa)...decisora... del despido colectivo». «Frente a ello hay que recordar –argumenta la STS 19 de diciembre de 2013–, de un lado, que la facultad de disolver la (la agrupación de interés económico) corresponde... a las sociedades que la crean; y de otro, que la jurisprudencia comunitaria dictada en interpretación del art. 2 de la Directiva 98/59, niega la cualidad de empresario a la

¹⁷ De interés son las reflexiones que al hilo del citado pronunciamiento realiza J. BAZ RODRIGUEZ, *El despido colectivo en las empresas de grupo*, Trabajo y Derecho, 2015, n° 1, pp. 25-26, en la que subraya el "choque de lógicas" entre la normativa de las AIE y el despido colectivo.

empresa matriz en los grupos de empresa, aún para el caso de que la decisión extintiva fuese decidida por aquélla [STJCE 10 de septiembre de 2009, Asunto AEK y otros, apartados 57 y 58] (así lo hemos indicado en la citada STS 27 de mayo de 2013)».

La STS 28 de enero de 2014 (R° 16/2013) admitió a trámite el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que declaró la nulidad del despido colectivo efectuado por vulneración del derecho a la libertad sindical, y condenó de forma solidaria a dos sociedades por entender que configuraban un grupo a efectos laborales. La mercantil empleadora estaba participada en su totalidad por otra sociedad integrada en el mismo grupo de empresas que la sociedad codemandada, y la gestión de su riesgo de liquidez se realizaba en el marco de la gestión global del Grupo, mediante disponibilidad de líneas de crédito, sin necesidad de acudir a financiación externa. En consecuencia, el Grupo, a través de otra empresa integrante del mismo, concedió a la empleadora una suma dineraria conceptuada contablemente como préstamo participativo, con el fin de evitar que ésta entrara en causa legal de disolución. El Tribunal Supremo aborda dos cuestiones fundamentales en la presente sentencia: la existencia de un grupo a efectos laborales y la calificación del despido colectivo.

En relación con la concurrencia de grupo laboral y la consiguiente extensión de responsabilidad, la sentencia recurrida entiende que sí existe con base en los siguientes argumentos: (1) la pertenencia de ambas sociedades al mismo grupo empresarial; (2) la coincidencia de la actividad desarrollada por ambas; (3) la apariencia externa de unidad empresarial que se concreta en una unidad de gestión y dirección de la sociedad dominante frente a la subordinada; y (4) la confusión patrimonial derivada del hecho de que el riesgo de liquidez de la empleadora se gestione por el Grupo mediante disponibilidad de líneas de crédito, sin necesidad de acudir a financiación de entidades bancarias, aunque con el fin de evitar desequilibrios contables esas sumas se hayan calificado de préstamos participativos. No obstante, admite el Tribunal Supremo que no se ha acreditado la prestación indistinta de servicios para las diversas empresas que forman el Grupo, aunque considera que este elemento debe contar con excepciones, pues de otra forma sería imposible la apreciación de grupo en multinacionales con una sola empresa en España.

El Tribunal Supremo resuelve, sin embargo, que ninguno de los elementos a los que alude la sentencia recurrida son definitorios *per se* de la responsabilidad solidaria atribuida. Especial reflexión merece la particular forma de financiación de la sociedad empleadora en aras a valorar una posible confusión patrimonial. En su sentencia, el Tribunal afirma que es habitual el pacto que permite al acreedor convertir la deuda en fondos propios, de manera que el prestamista se convierte en un socio más. Sin embargo, considera el Tribunal Supremo que una fórmula de financiación por peculiar que sea, y precisamente por ser característico su uso por sociedades, no convierte en grupo de empresas a efectos laborales a prestamista y prestatario. En consecuencia, la sentencia concluye que no existe grupo a efectos laborales, por lo que estima el recurso de ambas sociedades y revoca la condena solidaria impuesta, manteniendo íntegramente el resto de pronunciamientos. La sentencia cuenta con un voto particular suscrito por cuatro magistrados.

La relevancia de la posterior STS 29 de enero de 2014 (R° 121/2013) radica en que, aplicando la doctrina de la STS 27 de mayo de 2013, declara probada la existencia de un grupo mercantil en el que «no se dan los elementos adicionales que la jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo para apreciar la responsabilidad solidaria como grupo de empresas». La misma resuelve el recurso de casación ordinario interpuesto frente a la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 21 de marzo de 2013 que declara la nulidad del despido colectivo efectuado por una sociedad dedicada a la actividad industrial de tratamiento de aluminio, condenando solidariamente a todas las empresas del grupo en que ésta se integra, así como a sus socios.

Son hechos relevantes para la resolución del caso los que se enuncian a continuación: la Sociedad comunica al único delegado de personal de la empresa la decisión de extinguir la totalidad de los contratos de trabajo (11 trabajadores), alegando para ello causas económicas y productivas fundadas tanto en la existencia de pérdidas actuales, así como en la existencia de un notable descenso en la cifra de ventas de la compañía. La sociedad se encuentra en situación de insolvencia e incurso, por ser su capital social inferior al mínimo exigible, en causa legal de disolución; el administrador de la Sociedad tiene vínculos personales y familiares con los socios y administradores de otras empresas con las que mantiene relación comercial. Durante un periodo prolongado de tiempo, la Sociedad vendió gran parte de su patrimonio a una de estas últimas empresas sin recibir una contraprestación efectiva a cambio, en concreto, vendió vehículos, maquinaria y mobiliario industrial de su propiedad que se traslada físicamente a la nave industrial de la otra sociedad. Adicionalmente, los trabajadores de la Sociedad venían prestando servicios laborales, indistintamente, para las distintas sociedades e, incluso, prestaban trabajo a título personal para sus socios y administradores.

A la vista de los hechos descritos, el Tribunal Supremo confirma la sentencia del TSJ de Galicia y declara la nulidad del despido así como la responsabilidad solidaria de todas las sociedades implicadas, de sus socios, y de sus administradores. Para ello, la sentencia recuerda que la doctrina sobre el grupo de empresas a efectos laborales ha quedado consolidada con las sentencias de 20 y 27 de mayo de 2013, dictadas ambas en materia de despido colectivo. A juicio del Tribunal Supremo, concurren en el supuesto de hecho descrito todos los indicios para apreciar la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales, o lo que es lo mismo, para afirmar la existencia de una única entidad empleadora pese a que formalmente todas las sociedades integrantes del grupo aparezcan frente a terceros como sociedades y empleadoras independientes.

Adicionalmente, los abusos societarios cometidos por los socios y administradores de las sociedades integrantes del grupo, que se apropiaban de los beneficios de la sociedad con claro detrimento del interés social y de sus trabajadores, llevan al Tribunal Supremo a aplicar la conocida doctrina del “*levantamiento del velo*” a través de la cual se pretende identificar la realidad laboral de la empresa más allá de las apariencias, y con ello encontrar que esa realidad ha producido la creación de entidades distintas con la finalidad claramente dirigida a obtener unos beneficios que no pueden redundar en perjuicio de los trabajadores. Concluye la sentencia, en aplicación de dicha

doctrina, que tal modo de actuar debe conducir a considerar a las personas físicas implicadas, bien como socios, bien como administradores, como verdaderos empresarios ya que las mercantiles por ellos constituidas actúan de mera pantalla o instrumento interpuesto para eludir sus responsabilidades. O dicho de otro modo, se declara la existencia de una única entidad empresarial, constituida por las diferentes sociedades involucradas, sus accionistas y administradores que pasan a configurarse, todos ellos, como responsables solidarios en los términos que habían sido fijados por la sentencia recurrida.

3. ALGUNOS EXTRAÑOS Y COMPLEJOS EFECTOS DE LA CONSIDERACIÓN DE LOS GRUPOS LABORALES DE EMPRESAS: LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO POR LOS GRUPOS PATOLÓGICOS

Una cuestión que se ha revelado especialmente problemática es la relativa a si un grupo de empresas está legitimado para poner en marcha un proceso de despido colectivo. La misma presenta perfiles borrosos y polémicos. Ciertamente es que la existencia de un grupo constituye, como ha recordado el Tribunal Supremo, el contexto necesario en el que debe valorarse la concurrencia de las causas económicas cuando se procede a dicha decisión extintiva en el ámbito empresarial. Ahora bien, ni la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos, ni el art. 51 ET, aluden a los grupos de empresa como entidad legitimada para poner en marcha un despido colectivo, sino, exclusivamente, a la empresa o al empresario.

Los pronunciamientos dictados tras la reforma laboral en esta materia se han enfrentado a dos tipos de problemas. En primer lugar, el de aquellos supuestos en los que, existiendo un grupo de empresas a efectos laborales, el procedimiento de despido colectivo se insta, exclusivamente, en relación con una única empresa con el objetivo de huir de su proyección sobre resto de empresas que, aparentemente, lo integran. El segundo término, el relativo a la posibilidad de que un grupo de empresas patológico acepte tal condición e inste el procedimiento para el conjunto de las empresas del falso grupo¹⁸.

El primero de los problemas apuntados se resuelve en la STSJ Cataluña 23 de mayo de 2012 (Rº 10/12). En la misma, se impugnaba un despido colectivo precisamente porque la empresa pertenecía a un grupo a efectos laborales pero el despido se instó en relación con una única empresa. El Tribunal consideró acreditada la existencia de grupo laboral de empresas y declaró la nulidad del despido colectivo por considerar fraudulenta la actuación de la empresa “por cuanto el empresario real, el grupo de empresas en el que está integrada la empleadora demandada, ha escondido fraudulentamente su auténtica dimensión empresarial, viciando con ello irremisiblemente todo el proceso de despido colectivo desde su momento inicial, al

¹⁸ Un primer acercamiento a esta materia puede verse en J. R. MERCADER UGUINA, A. DE LA PUEBLA PINILLA, *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión y reducción de jornada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

desenvolverse el mismo en un marco mucho más reducido que aquel que correspondía, con la clara y obvia intención de poder acreditar en tal marco la concurrencia de la causa objetiva invocada”. A similar conclusión llega la SAN 26 de julio de 2012 (Proc. nº 124/12) en la que, tras apreciar la existencia de un grupo laboral de empresas se señala que “la fragmentación del despido colectivo, dividido artificialmente en tres partes, pese a que las empresas constituyen un grupo de empresas a efectos laborales, quiebra el principio de buena fe, que les era exigible de conformidad con lo dispuesto en el art. 51.2 ET, puesto que impedía, como reflejan los informes de la Inspección de Trabajo, comprobar cuál era la auténtica realidad empresarial”¹⁹.

El segundo de los supuestos es aquél en el que es la propia entidad empresarial la que asume su condición de falso grupo. En estos casos, es el propio grupo, interesado en una negociación conjunta, el que se identifica como patológico, lo que supone, de algún modo, reconocer la ilicitud de su composición, pues encubre la existencia de una única empresa que pretende diluir sus responsabilidades.

Tal cuestión fue, inicialmente, resuelta favorablemente por la SAN 28 de septiembre de 2012 (Proc. nº 152/12), admitiéndose dicha posibilidad. En apoyo de la consideración del grupo como legitimado para tramitar un despido colectivo, el citado pronunciamiento toma en consideración la doctrina jurisprudencial existente sobre la situación económica de la totalidad de sociedades que lo integran en orden a determinar si concurre una situación económica negativa. Entiende, a estos efectos, que la aceptación de la existencia de un grupo resulta, además, más garantista en la medida en que permite que la negociación se lleve a cabo a nivel global y no parcelando empresa por empresa y posibilita, además, tanto el análisis individualizado de cada empresa como el examen de la situación en su conjunto, evitando, en su caso, posibles situaciones dispares injustificadas. A ello se añade que en la negociación grupal se produce un claro incremento de la información de que se dispone en el período de consultas, ya que se examinan las cuentas de cada una de las sociedades. Por otro lado, concluye apelando a la experiencia que en materia de Expedientes de Regulación de Empleo ha venido teniendo lugar en el ámbito contencioso administrativo, que no ha cerrado la puerta a extinciones tramitadas globalmente para todo un grupo.

Pero la mencionada doctrina ha alcanzado nuevos matices tras la polémica SAN de 12 de junio de 2014 (Proc. 81/2014, 81/2014, 86/2014). En esta ocasión, la Audiencia Nacional introduce un matiz importante, que cambia las cosas. Aclara que la institución del grupo patológico, asentada en la idea de la utilización fraudulenta de la figura, no puede constituir una opción a disposición de las empresas incumplidoras para su propio beneficio.

En la misma, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional declara la nulidad del despido colectivo recurrido y el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, condenando solidariamente a las empresas demandadas a la inmediata readmisión de sus respectivos trabajadores despedidos, con abono de los salarios dejados de percibir. El origen del conflicto, señala la sentencia, es

¹⁹ La misma solución se acoge en las SSTSJ Madrid 30-5-2012 (Proc. nº 124/12) 25-6-2012 (Proc. nº 21/12) y 11-7-2012 (Proc. nº 32/12).

la fusión de ocho sociedades embotelladoras de la península ibérica, propiedad de una misma sociedad, en una sola sociedad autorizada para preparar y envasar las bebidas en España y Portugal. Como consecuencia de este proceso de integración, la sociedad resultante puso en marcha una serie de ajustes con el fin de ahorrar costes, entre los que estaba reducir la plantilla a través de prejubilaciones, bajas incentivadas o recolocaciones, así como despidos forzosos en caso de que no se alcanzara el objetivo con las medidas anteriores.

Entiende la Audiencia Nacional que el nuevo empleador es un grupo de empresas laboral que nunca se ha constituido formalmente como empresario, no habiendo informado ni negociado el cambio de empresario con los representantes de los trabajadores. Entiende la sentencia que “la existencia del grupo se revela sorpresivamente a los trabajadores precisamente para iniciar el despido colectivo y en beneficio exclusivo de CCIP, dado que la causa alegada para el mismo solamente tenía virtualidad considerando la estructura unitaria del grupo...” y, añade, “desde el punto de vista de valoración de la buena fe, llama poderosamente la atención a esta Sala cómo de forma simultánea al periodo de consultas una de las empresas, Casbega, negociaba y suscribía un convenio colectivo de empresa que afectaba fundamentalmente, dentro de su ámbito de aplicación, al centro de trabajo de Fuenlabrada, que era uno de los que se iban a cerrar, sin hacer manifestación o apreciación alguna respecto de que la verdadera empresa de los trabajadores no era ya Casbega, sino CCIP”.

En conclusión, entiende la Sala, no se ha respetado ni la normativa europea ni la estatal respecto a la obligación de información y consulta por parte de la empresa con la representación de los trabajadores, siendo así que el grupo se había constituido en junio de 2013 sin dar cumplimiento a tales obligaciones legales, un claro incumplimiento que se proyecta aún sobre el período del despido colectivo, ya que tal como argumenta la Sala, “en ese momento (del período) la información y documentación sobre la constitución del grupo todavía era incompleta (no debe confundirse la documentación entregada en el periodo de consultas con la aportada como prueba en este proceso judicial para acreditar la existencia del grupo de empresas laboral) y, además, porque el periodo se inicia sobre la base del incumplimiento de informar y negociar sobre el conjunto de la reestructuración proyectada, lo que implica mucho más que informar sobre una de las consecuencias más importantes de la misma en el aspecto laboral, como son los despidos, dado que no es ésta la única consecuencia laboral de la reestructuración”.

En resumen, la “autoinculpación” del grupo de empresas no es suficiente: para que el despido colectivo pueda negociarse en el ámbito de un grupo, no basta con que sea patológico, sino que esta condición ha de ser previamente reconocida por todas las partes.

La citada doctrina se consolida en la SAN 15 de octubre de 2014 (R° 488/2013). La Sala llega a la conclusión de que “lo actuado en ningún momento acredita que estas concretas mercantiles vinieran actuando de forma expresa y pacífica como un grupo laboral asumiendo la condición de empleador unitario de los trabajadores de sus respectivas plantillas”. Señala la sentencia que en ningún momento antes del inicio de la tramitación del procedimiento de despido colectivo tuvieron los trabajadores

conocimiento de la (pretendida) existencia de un grupo laboral y, por ello, no pudieron ejercer su derecho a ser informados y consultados, ex art. 64.5 de la Ley del Estatuto de los trabajadores en relación con el art. 44.8, sobre la novación del sujeto empleador. Si nos encontramos en una situación como la aquí descrita, se produce un incumplimiento del deber de buena fe negocial con efectos de nulidad de la decisión empresarial, en cuanto que se ha alterado de forma contraria a derecho el ámbito de negociación durante el período de consultas. Es decir, no es conforme a derecho que el llamado grupo laboral “debute como tal (...) en el momento de iniciar el proceso de despido colectivo”. En suma, “que el periodo consultivo se haya conformado desde la mala fe negocial de una de las partes equivale a su inexistencia y es causa de nulidad de la decisión empresarial cuando quien así actúa es el mismo empresario”.

Una segunda cuestión debatida es quién forma parte del grupo laboral, por entender la parte trabajadora (o cómo mínimo tener dudas razonables) que en el mismo se integrarían varias sociedades no incluidas en el procedimiento de despido. Desde la perspectiva jurídica, y dado que existe discrepancia entre las partes sobre quien debería ser el sujeto empleador, la cuestión relevante justamente es quién cumple los requisitos del art. 1.2 ET para ser considerado como tal, señalándose con acierto por la Sala que “obvio es que la identificación de quien lo sea más compleja resulta tratándose de grupos de empresa, pero en todo caso debe desterrarse el argumento de que pudiera ser empresario el convenido por las partes o el propuesto por una de ellas”.

4. CONCLUSIONES DESDE LA PERPLEJIDAD

La perplejidad es ante todo un estado de tensión que se manifiesta en inseguridad, pues este modo de ver la realidad incluye la vacilación y, en ocasiones, la incoherencia. Sin duda, la idea de perplejidad define bien el resultado de toda reflexión en esta materia. El espacio sobre el que hemos proyectado nuestro análisis es un terreno repleto de imprecisión que lleva a la perplejidad en tanto que asombro por una situación dada²⁰.

La evolución jurisprudencial que hemos vivido en los últimos tiempos y que ha contribuido a definir el concepto de grupo laboral de empresas ha creado y seguramente creará una fuerte inseguridad jurídica. Probablemente, no puede ser de otra forma pues, en una jurisprudencia basada en la articulación sobre indicios, la incertidumbre está garantizada; es más, los indicios tienen “una significación relativa y abierta, pese a los intentos de la última jurisprudencia de normalizar algunas actuaciones comunes en el grupo”²¹.

²⁰ En el entendimiento de J. MUGUERZA, *Desde la perplejidad*, Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1990, P. 25, para quien el perplejo es aquél que se mantiene en estado de tensión e incertidumbre, no por haber “perdido el camino” (encontrado el cual, cesarían las tensiones), sino por ser de aquellos “que, bien encaminados, se encuentran desconcertados, inciertos, confusos, en una palabra, perplejos ante una encrucijada que les oprime el ánimo”.

²¹ A. ESTEVE SEGARRA, *El marco de referencia de los procedimientos de consultas en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido de Coca Cola Iberian Partners*, Revista de Información Laboral, 2014, n° 6, p. 157.

Por otro lado, el ir y venir jurisprudencial de los últimos tiempos deja más dudas que respuestas en el actuar de los operadores jurídicos. El llamado “principio de contradicción” (y que podría llamarse “principio de no contradicción”), es considerado como un principio ontológico a tenor del cual: “es imposible que una cosa sea y no sea al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto”. El citado principio lógico se proyecta en el Derecho sobre el mundo de la seguridad jurídica. Pero las sentencias de los últimos tiempos demuestran lo infructuoso del anterior principio. Veámoslo.

Un grupo de sociedades mercantil no puede iniciar un procedimiento de despido colectivo pues, como ha recordado el Tribunal Supremo, ni la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos, ni el art. 51 ET, aluden a los grupos de empresa como entidad legitimada para poner en marcha un despido colectivo, sino, exclusivamente, a la empresa o al empresario. Sin embargo, puede instarse y desarrollarse un despido colectivo en un grupo laboral de empresas, un grupo “patológico”, cuando esta condición sea previamente reconocida por todas las partes de la negociación. Autodiagnosticada la patología y existiendo un acuerdo pleno sobre ella, sería lícito el actuar resultante. Pero, asentado el criterio, el mismo se convierte inmediatamente en inseguro. No es conforme a derecho que el llamado grupo laboral “debute” como tal en el momento de iniciar el proceso de despido colectivo.

Frente a tantas dudas e incertidumbres, qué otra cosa cabe sino la perplejidad...

EL TRATAMIENTO DE LAS DENOMINADAS UNIONES DE EMPRESAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL

JUAN IGNACIO RUIZ PERIS*

Resumen

El presente trabajo analiza la regulación dada por el Anteproyecto a los instrumentos jurídicos de formalización del control – grupos por subordinación – y de la coordinación empresarial – grupos por coordinación, agrupaciones de interés económico y uniones temporales de empresa. Analiza las novedades regulatorias en el ámbito de los grupos por subordinación y critica la pretensión de homogeneizar en una única categoría de “Uniones de Empresas” ambos tipos de instrumentos organizativa y funcionalmente diversos, la pretensión de construir el régimen de los grupos por coordinación sobre la horma de los grupos por subordinación, la deriva de las UTEs al régimen de las sociedades colectivas y la preservación de la esquizofrenia regulatoria asociación – sociedad y del régimen supletorio de las sociedades colectivas para las Agrupaciones de Interés Económico.

Contenido

1. Introducción. – 2. Grupos. – 2.1. Control y Grupos por subordinación. – 2.2. Dirección única y grupo por coordinación. – 2.3. Deberes de información e inscripción. – 2.4. Interés de grupo y compensación de perjuicios causados a la sociedad dominada. – 2.5. Tutela de los acreedores sociales. – 2.6. Garantías intragrupo. – 2.7. Socios externos. – 2.7.1. Derecho de separación. – 2.7.2. Venta forzosa. – 2.8. Consolidación de cuentas. – 2.9. Reglas de Derecho internacional privado. – 3. Instrumentos de coordinación empresarial. – 3.1. Consideraciones generales. – 3.2. Las Agrupaciones de Interés Económico. – 3.3. Uniones Temporales de Empresas. – 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Es para mí un verdadero placer y un honor participar en el Homenaje al profesor Rafael Illescas, maestro del Derecho mercantil con el que me unen lazos de respeto y admiración por la extensión, calidad y actualidad de su obra, la creación de una reputada escuela o la representación de la doctrina mercantil española en los más altos foros internacionales, entre otros muchos méritos, pero también de afecto, al haberme tratado siempre generosamente, compañerismo, al haber sido ambos colegas del Real

* Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

Colegio de España, y gratitud, al haber el homenajeado mantenido siempre su juicio sereno e imparcial, soportando, en ocasiones, presiones relevantes y continuadas.

Mi admiración por el profesor Illescas excede por tanto lo académico para pasar al ámbito personal.

A la hora de elegir tema dos hechos vinieron rápidamente a mi mente, de una parte la amable invitación que el homenajeado me hizo en 1995 para participar en las sesiones de la Comisión de Simplificación del Ordenamiento Jurídico Económico en materia de Derecho societario en las que propuse la unificación del concepto de grupo en el ordenamiento español, propuesta que contó con el inmediato beneplácito y apoyo del homenajeado y que de hecho pasó a las conclusiones de la Comisión. De otra la continua y amable participación del profesor Illescas en los Simposios y Congresos Internacionales que organizo regularmente en materia de redes empresariales. Con estos antecedentes la elección era clara y me recomendaba centrar mi atención en el régimen que el Anteproyecto diseña para las denominadas “Uniones de Empresas”.

Bajo la denominación “De las uniones de empresas” el Título IX del Libro II del Anteproyecto de Código Mercantil regula sucesivamente, que no de modo conjunto, al carecer de cualquier regulación común¹, las cuestiones relativas al control empresarial y los grupos por subordinación y las que se refieren a los instrumentos de coordinación empresarial entre los que se encuentran los denominados “grupos por coordinación” las Agrupaciones de Interés Económico y las Uniones Temporales de Empresas.

Además de las reglas recogidas en este título existen otras relativas a los grupos que se encuentran en otros preceptos del Anteproyecto como el artículo 215-11 relativo al conflicto de interés, el 233 – 42 relativo al número máximo de votos que pueden emitir las sociedades pertenecientes a un mismo grupo en la Junta general de una sociedad anónima, o el 283 – 18.1 letras c) y e) que declaran indelegable las facultades del Consejo de Administración de determinar la política de gobierno corporativo y la estructura del grupo del que sea entidad dominante. Reglas de las que el Anteproyecto de Código se encuentra plagado demostrando el carácter híbrido del planteamiento conceptual en el que se funda la regulación de los grupos en el mismo, que parte de un lado, de la técnica de crear una regulación sistemática y concentrada en una sección del Código, a la alemana, y de otro de la de abordar fragmentariamente la cuestión precepto a precepto atendiendo a la percepción de la necesidad de dar una dimensión de grupo a determinados preceptos e instituciones por otro, que a falta de una jurisprudencia creadora de Derecho como la existente en los países de *common law* da lugar en nuestro sistema a este verdadero rosario de referencias inconexas al grupo presentes en el Anteproyecto.

De otra parte existen otras reglas relativas a los grupos por subordinación que quedan fuera del propuesto Código Mercantil como las contenidas en la Ley Concursal, o en la normativa de defensa de la competencia, además de las relativas a sectores regulados.

¹ Crítico a este respecto se muestra también EMBID IRUJO, J.M. “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código mercantil”, *Revista de Derecho mercantil*, 2013, nº 290, págs. 53-67 (55).

Nosotros centraremos nuestra atención en este trabajo en la regulación contenida en el Título IX.

La reunión de los instrumentos de control y los de coordinación empresarial bajo un mismo epígrafe y la inclusión de la figura del grupo por coordinación junto al grupo por subordinación en el Capítulo I del Título IX del libro II titulado “De los grupos de sociedades”, demuestran esta tendencia unitaria en el tratamiento de estas figuras que se ve desmentida por la ausencia de una definición unitaria de grupo en el artículo 291 – 1 que funda la noción de grupo por subordinación en la constatación de la existencia de una posición de control, en tanto que reconoce la existencia de un denominado “grupo por coordinación” cuando exista dirección unitaria.

En mi opinión deberíamos abandonar los esfuerzos por lograr una regulación conjunta del denominado “grupo por coordinación” y del grupo por subordinación, ya que en ellos se plantean problemas muy distintos. Ningún sentido tiene hablar en los denominados “grupos por coordinación” de balances consolidados, de autocartera, de protección de los socios externos o de los acreedores de las filiales, o la actuación en conflicto de interés, con lo que la referencia del artículo 291-4 a que la normativa prevista en el Código proyectado será aplicable, “en lo que proceda” a los grupos por coordinación², no parece ser, en este contexto, más que un verdadero brindis al sol.

Es cierto que en algunas ocasiones la regulación de modo común del grupo por subordinación con el de coordinación puede tener sentido, tal y como sucede en el artículo 215- 13.2 letra a) respecto a la condición de persona vinculada a un administrador persona jurídica, único supuesto en el que el Anteproyecto establece la única norma específica que menciona expresamente los grupos por coordinación en el Anteproyecto, pero no es menos cierto que la vinculación será mucho más débil en el caso de los denominados “grupos por coordinación” y que su fundamentación puede encontrarse fácilmente fuera de la dirección unitaria dado que procederá de los posibles intereses compartidos por las empresas coordinadas y no de la posible sumisión a la voluntad del administrador persona jurídica – muy improbable en los denominados “grupos por coordinación” - que es riesgo que el precepto legal pretende conjurar.

El resto de las normas específicas que encontramos en el Anteproyecto hacen referencia a los grupos en general o en particular a los grupos por subordinación. Las primeras exigen la interpretación respecto de si serán aplicables a los grupos por coordinación o no. Lo cual puede representar un esfuerzo complejo, ser fuente de litigios y aun peor de doctrinas fragmentarias entre las audiencias y tribunales convirtiendo el futuro Código en fuente de inseguridad jurídica.

Un ejemplo pone de relieve como estas aparente inocentes soluciones resultan arriesgadas Así la regla del artículo 232 – 8. 1 relativa al carácter libre de la transmisión de las participaciones sociales entre miembros del grupo, salvo disposición contraria de los estatutos, que en principio parecería aplicable a los grupos por coordinación, plantea

² Como indica ESTEBAN DE VELASCO,G. “Grupos de sociedades en el Anteproyecto de Código Mercantil” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,A. (Coord.) *Hacia un nuevo Código mercantil*, THOMSON,REUTERS,ARANZADI, 2014, págs. 215 – 236 (220) “Ciertamente el régimen sustantivo se ha diseñado para los grupos por subordinación, limitándose a una remisión normativa (“se aplicará en lo que proceda”) para el régimen jurídico de los grupos por coordinación”.

el problema de que en éstos, a diferencia de cuanto sucede en los grupos por subordinación, su aplicación podría suponer un cambio sustancial y no meramente formal de la titularidad, al ser los distintos miembros del denominado “grupo por coordinación” sujetos con intereses independientes no alineados más allá de los intereses compartidos en el seno del grupo por coordinación, frente a los miembros del grupo por subordinación cuya total actividad está encaminada a la consecución de intereses fijados en el seno del grupo alineados con los de la dominante.

Kant puede pasar todos los días por la plaza y el reloj sonar a su llegada pero no es la aparición de filósofo la que genera el repiquetear. Estos casos de coincidencia no justifican un tratamiento unitario. De hecho con el mismo fundamento que hemos apuntado no hay ninguna razón para que, en su caso, la consideración como persona vinculada no fuera extendida a otros instrumentos de coordinación empresarial como las UTEs o las AIEs, con identidad de razón respecto de aquella, que funda la calificación como vinculadas de las entidades miembros de los denominados “grupos por coordinación”. Si los miembros de éstos pueden ser considerados personas vinculadas también podrán serlo los de aquellos sin que a nadie se le ocurra incluir las UTEs o las AIEs en el ámbito de los grupos, opción dogmática que ha venido siendo negada de forma continua y unánime durante décadas por la doctrina europea.

Parece, por tanto, más razonable, desde mi punto de vista, reubicar los llamados “grupos por coordinación” preferentemente despojándoles de la denominación de “grupo” dentro de los instrumentos de coordinación empresarial con los que presentan mayores afinidades, separando la regulación de ambas cuestiones, subordinación y coordinación empresarial de modo claro, sin pretender la tarea, más que difícil de nostalgia asegurada, de crear un cuerpo conceptual común y útil para ambos tipos de instrumentos.

2. GRUPOS

2.1. Control y grupo por subordinación

El artículo 291-1 establece que existe grupo por subordinación “cuando una sociedad controle a otra o cuando varias sociedades estén controladas por una misma persona natural o jurídica, cualquiera que sea el fundamento de ese control.”

Con ello el Anteproyeto se acoge a la concepción orgánica de grupo³ reconociendo los grupos de hecho, en mi opinión con acierto, tomando en consideración la realidad existente y no exigiendo artificiosos mecanismos de constitución contractual, cuyo éxito ha sido escaso aun en una sociedad tan formal como la alemana⁴.

³ En sentido similar también EMBID IRUJO, J.M. “Los grupos de sociedades...”, pág. 58.

⁴ En contra EMBID IRUJO, J.M. “Los grupos de sociedades...”, pág. 59 a 61 quien postula la introducción en nuestro ordenamiento de los denominados grupos contractuales atendiendo a la seguridad que conlleva respecto a la determinación del momento inicial de la creación del grupo y por tanto a la legitimación del “poder de dirección”. A nuestro juicio la constatación *ex post* de la concurrencia de las circunstancias que determinan la existencia de grupo por subordinación – existencia de control – en el momento en que se impartió la instrucción es suficiente para garantizar la legitimidad de la instrucción

De otra parte no establece una regulación separada o modalidades de regulación para los grupos centralizados o descentralizados lo que como indica EMBID IRUJO puede ser una “postura equivocada”⁵.

El precepto no define qué debe entenderse por control por lo que de acuerdo con lo que hace veinte años expusimos este puede ser configurado como un poder y en particular con el poder de influir de modo determinante en las decisiones de otra entidad. La determinación de la existencia de una posición de control en los términos antedichos conllevará la consecuencia de que la instrucción impartida podrá considerarse ejercicio legítimo del control por parte de los administradores de la sociedad dominante aunque su ejecución por los administradores de la sociedad dominada perjudique a ésta. La constatación del ejercicio del control no precisa necesariamente la de la concurrencia en el caso de ninguna de las presunciones previstas en el artículo 291-3.1. Basta, por tanto, de una comprobación ex post de la concurrencia de los presupuestos que determinan la aplicación del precepto – concurrencia del poder en los términos antedichos – que legitima el ejercicio del control por parte de los administradores de la dominante.

Resulta especialmente interesante que el grupo existirá “cualquiera que sea el fundamento del control” esto es, con independencia de que provenga de la participación en el capital, de un contrato o de vínculos personales.

También hay que señalar que se entenderá que existe grupo cuando varias sociedades estén controladas por una misma persona natural, solución a un viejo problema que hay que aplaudir. Sin embargo queda sin resolver la cuestión de los grupos familiares – en las que diferentes miembros de una familia controlan diversas sociedades actuando bajo una dirección unitaria -y de las sociedades gemelas – en que varias sociedades están controladas por el mismo grupo de sujetos, en general con la finalidad de aislar el riesgo empresarial de la actividad desarrollada por cada una de ellas – tan usadas en el ámbito de la construcción para aislar los riesgos de la construcción de un edificio respecto a los de otro.

De otra parte resulta igualmente un acierto que la regulación de los supuestos en que quien controla es una persona jurídica con forma no societaria, como sucede en los grupos encabezados por fundaciones y asociaciones. Así se desprende tanto del propio artículo 291-1 como del artículo 291 – 2.2 que establece que las normas del Anteproyecto relativas a la sociedad dominante, con excepción de las relativas a la consolidación de balances se aplicarán a cualquier persona natural o jurídica que ejerza el control sobre varias sociedades dependientes.

Tan solo los supuestos en que una Fundación o Asociación controle una única sociedad quedan fuera del ámbito de la noción de grupo, opción que resulta al menos discutible al carecer de un fundamento claro.

Aunque no se hace referencia al control indirecto, salvo a lo largo de la regulación, hay que considerar que por control se entiende tanto el directo como el indirecto atendiendo a la regla de cómputo del artículo 291 – 3 in fine, de acuerdo con

impartida por los administradores de la dominante sin que sea necesario determinar en que momento se inició el control y surgió el grupo a este respecto.

⁵ EMBID IRUJO, J.M. “Los grupos de sociedades...”, pág. 62.

la cual a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

El precepto aborda no solo la cuestión del control indirecto sino también el control mediante testafierros y el control concertado.

Desde la perspectiva terminológica se pierde la posibilidad de diferenciar entre control y dependencia al calificar el artículo 291 a la filial como sociedad dominada o dependiente de modo indistinto por influencia alemana y usar luego en la regulación preferentemente este segundo término. Creo que hubiera sido conveniente emplear el concepto de dominada como equivalente de controlada y reservar el concepto de dependiente para los casos de empresas que carecen de alternativa equivalente (art. 16 LCD), evitando la polisemia actual del término dependencia que tanta confusión causa entre dos instituciones tan distintas como el control y la dependencia económica.

El artículo 291 – 3 añade a las cuatro presunciones *iuris tantum* tradicionales de control- recogidas en las letras a), b), c) y d) – otras dos e) y f) de distinto calado e idéntico fundamento.

Ambas están fundadas en la protección de la apariencia cuyo fundamento se encuentra a su vez en el principio de buena fe⁶ y la doctrina de la confusión de esferas.

La primera, incluida en la letra e) - establece que se presumirá la existencia de control cuando una sociedad haya incluido en la denominación elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio o registrado a nombre de ésta o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo, hay que entender que en supuestos en que no concurra infracción de los derechos de propiedad industrial o de imagen de las citadas sociedades en los que en modo alguno estaría justificada la presunción. De otra parte no se indica si por signo notorio hay que entender únicamente el no registrado como parecería deducirse de la disyuntiva “notorio o registrado” o incluye también los signos notorios registrados.

A mi juicio la referencia a “cualquier otra sociedad perteneciente al grupo” resulta excesiva. Es cierto que existen grupos de imagen múltiple – con múltiples marcas por ejemplo - pero no lo es menos que lo que se pretende es vincular la presunción de control a la confusión o asociación con la imagen del grupo. En este sentido el precepto falla el tiro. No se trata de que la denominación de la sociedad se confunda o evoque la de la sociedad holding⁷ que podría ser anodina B-348 por ejemplo, o la de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo por ejemplo Slovenské Elektrárne respecto al grupo ENEL que podría ser perfectamente irrelevante, sino con la imagen distintiva del grupo.

Con mayor tino el precepto se refiere a que la sociedad incluya en su denominación elementos significativos de un signo distintivo notorio o registrado a nombre de otra sociedad – hay que entender holding – o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo.

⁶ Cfr. ESTEBAN DE VELASCO, G. “Grupos de sociedades...”, pág. 232.

⁷ -Hay que entender que a ella se refiere el “otra sociedad” de la letra d) para evitar una repetición sin sentido con el “cualquier otra sociedad perteneciente al grupo” in fine.

Pero el precepto resulta excesivo al hacer relevante la aproximación a cualquier signo registrado por la sociedad que podría incluso no haber sido usado nunca. En cuanto al caso del signo notorio resulta muy posible que no coincida con el nombre comercial notorio en el tráfico del grupo como sucede por ejemplo en el caso de la marca Zara del grupo Inditex.

De otra parte hay que preguntarnos que debe entenderse por “elementos significativos”.

A mi juicio sería de interés revisar el texto de esta presunción atendiendo a su finalidad y utilizando las técnicas muy consagradas a lo largo de las décadas en materia de signos distintivos. Si lo que se pretende es dar valor presuntivo a la confusión indirecta que se produce cuando un tercero considera que una sociedad debe de estar vinculada a otra por una relación de grupo dado que resulta confundible su denominación y la denominación del grupo dígase. Si se pretende extenderlo a las marcas notorias, registradas o no, de las que sean titulares las sociedades pertenecientes al grupo hágase. Pero más allá la presunción resulta, a mi juicio, claramente excesiva.

La segunda – incluida en la letra f) – presume la existencia de control cuando una sociedad haya hecho constar en la documentación o en cualquier clase de publicidad la pertenencia de la misma al grupo. En este caso existen otros fundamentos añadidos como la doctrina de los propios actos y la prohibición del engaño. Errata aparte (perteneciente por pertenencia) se trata de un caso clásico de levantamiento del velo de la personalidad jurídica por confusión de esferas reconducido aquí a supuesto de hecho que genera la aplicación de la presunción de control.

2.2. Dirección única y grupos por coordinación

En el caso de los denominados grupos por coordinación el artículo 291 – 4 establece su rasgo definitorio en que “dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo un poder de dirección unitario y común.”

Por “sociedades independientes” debemos entender que no se encuentran sometidas a control, ya que entender que se trata de sociedades jurídicamente independientes, en este contexto, sería un sinsentido dado que toda sociedad lo es. Por actuación coordinada parece que hay que entender aquella libremente consensuada entre las entidades participantes. Hasta aquí todo correcto, pero inmediatamente el precepto exige que estas sociedades independientes capaces de coordinar su actuación por si mismas se sometan a un “poder”, no sé si como consecuencia de algún subconsciente autoritario que impida visualizar varias sociedades que se coordinan voluntariamente entre sí, poder en el que se funda una dirección de carácter unitario – concepción derivada de la tradición germánica - y común – concepción societaria del grupo-.

Pues bien no creo en modo alguno que el grupo sea una proto sociedad – lo cual es ya una vieja discusión - sino una estructura diferenciada fundada en relaciones de control y que lo que se llama grupo por coordinación sea otra cosa que una estructura relacional de carácter coordinado.

En cuanto a la dirección unitaria, concepto oscuro de difícil determinación, de geometría variable, cuya extensión depende del grado de centralización del grupo, lo

que reduce aún más su utilidad práctica, debo decir que no es preciso en modo alguno que surja de ningún tipo de poder que imponga las decisiones a los miembros del grupo, descripción que mal se acompaña con un posible grupo por coordinación.

La dirección unitaria puede y debería tener como base el consenso y la coordinación voluntaria de los miembros del supuesto grupo para que pudiéramos llamarlo verdaderamente grupo por coordinación.

El gran problema que tiene el concepto de “dirección unitaria” es el de su oscuridad y las consecuentes complejidades de prueba que produce que reducen las posibilidades de aplicación de la noción de grupo e incrementan necesariamente el riesgo de litigiosidad. De hecho el ámbito mínimo tradicionalmente exigido al poder de dirección para considerarlo dirección unitaria en la doctrina alemana, que comprende la financiación de la empresa y sus decisiones de explotación de su actividad en el mercado⁸, parece excesivo si nos referimos a los denominados grupos por coordinación que consensuan a través de órganos paritarios aspectos mucho más limitados de su actividad. Además en muchas ocasiones los denominados “grupos por coordinación” coordinan cualquier cosa menos los aspectos financieros.

La vinculación de consecuencias jurídicas a conceptos en el ámbito de la regulación de los grupos resulta progresivamente oscura y compleja desde el control, pasando por la dirección unitaria hasta la unidad económica. Tan solo el segundo de estos conceptos es utilizado en el marco de los grupos por coordinación.

En todo caso la dirección unitaria fundada en relaciones de coordinación no transforma en modo alguno la naturaleza de los denominados grupos por coordinación como instrumentos de coordinación entre entidades.

2.3. Deberes de información e inscripción

El Anteproyecto incorpora en los artículos 291 - 6 y 291- 7 sendos deberes de información e inscripción. El primero parece de utilidad para las sociedades no cotizadas. La entrada o salida de un grupo puede conllevar cambios de política y de sinergias extremadamente relevantes para los socios de la sociedad que por medio de sus propios administradores, informados anteriormente por los administradores de la dominante, serán informados de ello en la primera junta que se celebre.

Especial interés tiene la fijación de un contenido legal del informe en caso de integración de la sociedad en un grupo que comprenderá necesariamente los sectores de actividad de la sociedad que se integra y de las sociedades pertenecientes al grupo en que se integra y las relaciones de negocio existentes entre ellas, así como las fórmulas establecidas para resolver los conflictos de intereses que puedan presentarse.

El segundo establece un régimen de inscripción poco claro y engorroso de la integración o separación de un grupo que por otra parte puede favorecer indirectamente el cumplimiento del deber de información por parte de los administradores de la

⁸ ESTEBAN DE VELASCO, G. “Grupos de sociedades...”, pág. 225, limita su contenido mínimo a las decisiones financieras.

dominante y permitir la información de terceros otorgando transparencia a estas operaciones.

De acuerdo con el precepto la integración y la separación se inscribirán en la hoja abierta a cada una de las sociedades del grupo en el correspondiente Registro Mercantil y se publicarán en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y, si existieran, en las páginas web de la sociedad dominante y de cada una de las sociedades dominadas.

Dos son pues los métodos de publicidad elegidos, el registral y en su caso el de las web de las sociedades pertenecientes al grupo o que se integra o separa. Parece excesivamente engorroso que el deber afecte a todas las sociedades del grupo, solución que sin duda es la más segura desde la perspectiva de la tutela del derecho de información de los socios externos pero quizá demasiado cara y pesada para llegar a ser cumplida pese a la amenaza de sanciones contenida en el artículo 291 – 8 cuya inclusión hace pensar que el autor de la normativa previó la posibilidad de incumplimiento generalizado.

Parece existir una cierta disarmonía entre el número 1 y 3 del artículo 291 – 7 , en cuanto el primero prevé, en mi opinión con exceso, que la integración o separación se inscribirán en la hoja abierta a cada una de las sociedades del grupo en el correspondiente Registro Mercantil, en tanto que el segundo, a mi entender de modo más adecuado, limita el deber de comunicación del registrador del Registro en que se encuentre inscrita la sociedad que se integra o se separa al Registro en el que se halle inscrita la sociedad dominante con exclusión de las restantes sociedades pertenecientes al grupo. La inscripción en los Registros mercantiles en los que éstas se encuentren registradas dependerá, por tanto, del cumplimiento por los administradores de la dominante y de las restantes sociedades pertenecientes al grupo del deber establecido por el artículo 291 – 7.

La inscripción no tiene carácter constitutivo por lo que el régimen de grupos sería de aplicación tanto a los grupos inscritos como no inscritos⁹.

Especial relevancia tiene la responsabilidad solidaria de los administradores respecto de los perjuicios causados a los socios o a los terceros por el incumplimiento de tales deberes, que como indica ESTEBAN DE VELASCO tiene carácter indemnizatorio que exige la prueba de la relación causal eficiente y suficiente entre el incumplimiento del deber de inscribir y el perjuicio sufrido por aquéllos¹⁰ y las sanciones de diez mil a cien mil euros a los administradores sobre los que recaiga el deber. Esta amenaza con todos los males del infierno parece confirmar la efectiva desconfianza del autor de la norma respecto de su cumplimiento. Una norma jurídico privada que precisa de tales medidas para lograr su cumplimiento quizá no sea plenamente racional.

⁹ Cfr. ESTEBAN DE VELASCO, G. “Grupos de sociedades...”, pág. 224.

¹⁰ ESTEBAN DE VELASCO, G. “Grupos de sociedades...”, pág. 224. Como indica el citado autor tal prueba parece compleja.

2.4. Interés de grupo y compensación de perjuicios causados a la sociedad dominada

El anteproyecto consagra el principio de que el control legítima en interés del grupo la impartición de instrucciones por parte de los administradores de la sociedad dominante a los de la sociedad o sociedades dependientes, aunque su ejecución pueda causar a éstas un perjuicio.

De acuerdo con el artículo 291 – 9.1:

Los administradores de la sociedad dominante tendrán la facultad de impartir instrucciones en interés del grupo a los administradores de la sociedad dependiente, aunque la ejecución de esas instrucciones pueda ocasionar un perjuicio a esta sociedad.

Las instrucciones impartidas deberán referirse necesariamente a decisiones que puedan ser adoptadas por los órganos de la sociedad dominante de acuerdo con las facultades que la ley y los estatutos les reconocen que podrán tener carácter ordinario o extraordinario, atendiendo a la necesidad de que respeten los estatutos de la sociedad¹¹.

El reconocimiento y legitimación del interés del grupo plantea en primer lugar el de su definición. La cuestión de cómo debe ser concebido el interés del grupo ha ocupado especialmente a la doctrina germánica. El tema no es nada sencillo y seguro que dará lugar, caso de que el Anteproyecto devenga Código a muy interesantes trabajos. Tan solo decir que el interés de grupo no puede identificarse con el interés de la holding y tampoco con el interés de las filiales. Que a nuestro juicio debe superarse la tradicional concepción que contrapone el interés de la dominante y el interés de las filiales, o aquella que configura el conflicto entre el interés individual de las sociedades que pertenecen al grupo y un interés de grupo extraño a las mismas de carácter quasi metafísico imposible de identificar, en cuanto la verdadera dialéctica se entabla desde la perspectiva del interés de grupo entre el interés del grupo de control y el interés de los socios externos y acreedores de las filiales – incluidos sus trabajadores- tanto en el marco global del grupo como en el particular de la holding o de cada concreta filial. Que las conductas amparadas en el interés social deben tener un potencial reflejo en las cuentas consolidadas. Y que el interés del grupo debe estar sometido a límites en tutela de las filiales, los socios externos y acreedores de las filiales.

Las instrucciones no solo deberán ser conformes con la Ley y los Estatutos de la sociedad dominada sino que no podrán *poner en riesgo la solvencia* de ésta (art. 291 – 9.2). El riesgo de insolvencia es el único límite cuantitativo a la legitimidad del perjuicio causado, lo que a mi juicio no resulta una buena opción. Creo que la protección de la dominada debería adelantarse a la puesta en riesgo de la solvencia de la filial. Por ley debe entenderse cualquier norma de rango legal y no exclusivamente las leyes mercantiles. La cuestión de cuando una instrucción perjudicial puede poner en riesgo de insolvencia a la dominada es difícil de resolver y obliga a hacer una valoración empresarial de la decisión atendiendo a los riesgos que suelen ser asumidos

¹¹ Por su parte EMBID IRUJO, J.M. “Los grupos de sociedades...”, págs. 62 y 63 considera que deberán referirse “al giro o tráfico del grupo”.

en el tráfico. En mi opinión parece que para encontrarnos en este supuesto será necesario que las consecuencias de la instrucción conlleven necesariamente el riesgo de insolvencia. No será suficiente que sea una de las posibles alternativas. La conexión entre la instrucción y el riesgo de insolvencia deberá ser clara. No será preciso, sin embargo, probar la existencia de dolo o culpa al estar despojado el precepto de cualquier elemento subjetivo. Bastará con que el cumplimiento de la instrucción pueda considerarse determinará la insolvencia de la dominada para que la instrucción deje de estar legitimada.

No queda claro en el precepto si los administradores de la dominada estarán obligados a cumplir las instrucciones de los de la dominante cuando no sean contrarias a la ley, los estatutos de la dominante ni pongan en riesgo la solvencia de ésta, aunque lo normal es que así lo hagan dado de que sus puestos dependen completamente de aquélla¹². En todo caso el actuar cumpliendo instrucciones no les libera de responsabilidad de acuerdo con el artículo 291.-12.2.

El perjuicio que deberá valorarse, de acuerdo con lo indicado por el artículo 291-10 y la Exposición de Motivos, teniendo en cuenta el conjunto de ventajas y desventajas de la pertenencia al grupo. Frase bastante lacónica que remite a la discutible doctrina de las ventajas compensatorias, de carácter fundamentalmente teórico, cuyos obstáculos aplicativos han sido puestos de manifiesto; sin especificar si debemos seguir criterios cuantitativos o cualitativos de determinación; cuya aplicación requerirá un potente esfuerzo en cada caso, cuya posibilidad y economicidad plantea serias dudas, con el fin de delimitar cuales de estas ventajas o desventajas serán relevantes.

El Anteproyecto establece un sistema de compensación del perjuicio, de modo que la falta de compensación constituye el presupuesto de la responsabilidad por el daño causado que puede exigirse solidariamente a la sociedad dominante, a sus administradores y, en su caso, a los administradores de la propia sociedad dependiente.

De este modo cuando se haya producido un perjuicio a la sociedad dominada como consecuencia de que sus administradores hayan ejecutado una instrucción impartida por los administradores de la dominante, el mismo deberá ser reflejado en el informe de gestión de aquélla, en el que deberán expresarse la causa y la cuantía real o estimada del perjuicio ocasionado a la sociedad así como las condiciones de la compensación.

Compensación que deberá realizar la dominante en el plazo de un año¹³. La cuestión del *dies a quo* de este plazo no queda clara. El artículo 291-11.1 prevé dos casos distintos según el perjuicio fuera objetivamente previsible o no. En el primer caso indica que el *dies a quo* será el de “la fecha de la instrucción”, pero para el segundo nada establece.

La referencia a “la fecha de la instrucción” plantea la cuestión de la determinación del *dies a quo* cuando la fecha en la que se impartió la instrucción y la

¹² Presume el carácter vinculante de las instrucciones EMBID IRUJO, J.M. “Los grupos de sociedades...”, pág. 62. También ESTEBAN DE VELASCO, G. “Grupos de sociedades...”, pág. 225.

¹³ Como indica ESTEBAN DE VELASCO, G. “Grupos de sociedades...”, pág. 228 “El plazo puede implicar una cierta rigidez en el sistema, pero su ausencia privaría de eficacia a la técnica de protección de la compensación adecuada.”

fecha en la que se recibió no sea la misma. Atendiendo a la finalidad del precepto que parece pretender adelantar al máximo el *dies a quo* en el supuesto de que sea objetivamente previsible el perjuicio, podría optarse por la fecha en que se impartió la instrucción.

Cuando, en cambio, el perjuicio no fuera objetivamente previsible, nada indica el Anteproyecto lo que genera la duda respecto a si el *dies a quo* deberá ser aquél en el que los administradores de la dominada ejecutaron la instrucción recibida, aquél en el que los administradores de la dominada constaten el riesgo de que se produzca el perjuicio como consecuencia de la ejecución de las instrucciones de los administradores de la dominante, o por último diferir el *dies a quo* al momento en que se constate la existencia del perjuicio por los administradores de la dominada. Dada la finalidad del precepto parece más adecuada la primera opción.

Transcurrido el plazo sin que la dominada perjudicada haya sido compensada y de acuerdo con el artículo 291 – 12.1 surgirá la responsabilidad solidaria de la sociedad dominante y de sus administradores por el perjuicio causado y no compensado, total o parcialmente. Los administradores de la sociedad dominada responderán también solidariamente salvo que prueben que han concurrido tres circunstancias que conllevan su liberación.

Para que proceda la liberación de responsabilidad de los administradores de la dominada será preciso que se cumplan tres condiciones previstas en el citado apartado:

- a) Que los administradores hayan cumplido con el deber de información. Previsto en el artículo 291 – 6.
- b) Que existan elementos objetivos para considerar que la compensación era adecuada y posible. Valoración que debe estar referida al momento en que se ejecuta la instrucción y debe fundarse en el cumplimiento por parte del administrador de la dominada de sus deberes de diligencia y lealtad hacia la sociedad que administra, y
- c) Que la ejecución de las instrucciones no haya puesto en riesgo la solvencia de la sociedad. Lo que requiere un análisis de la misma desde la perspectiva económica y empresarial.

En cuanto a la legitimación activa, la acción de responsabilidad contra la dominante, contra sus administradores o contra uno, varios o todos los administradores de la dependiente, en su caso, puede ser ejercitada por cualquier administrador o socio de la sociedad dominada en defensa del interés social o por cualquier acreedor en caso de insuficiencia del patrimonio de la sociedad. El anteproyecto no determina quien corresponderá el ejercicio de la acción en un contexto concursal, dejando la cuestión a la regulación general del ejercicio de las acciones atribuidas a los acreedores en la Ley Concursal¹⁴.

El Anteproyecto no legitima a la sociedad dominada dado que en general la mayoría o la totalidad del órgano de administración de la misma habrá sido designado con los votos de la dominante o del grupo de control, quienes a su vez controlarán la

¹⁴ ESTEBAN DE VELASCO, G. “Grupos de sociedades...”, pág. 232 considera que el legitimado será la Administración concursal.

Junta general. Sin embargo cabría la posibilidad en casos de control de hecho de carácter minoritario o en supuestos de control externo de que la Junta votara la exigencia de responsabilidad por lo que hay que considerar que la sociedad directamente perjudicada está legitimada de acuerdo con las reglas generales de la legitimación procesal¹⁵.

Pese a que la referencia a la defensa del interés social se realice tan solo respecto de las acciones ejercitadas por el administrador o el socio de la dominada hay que entender que también los acreedores, en su caso, actuarán en interés de la sociedad y que por tanto la compensación se integrará en el patrimonio de la sociedad y no directamente en el de los acreedores impagados¹⁶. Queda la cuestión de quien deberá sufragar en estos supuestos las acciones de responsabilidad, cuestión a la que a mi juicio hay que responder trayendo aquí las soluciones previstas en materia de ejercicio subsidiario de la acción social de responsabilidad, supuesto que presenta identidad de razón con el presente.

El Anteproyecto no prevé, en cambio, ningún tipo de acción directa de los acreedores de la dominada equivalente a la acción individual que permita a estos acceder a una compensación por los perjuicios causados directamente a los mismos como consecuencia de la ejecución por parte de los administradores de la dominada de las instrucciones recibidas de los administradores de la dominante.

En estos supuestos los acreedores lesionados, más allá de la responsabilidad por apariencia de la que nos ocuparemos más adelante, solo podrán ejercer la acción individual de responsabilidad frente a los administradores de la dominada¹⁷, lo que, salvo en los casos en que la administradora de la dominada sea la propia dominante, puede resultar una solución insatisfactoria.

2.5. Tutela de los acreedores sociales

La responsabilidad directa de la sociedad dominante, frente a los acreedores de la sociedad dependiente se regula por el artículo 291 – 13. A diferencia de cuanto ocurría en el supuesto analizado en el epígrafe anterior aquí se trata de una responsabilidad por deudas sociales y no por los perjuicios sufridos por la dominada como consecuencia de la ejecución de las instrucciones de la dominante.

El fundamento de la responsabilidad estriba en la protección de la apariencia. De acuerdo con el número 1 del citado precepto la dominante responderá *cuando se hubiera generado en el acreedor, por las circunstancias concurrentes, la apariencia de que la dominante asumía tal responsabilidad*.

No responden aquí solidariamente los administradores de la dominante o de la dominada. La apariencia podrá haber sido creada por cualquier vía. No será preciso ningún elemento subjetivo – dolo o culpa – en la conducta de la dominante. Bastará con

¹⁵ Cfr. ESTEBAN DE VELASCO,G. “Grupos de sociedades...”, pág. 232.

¹⁶ Cfr. ESTEBAN DE VELASCO,G. “Grupos de sociedades...”, pág. 231 quien señala que con ello el Anteproyecto se separa de las soluciones vigentes en el Codice civile italiano (art. 2497.1) en el que la responsabilidad por los daños causados a la sociedad dominada por ejercicio del control pueden ser reclamados directamente por los socios y acreedores lesionados indirectamente.

¹⁷ Cfr. ESTEBAN DE VELASCO,G. “Grupos de sociedades...”, pág. 231.31.

que sus manifestaciones y aun sus omisiones atendiendo a las circunstancias del caso concreto sean aptas para inducir al error a un empresario razonablemente perspicaz. La responsabilidad tendrá carácter subsidiario respecto la de la dominada, gozando la dominante del beneficio de excusión.

En caso de que la dominante no tuviera domicilio en España, el artículo 291-13.2 prevé una solución bastante atípica en nuestro derecho en tutela del derecho al cobro de los acreedores en modo tal que responderán, también con carácter subsidiario respecto de la dominada, de las deudas de ésta. Aunque nada dice el precepto hay que entender que esta responsabilidad se añade a la dominante y no la sustituye. De otra parte parece que la responsabilidad será solidaria entre las diferentes sociedades pertenecientes al grupo domiciliadas en España, con independencia de la articulación del derecho de repetición entre ellas cuestión que no se aborda en la regulación proyectada.

2.6. Garantías intragrupo

El Anteproyecto en su artículo 291 – 14 da su solución a la siempre debatida cuestión de las garantías intragrupo.

De acuerdo con ella se permitirían las garantías descendentes, esto es, las que presta la dominante a las dominadas. Estas podrán tener carácter personal – fianza – o real – hipotecas o prendas sobre los bienes de la dominante-. La dominante podrá garantizar el cumplimiento de obligaciones de las dominadas tanto directa como indirectamente.

En cambio quedan prohibidas las garantías, personales o reales, de carácter ascendente, prestadas por las dominadas a la dominante, y las horizontales, prestadas por las dominadas a otras sociedades del grupo distintas de la dominante, con las únicas excepciones de que la garantía haya sido prestada en condiciones de mercado por una entidad de crédito integrada en el grupo o de que todas las sociedades del grupo hubieran garantizado solidariamente y en el mismo acto las deudas contraídas por alguna de ellas.

Ésta, a nuestro juicio, demasiado estricta y no suficientemente meditada normativa puede eliminar, sin que se pueda intuir el motivo, prácticas plenamente fisiológicas de organizar financieramente los grupos y aprovechar sus sinergias desde la perspectiva financieras, y al mismo tiempo ignora prácticas extendidas en algunos grupos como la posibilidad de establecer una sociedad caja fuerte distinta de la dominante que posteriormente prestará garantías a las restantes sociedades del grupo.

De las dos excepciones previstas centraremos nuestra atención en la segunda dado el claro fundamento de la primera.

La segunda excepción parece pensada en un contexto pre concursal y en particular de acuerdo de refinanciación. A nuestro juicio puede resultar una exigencia exagerada, en particular respecto a los grupos multinacionales y en supuestos de garantía horizontal exigir la garantía de todas las sociedades pertenecientes al grupo. A

lo sumo habría que interpretar en este caso de todas las que consolidan balance en España¹⁸.

2.7. Socios externos

Bajo el título “De los socios externos” la sección 5ª establece dos medidas antagónicas. La primera, en interés de éstos, configura el derecho de separación como instrumento de tutela. La segunda, en interés de la dominante, permite a ésta adquirir sin el consentimiento de los socios externos sus acciones o participaciones, en determinadas condiciones.

Por socios externos se entiende, de acuerdo con el artículo 291 – 15 los socios de la dominada que no tengan participación directa o indirecta en el capital de la sociedad dominante. No quedan incluidos, por tanto, los socios de la dominante ajenos al grupo de control, cuya tutela se confía a las reglas generales del Derecho de sociedades, en particular a las de la responsabilidad de los administradores por conductas contrarias al deber de lealtad.

2.7.1. Derecho de separación

El derecho de separación se configura como instrumento de tutela para las sociedades cerradas, en particular para cualquier sociedad que no tenga su capital dividido en acciones admitidas a cotización en un mercado secundario oficial.

El derecho se confiere al socio externo en dos casos: por integración de la sociedad en un grupo (art. 291 – 16) y por perjuicio a la sociedad dominada sin compensación adecuada (art. 291 – 17).

En el primer caso el plazo para el ejercicio del derecho de separación será de tres meses a contar desde la primera de estas dos fechas: la de la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de la integración de la sociedad en el grupo o aquélla en la que el socio hubiera tenido conocimiento de la integración (art. 291 – 16.2).

En el segundo, esto es en caso de perjuicios no compensados adecuadamente, el plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un año a contar desde que el socio hubiera conocido o debido conocer la existencia de perjuicio sin compensación adecuada. La determinación del *dies a quo* presenta aquí algún problema dado que el momento en que se conoce que se ha producido el perjuicio y aquél en el que se conoce la falta de compensación puede no ser el mismo.

De acuerdo con la finalidad de la norma parece que solo en el momento en el que se conozca que el perjuicio no será compensado, esto es normalmente transcurrido un año desde que se produjo sin que se compense, o con carácter previo si la dominante manifiesta su voluntad de no compensar, cabrá considerar iniciado el plazo. Obviamente

¹⁸ Comparte también la crítica al sistema previsto ESTEBAN DE VELASCO, G. “Grupos de sociedades...”, pág. 234 para quien tomando en consideración los posibles abusos que puedan cometerse en el ámbito de las garantías intragrupo señala con buen criterio que “...no parece que la vía a utilizar para combatir esos abusos sea poner obstáculos a las opciones de financiación del grupo”.

el conocimiento por parte del socio externo de la falta de compensación puede producirse en un momento posterior al del fin del plazo de un año para compensar, y así sucederá generalmente, y en tal caso será aquélla fecha y no ésta la relevante.

Tanto el artículo 291 – 16.3 como el 291 – 17.3 establecen que el socio que se separe tendrá derecho a obtener el valor razonable de las acciones o participaciones de que fuere titular en la sociedad dependiente a la fecha en que se hubiera producido la integración, deducidas las cantidades que a partir de ese momento hubiera percibido en concepto de dividendos o de devolución de aportaciones. La única diferencia entre ambos es que en el caso de que el derecho de separación surja por haber sufrido la dominada perjuicios no compensados deberán deducirse también las cantidades que en concepto de compensación parcial hubiera podido percibir la sociedad dominada (art. 291 – 17.3).

El Anteproyecto acude, con buen criterio, al valor razonable y no al valor real, a la hora de fijar la cuantía a la que tiene derecho el socio que se separa. También resulta adecuada la deducción de las cantidades obtenidas en concepto de dividendos o de devolución de aportaciones, así como la de las cantidades percibidas como compensación parcial.

Algunas palabras merece, sin embargo, la fijación de la participación del socio externo en aquella que tuviera en el momento en que se hubiera producido la integración y no en aquella que tenga en el momento de ejercer su derecho de separación. Entre uno y otro momento, aun en una sociedad cerrada, pueden haberse producido eventos que conlleven un incremento o reducción de la participación, que de acuerdo con lo dispuesto en el precepto no debe ser tenido en cuenta.

Esta solución podría ser razonable respecto a las adquisiciones posteriores dado que el socio ya conocía la integración de la sociedad en el grupo, pero no parece razonable, en cambio, en caso de reducción de la participación.

Pongamos un ejemplo: Juan, accionista externo, poseedor de un 5% de la sociedad dominada, al conocer la integración en el grupo de la sociedad, temeroso de las consecuencias que esto tendrá para ésta, consigue vender la mitad de su participación a su cuñado Evaristo que piensa que la integración en el grupo supondrá una mejora de las posibilidades de negocio para la sociedad. No se ve la razón por la que Juan deba ser compensado por el 5% que poseía en el momento de la integración.

Parece, por tanto, que la regla debe ser de aplicación en el primer caso, mientras que en el segundo habrá que entender que no. La cuestión se solventaría fácilmente si el texto definitivo, si el anteproyecto llega a convertirse en ley, añadiese después de *integración* “que se encuentren en poder del socio externo en el momento de ejercer el derecho de separación”.

Por último, a este respecto, el artículo 291 – 18 establece que la sociedad dominante responderá solidariamente con la dependiente del reembolso al socio de su participación en los dos casos antedichos. Esta previsión se limita a estos supuestos sin que esta responsabilidad pueda ser exigida en otros casos en que la ley reconozca el derecho de separación al socio.

2.7.2. Venta forzosa

El artículo 291 – 19 regula la posibilidad de adquirir a los socios externos su participación sin contar con su consentimiento cuando la dominante posea un porcentaje muy elevado de capital – al menos el 90% - de la sociedad dominada o de los derechos de voto – al menos las tres cuartas partes – correspondientes a las acciones o participaciones creadas por la sociedad dominada.

Se trata de un caso de venta forzosa similar al establecido en los artículos 47 y 48 del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, que presenta las mismas dudas constitucionales que estos en cuanto que exista motivo suficiente para esta expropiación privada que lesiona el derecho de propiedad del titular de las acciones o participaciones. No se trata, por tanto, de un supuesto de exclusión, ya que la dominante adquiere las acciones o participaciones del socio externo de la dominada por precio.

La posibilidad de imponer la venta a los socios externos está sometida a ciertos límites. En primer lugar la dominante debe adquirir necesariamente todas las acciones o participaciones emitidas por la sociedad dominada. El pago deberá realizarse exclusivamente en dinero bien sea al contado o mediante consignación de la cantidad. El precio será equivalente a la cantidad de dinero que percibiría el socio caso de separarse más una indemnización equivalente al 10 por 100 de la cantidad principal, que a diferencia de ésta podrá ser entregada en acciones o participaciones de la sociedad dominante.

La adquisición podrá ser realizada por la dominante directamente o a través de sociedades dependientes.

2.8. Consolidación de cuentas

La parte más extensa de la regulación contenida en el anteproyecto relativa a los grupos viene dedicada a las cuentas consolidadas y el informe de gestión del grupo, cuestión ésta en que desgraciadamente, dado el espacio asignado a las contribuciones a este homenaje, no es posible ni siquiera exponer. Señalar, tan solo, que se reubica el régimen de consolidación, regulado en los artículos 42 a 49 del vigente Código de comercio, en los artículos 291 -22 a 291 – 37 del Anteproyecto.

El texto del anteproyecto incorpora mejoras técnicas y de contenido y expone más claramente y de modo más amigable el régimen de las cuentas consolidadas.

A diferencia del texto del Código de comercio el Anteproyecto configura el deber de formular las cuentas consolidadas como un deber de los administradores y no simplemente como un deber de la sociedad.

De especial interés resulta la explicitación de los métodos de integración global y de integración proporcional (arts. 291 – 27 y 291 – 28).

2.9. Reglas de Derecho Internacional Privado

Bajo la ambigua rúbrica de ámbito de aplicación regula el artículo 291 -5 el punto de conexión que determina la aplicabilidad de la ley española a los grupos de sociedades. De acuerdo con el precepto los efectos de la pertenencia de una sociedad española a un grupo de sociedades, sea como sociedad dominante o como sociedad dominada, se regirán por la ley española.

Tras esta declaración el precepto enumera tres supuestos concretos de aplicabilidad de la ley española, distinguiendo un supuesto en el que se declara la aplicabilidad de la normativa sobre modificaciones estructurales españolas a cualquier segregación a favor de una o varias filiales extranjeras de activos industriales o comerciales esenciales de la explotación de una sociedad española. De otros dos supuestos referidos, el primero, a la sociedad dominante especificando que en tal caso serán de aplicación las normas españolas relativas a los deberes de información y consolidación, y el segundo a la sociedad dominada estableciendo que cuando la sociedad dominada sea española serán de aplicación las normas españolas relativas a la protección de los socios externos y de los terceros.

No queda claro el supuesto del primero de ellos. De las diferentes interpretaciones posibles parece la más adecuada a la finalidad de la norma que no es otra que la de obstaculizar la pérdida de activos de sociedades españolas que se transfieran a otras sociedades de grupos multinacionales con cabecera extranjera que pretendan, en un contexto de crisis, preservar los puestos de trabajo en otros estados, la que extiende la aplicabilidad de las normas españolas a cualquier segregación que conlleve la atribución de los activos industriales o comerciales esenciales de la explotación a cualquier filial del grupo con independencia de que la sociedad que sufre la segregación sea la dominante u otra filial.

Limitar la aplicabilidad de las normas españolas a los supuestos en los que la segregación afecta a la holding carecería, a mi juicio, de sentido, dado que el peligro se produce de modo idéntico en todo caso.

En todo caso hay que tener en cuenta que si la disposición española representa un tratamiento diferenciado respecto a otras reglas de DIP podríamos tener algún problema en los casos en que nos encontremos con grupos multinacionales de matriz extranjera cuya cabecera se encuentre en la Unión Europea desde la perspectiva de la prohibición de discriminación y de la protección de la libertad de circulación de capitales.

3. INSTRUMENTOS DE COORDINACIÓN

3.1. Consideraciones generales

El Anteproyecto regula en el título que dedica a las “Uniones de empresas” tres instrumentos de coordinación empresarial: los denominados grupos por coordinación a los que nos hemos referido, las agrupaciones de interés económico y las uniones

temporales de empresas. Las tres se configuran como instrumentos plurilaterales de organización jurídica de redes empresariales.

Los instrumentos de coordinación se diferencian claramente de los de subordinación tanto en su nacimiento y organización como en su funcionalidad.

Su creación obedece al libre acuerdo de las partes y no a la voluntad unilateral de una de ellas – constitución de una filial o toma de control -.

Su organización obedece a un esquema paritario en el que todos los miembros están representados a todos los niveles incluido el ejecutivo y adoptan las decisiones por consenso, en tanto que los miembros de un grupo por subordinación siguen las instrucciones impartidas por los administradores de la dominante y decididas exclusivamente por ésta sin participar en la adopción de la decisión acatando de modo jerárquico ésta.

Crean estructuras conjuntas ligeras fácilmente financiables y en muchas ocasiones carecen de patrimonio común.

Funcionalmente buscan que sus miembros obtengan individualmente los beneficios derivados de su actividad en condiciones paritarias y no generan vinculaciones financieras o de actividad entre sus miembros, a diferencia de lo que sucede con los grupos por subordinación, más allá de lo que conlleva la ligera estructura común de coordinación al soler tener las estructuras de coordinación carácter horizontal, esto es estar compuestos, total o principalmente, por empresas que realizan la misma actividad.

Los instrumentos de control y los de coordinación empresarial son por tanto como agua y aceite y el hecho de que ambos sean líquidos no parece habilitar a un tratamiento conjunto con soluciones equiparables como demuestra la dificultad constante del legislador de ir más allá de proclamar con carácter genérico la aplicabilidad de las normas de los grupos por subordinación a los grupos por coordinación, no achacable a la pereza jurídica sino a la absoluta inadecuación de tal solución regulatoria para realidades tan distintas.

3.2. Agrupaciones de Interés Económico

El Anteproyecto regula brevemente las Agrupaciones de Interés Económico y las Agrupaciones Europeas de Interés Económico sin grandes cambios que resaltar respecto al Código vigente. Mantiene la esquizofrenia legislativa en la regulación del tipo al que califica como “asociación” en el artículo 292.1.1. para establecer luego como régimen supletorio de las mismas el de la sociedad colectiva 292.6.

Se pierde con ello la posibilidad de eliminar la mención al régimen supletorio de la sociedad colectiva del todo impropio para una estructura de coordinación empresarial destinada al ejercicio de una actividad auxiliar respecto de la de sus asociados, que decide generalmente por consenso.

Más cuando el artículo 292-5 establece de forma separada la responsabilidad solidaria de sus miembros frente a terceros.

3.3. Uniones Temporales de Empresas

Mayores cambios conceptuales y regulatorios sufren las Uniones Temporales de Empresas que son consideradas sociedades mercantiles por el artículo 293 -1.1 aplicando subsidiariamente el régimen de la sociedad colectiva (arts. 293 -3).

Las Uniones Temporales de Empresas no son sociedades colectivas. Si los participantes en las UTEs, que suelen ser empresas de gran calado como ACS, FCC y otras del IBEX 35, que no carecen, sin duda, de asesoría jurídica adecuada, quisieran constituir una sociedad colectiva, lo harían.

La obsesión por reducir la realidad jurídica a las formas del contrato o la sociedad – que es a su vez contrato e institución – conlleva una pérdida de riqueza y de ampliación del campo de visión que retrasa lo que consideramos inevitable la estructuración jurídica de un *tertium genus* en el ámbito de la organización jurídica de las redes empresariales distinto del ámbito contractual y societario. En su día se pretendió, y aun se pretende de forma muy minoritaria, dar naturaleza societaria a los grupos de empresas eliminando su peculiaridad y poco a poco se crean soluciones diferenciadas para los mismos reconociendo su especificidad. Lo mismo sucederá con las redes empresariales.

Hoy se pretende realizar una labor ortopédica con las UTEs y con los instrumentos de coordinación empresarial que reclaman autonomía jurídica. Este creo no es el camino sino el de investigar dedicando fondos a ello lo que he calificado en otras ocasiones como el reto más fascinante del Derecho patrimonial para el siglo XXI sin prejuicios: un Derecho específico para las redes empresariales.

4. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión hay que señalar que el Anteproyecto ofrece nuevas e interesantes soluciones en materia de grupos por subordinación que hemos analizado a lo largo de este trabajo, pero que yerra al tratar de establecer la regulación de los denominados grupos por coordinación sobre la forma de los grupos por subordinación para cuya regulación está pensado el régimen previsto, al generar al impresión de tratamiento unitario de los instrumentos jurídicos de control y de coordinación – y decimos impresión ante la lógica ausencia de cualquier régimen común -, al pretender convertir las UTEs en sociedades colectivas y al mantener la esquizofrenia conceptual asociación sociedad y el régimen supletorio de las sociedades colectivas para las Agrupaciones de Interés Económico.

IV
DERECHO DE SOCIEDADES

LOS DERECHOS DE LA MINORÍA CUALIFICADA EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL BAJO EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CODIGO MERCANTIL

MANUEL ALBA FERNÁNDEZ*

Resumen

Los derechos de la minoría cualificada se han convertido progresivamente en uno de los rasgos característicos del régimen de las sociedades de capital. En su diseño y evolución se perciben claramente las diferentes preocupaciones del legislador y las diversas líneas de política jurídica a las que tales derechos pueden llegar a servir. El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil dispone un catálogo de derechos de minoría relativamente amplio que muestra una clara línea de continuidad con las normas vigentes (objeto de reciente reforma con alcance significativo), pero que por otro lado introduce novedades puntuales que merecen ser destacadas.

Contenido

1. Introducción: las minorías en el Derecho de las sociedades de capital. – 1.1. La conceptualización de la minoría en los derechos de minoría cualificada. – 1.2. Interés social e interés de la minoría como objeto de protección. – 2. Los derechos de la minoría cualificada en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil – 2.1. Los derechos de minoría para la participación en la junta general. – 2.2. El derecho de representación proporcional en la sociedad anónima. – 3.3. Los derechos de minoría para la defensa del interés o el patrimonio social. – 3.4. Otros derechos de minoría. – 3. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN: LAS MINORÍAS EN EL DERECHO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Una de las líneas evolutivas básicas que creemos definen el desarrollo del régimen aplicable a las sociedades de capital, en sus diferentes tipos, puede ser resumido en la protección de la minoría (o las minorías) como matiz (en unas ocasiones) o límite (en otras) a la vigencia del principio mayoritario que de manera imperativa define el funcionamiento del a Junta General¹, con la finalidad de preservar (en resumidas

* Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid.

¹ Vid. GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid, 1952, pp. 188-189; JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría en la Sociedad Anónima*, Aranzadi (Monografía RdS núm. 3), Elcano, 1995, pp. 187-188; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *InDret*, núm. 308, 2005, p. 4. El principio mayoritario como principio estructural de carácter imperativo ha quedado sucesivamente reflejado en nuestras normas (en la actualidad Arts. 198 a 201 de la Ley de Sociedades de

cuentas) el equilibrio en las relaciones que encuentran cauce en los mecanismos (contractuales e institucionales) societarios. Esta afirmación está desde luego motivada por el tema que abordaremos en este breve escrito y el prisma que de partida nos lleva a adoptar, pero la protección de las minorías en este sentido genérico e inicial queda reflejada en múltiples y variadas normas que en síntesis definen la posición del socio en la sociedad. Entre ellas y naturalmente en primer lugar deben incluirse las que integran el catálogo de los derechos individuales (tanto económicos como administrativos) del socio, también pieza básica en el régimen de las sociedades (no sólo las de capital)². Los derechos del socio proporcionan buena parte de la base para otras normas que contribuyen a definir la esfera de autonomía del socio en la estructura corporativa (y que pueden reconducirse desde el ángulo recién adoptado a la finalidad de dar adecuada protección a las minorías), tales como los límites que el principio mayoritario encuentra en la propia voluntad individual del socio³, el tratamiento dispensado a los derechos de clase o grupo⁴, la “protección pasiva” que la ley dispensa al socio⁵ o, finalmente, el catálogo de derechos de la comúnmente denominada minoría cualificada.

Desde este punto de vista incluso podríamos ampliar este conjunto hasta incluir las normas que tienden a proteger al socio en su faceta como inversor, tanto en la fase previa a la entrada como en atención a su posible salida de la sociedad. La mayor parte de dichas normas pertenecen ya al marco normativo de los mercados de valores y por tanto resultan aplicables únicamente a las sociedades cotizadas, sin olvidar que no se articulan como derechos del socio en sentido estricto. Entre las piezas de este conjunto, sin embargo y nuevamente desde una perspectiva instrumental, podemos encajar los derechos de separación que corresponden al socio, en su condición de tal, en ciertas situaciones⁶.

Capital –Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010, p. 58472, en varias ocasiones enmendado, en adelante también LSC–; en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, publicado por el Ministerio de Justicia el 30 de mayo de 2014, disponible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427025146?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_CÓDIGO_MERCANTIL_TEXTO_WEB%2C2.PDF.PDF, consultada por última vez el 14 de febrero de 2015 –en adelante también ALCM, Arts. 232-31 y 233-46).

² GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, *op. cit.*, pp. 204-205; URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J.M., *La Junta General de accionistas*, en AA.VV., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia (Dir.), Civitas, Madrid, 1992, T. V, pp. 162-163.

³ Arts. 291 y 292 LSC, el segundo únicamente respecto de la sociedad limitada; Arts. 251-6 y 251-7 ALCM, el último respecto de sociedades de personas y de la sociedad limitada.

⁴ Art. 293 LSC, Art. 251-8 ALCM, ambos para la sociedad anónima; *Vid.* comentarios de JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría...*, *op. cit.*, p. 94.

⁵ Siguiendo a JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría...*, *op. cit.*, p. 184, nos referimos aquí a las normas que establecen quórums y mayorías mínimas para la válida adopción de acuerdos en la Junta General, incluidas las reforzadas, en la medida en que, tratando de asegurar la concurrencia de un mínimo de socios, capital o votos, en la adopción de acuerdos y con ello una mínima representatividad de la mayoría favorable a las decisiones tomadas, se dispensa un cierto nivel de protección (además de a socios concurrentes pero disidentes o sencillamente no favorables) a los no asistentes. *Vid.* nuevamente Arts. Arts. 198 a 201 LSC y Arts. 232-31 y 233-46 ALCM.

⁶ El (en tal caso aproximado como) socio inversor dispone de mecanismos de protección añadidos, bajo la disciplina de las sociedades cotizadas y de los mercados de valores, en las medidas dirigidas a

En este trabajo nos vamos a centrar en los derechos de la minoría cualificada para tratar de resumir las novedades que en su regulación introduce el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. Los derechos de minoría cualificada, como se sabe, son derechos del socio cuyo ejercicio se condiciona en la ley al la titularidad (individual o agrupada) de una proporción mínima del capital social⁷, y que por tanto, y sin por ello resultar discriminatorios (entre socios), priman a un socio o un grupo de socios poniendo a su disposición instrumentos adicionales para la defensa de sus intereses en la sociedad, en atención esencialmente a su carácter cuantitativamente representativo⁸.

Los derechos de la minoría cualificada han estado permanentemente presentes en nuestra ley en las últimas décadas, y su evolución ha sido lenta pero constante. Los últimos años han visto precisamente varias novedades en este punto, en reacción a las ocasionales objeciones que a la configuración de algunos de estos derechos se han venido realizando desde la literatura académica y a la pauta marcada por la legislación de la Unión Europea. El ALCM proporciona, como no podía ser de otra manera, normas relativas a este tipo de derechos. Aunque su actitud en este aspecto debe probablemente ser tomada como de clara continuidad, el que podría llegar a ser el nuevo Código Mercantil introduce algunas novedades dignas de ser destacadas.

1.1. La conceptualización de la minoría en los derechos de minoría cualificada

Una de las cuestiones que la interpretación del catálogo de derechos de la minoría cualificada siempre ha planteado, a la luz también de su entorno normativo, es precisamente la manera en la que el Derecho de sociedades conceptúa a estos efectos la minoría en el seno de la sociedad. Esta labor se ve además dificultada por la confluencia de otras normas colindantes a las que basculan estrictamente sobre la identificación de la minoría cualificada, y cuyo objeto es no obstante la protección del socio o socios en minoría en cualquiera de las formas relacionadas unos párrafos más arriba.

preservar la integridad y eficiencia del mercado y, por consiguiente también, a tutelar a socios e inversores [FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *La protección jurídica del accionista inversor*, Aranzadi (Monografía RdS núm. 14), Elcano, 2000, pp. 91, 394-396; SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital*, Aranzadi, Elcano, 2000, p. 49; TRÍAS SAGNIER, M., “El sistema de protección del accionista inversor”, *RdS*, núm. 14, 2000-1, p. 206]. Naturalmente, cuando la salida no sólo no es posible a través de un mercado organizado, sino en general a través de la libre venta de la participación (ya sea a otros socios o a terceros), las posibilidades del socio de desvincularse de la sociedad (y desinvertir) conforme a su propia voluntad quedan reducidas a los casos de separación que la ley, los estatutos o incluso los contratos entre socios puedan reconocer (VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 44-45; FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 204-205). *Vid.* Arts. 346 a a 348 bis LSC, así como el nuevo régimen sobre el derecho de separación dispuesto por el ALCM en sus Arts. 271-1 y ss.

⁷ Cit. por todos JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría...*, *op. cit.*, pp. 40-44, 69, 77, 96.

⁸ *Vid.* comentarios sobre este punto en JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría...*, *op. cit.*, p. 72; MARTÍ LACALLE, R., *El ejercicio de los derechos de minoría en la sociedad anónima*, Aranzadi, Elcano, 2003, p. 41; MATEU DE ROS CERREZO, R., “Principio de igualdad de trato de los accionistas conforme a la Ley 3/2009: accionistas significativos, derechos políticos y representación proporcional”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 5, segundo semestre 2009 (versión electrónica *Wolters Kluwer Portal de Revistas*), pp. 4, 22.

En atención, no sólo al volumen de la participación del socio o socios como rasgo genético de la minoría cualificada, sino igualmente a los presupuestos y el contexto del ejercicio de este tipo de derechos, la minoría (seguimos refiriéndonos a la que se identifica mediante su “cualificación” cuantitativa) se presenta como un concepto relativo por esencialmente vinculado al de mayoría, inicialmente contextualizado en la junta general y plasmado en la adopción de acuerdos (pues es el proceso decisorio que tiene lugar en ella el que descubre al bloque mayoritario y al minoritario o minoritarios)⁹, pero progresivamente despojado de este necesario vínculo con los acuerdos sociales, o incluso con la Junta, a la vista sobre todo de los derechos de minoría cuyo ejercicio tiene lugar fuera de la misma y de la política que el conjunto trasluce. Más allá de la cristalización puntual y más o menos reiterada de un bloque mayoritario y otro minoritario en las diferentes decisiones sometidas a la Junta, aunque sin duda principalmente con la idea del conflicto canalizado con su celebración como telón de fondo, la ley (la nuestra como otras) parece ser consciente en el diseño de estos derechos de la existencia en la estructura del capital de un grupo mayoritario y uno o más grupos minoritarios de forma estable y en (cuanto menos latente) contraposición, sin perjuicio de que su composición o proporciones puedan cambiar en el tiempo¹⁰.

En última instancia, sin embargo y además, los derechos de minoría parecen responder también a un matiz que incluso mitiga la necesaria dependencia de la estructura del capital, pues descubren en ocasiones que un elemento relevante en la contraposición de los bloques presentes en la propiedad de la sociedad es el control que uno o más de ellos (en este caso de manera coordinada) ejerce a través del órgano de administración¹¹. La experiencia (nacional y comparada) muestra en este sentido que el control de la sociedad (de la empresa social) no necesariamente requiere la titularidad de un bloque mayoritario en la propiedad del capital. Los perfiles que una sociedad puede presentar desde este punto de vista obviamente varían en función sobre todo de

⁹ DUQUE, J., *La tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 L.S.A.)*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1957, pp. 66 y ss.; *vid.* igualmente comentarios de JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría ...*, *op. cit.*, p. 40. Lo dicho sucede, por ejemplo, con el derecho a (la legitimación para) impugnar acuerdos de la Junta General (Art. 206, par. 1 LSC), o el derecho a vetar (oponerse a) la transacción o renuncia a la acción de responsabilidad contra los administradores (Art. 238 LSC).

¹⁰ Nuevamente JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría...*, *op. cit.*, p. 42. Un segundo grupo de los derechos de minoría cualificada también se focalizan en, y dependen funcionalmente de, la celebración de la junta general, contemplando con todo un conjunto de facultades tendentes a fomentar la participación desde las fases previas a su celebración, o en general a proporcionar facultades de carácter preventivo previamente a o durante la misma. Ello puede decirse, por ejemplo, el derecho de información (Arts. 196, par. 3, y 197 par. 4 LSC), el derecho a solicitar la convocatoria de la Junta (Art. 168 LSC), la aplicación del orden del día de la ya convocada (Art. 172 para la sociedad anónima y Art. 519, par. 1 LSC para la sociedad anónima cotizada), la solicitud de inclusión de nuevos acuerdos sobre los puntos ya incluidos (Art. 519, par. 3 LSC para la sociedad anónima cotizada), o el derecho a solicitar el levantamiento de acta notarial (Art. 203 LSC).

¹¹ JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría...*, *op. cit.*, p. 34; MARTÍ LACALLE, R., *El ejercicio de los derechos de minoría...*, *op. cit.*, pp. 25-30, 38-39, 135. En este sentido pueden invocarse el derecho a (la legitimación para) el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores (Art. 239 LSC, especialmente en su recientemente introducido par. 1, segundo párr.), igualmente la legitimación para la impugnación de acuerdos del consejo de administración (Art. 251 LSC), o el derecho a solicitar el nombramiento de auditor en las sociedades que no estén obligadas a auditar sus cuentas, o la revocación en cualquier caso del nombrado por la Junta General o el registrador mercantil (Arts. 265 y 266 LSC).

su tamaño, pero incluyen la hipótesis en que un bloque mayoritario en términos absolutos detenta el control, al igual que el supuesto en que un bloque mayoritario en términos relativos (frente a otros bloques por tanto de menor entidad) pero no en términos absolutos (*e.g.*, sin necesidad de alcanzar el cincuenta por ciento de la propiedad) es el que se hace con el control de la sociedad¹², escenario en cualquiera de los cuales los derechos de minoría cualificada tienden a proteger a los grupos ajenos al control.

Esta última visión es la que quizá mejor refleja la política detrás de los derechos de minoría cualificada tal como han venido desarrollándose, entre otras cosas porque, por más amplia y comprensiva, incluye sin duda las dos previas. Un punto importante a tener en cuenta con este trasfondo son precisamente las diferentes implicaciones que el carácter cerrado o abierto de la sociedad en cuestión tiene¹³ y la medida en que las mismas hayan de tener reflejo tanto en el diseño como seguramente en la interpretación de los derechos de la minoría cualificada que aplican en cada uno de los tipos o subtipos que la ley distingue y presenta como correspondientes a cada uno de los señalados perfiles (la sociedad de responsabilidad limitada, en un caso, la sociedad anónima – dicho con cierta cautela–, y la sociedad anónima cotizada¹⁴, en el otro). La ley en vigor, en la disciplina que traza para cada uno de los tipos, y en las especialidades previstas para las sociedades cotizadas, prevé un conjunto y régimen para los derechos de la minoría cualificada diferente y supuestamente sensible a los intereses en juego en cada caso, si bien la equilibrada protección del socio minoritario ajeno al control, especialmente en la sociedad cerrada, requiere de otras medidas en la línea de las ya mencionadas al margen de los derechos de minoría cualificada.

¹² Además de la bibliografía citada en la nota previa, SÁEZ LACAVE, M.I., “Nombramiento y cese de los consejeros minoritarios”, *InDret*, núm. 917, 2012, p. 4. Un supuesto adicionalmente posible, aunque poco probable, podría darse cuando incluso un bloque que no es el mayoritario ni siquiera en términos relativos llegue a detentar el control de la sociedad (*vid.* con todo y respecto de las sociedades cotizadas el análisis comparativo de GARRIDO, José María: *La distribución y el control del poder en las sociedades cotizadas y los inversores institucionales*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002, pp. 39 y ss.).

¹³ Las sociedades cerradas se caracterizan por un menor elenco de posibilidades para el socio de desinvertir y abandonar la sociedad (por cualquiera de las vías que sea, incluida la venta de su participación), especialmente cuando no toma parte en el control de la misma y su empresa, en un contexto en el que normalmente el capital de la sociedad, de pequeño o mediano tamaño, está altamente concentrado en manos de pocos socios, y con la presencia de un bloque mayoritario, con mayor o menor proporción pero con carácter absoluto (lo que facilita la perpetuación del *status quo*, entre otras cosas), SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses entre socios...*, *op. cit.*, pp. 51-52; VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *La protección de las minorías...*, *op. cit.*, p. 25; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “Información y control de los socios en las sociedades limitadas: tendencias, modelos regulatorios y valoración crítica a propósito de la propuesta de Sociedad Privada Europea”, en AA.VV., *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*, Carmen Alonso Ledesma, Alberto Alonso Ureba y Gaudencio Esteban Velasco (Dir.) – Mónica Fuentes Naharro y María del Sagrario Navarro Lérida (Coord.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 414. Las sociedades abiertas presentan precisamente, aunque en rango variable, los rasgos opuestos (mayor tamaño, mayor número de socios y dispersión del capital), incluida la mayor facilidad del socio de desvincularse de la sociedad, especialmente cuando tiene la posibilidad de hacerlo por el elevado grado de liquidez de su participación (ejemplo paradigmático de sociedad abierta es, por tanto y como se sabe, la cotizada en una bolsa o mercado).

¹⁴ No incluiremos de manera diferenciada en nuestros comentarios la sociedad comanditaria por acciones por no separarse en lo relativo a los derechos de la minoría cualificada del régimen de la anónima que con carácter supletorio se le aplica.

1.2. Interés social e interés de la minoría como objeto de protección

Entre los varios aspectos de los derechos de la minoría cualificada que han suscitado cierto debate y elaboración destaca, precisamente por el peso y relevancia que adquiere en la determinación del alcance que estos derechos han de tener, el interés que se constituye o debe constituirse en objeto de protección. Si bien de manera más visible en algunos tipos societarios que en otros (sobre todo en los últimos años), los derechos de minoría cualificada tienen como objetivo general, como tantas otras normas, contribuir al más fluido equilibrio de poderes en el seno de la sociedad y en dicha medida al mejor y más eficiente funcionamiento de la misma. El amparo en el que de manera más concreta e inmediata se apoyan, y que marca significativamente sus límites, es el interés social, entendido (de manera exclusiva hasta hace muy poco tiempo en nuestro Derecho) como el interés común de todos los socios¹⁵. El interés común de los socios no se constituye en muchos casos en presupuesto formal de los derechos de minoría¹⁶, y

¹⁵ Como sabemos, y en particular como elemento integrador del contrato social en varios sentidos (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente, una aproximación económica*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 18-19, 26, 29, 34-36), el interés social ampara en nuestro Derecho con carácter básico el interés común de todos los socios [GIRÓN TENA, José: *Derecho de Sociedades*, J. Girón, Madrid, 1976, pp. 276 y ss.; SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “La acción y los derechos del accionista (arts. 47-50 LSA)”, en AA.VV., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez, Manuel Olivencia (Dir.), Civitas, Madrid, 1994, T. IV, Vol. 1º, pp. 312-313; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J.M., *La Junta General de accionistas*, en AA.VV.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia (Dir.), Civitas, Madrid, 1992, T. V., p. 335], pero que incluso en dicha noción ha venido conociendo varias interpretaciones y formulaciones en las sociedades mercantiles, comenzando como el ánimo de obtener una ganancia u otro que se deduzca de la voluntad manifestada por las partes en el contrato social [vid. varias posiciones en DUQUE, J., *La tutela de la minoría...*, op. cit., pp. 72-73; PAZ-ARES, C., “Comentario al art. 1665 del Código Civil”, en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch (Dir.), Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1313 y ss.; SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de interés entre socios...*, op. cit., pp. 33 y ss.], hasta llegar a las formulaciones adeudadas a la disciplina del gobierno corporativo, y que identifican la noción con la generación de valor a largo plazo para el accionista [como expresión abstracta que cubre el ánimo de obtener una ganancia, que en esta formulación con todo se desvincula del dividendo y cuenta con otras formas de realización de dicho interés, en síntesis mediante la venta de la participación al precio que refleje el posible incremento de valor –vid. en general SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 246, Octubre-diciembre 2002, p. 1654-1655, 1658, 1669, 1671, 1678, 1681; JAEGER, Pier Giusto: “L’interesse sociale rivisitato (quarant’anni dopo)”, *Giurisp. Comm.*, Vol. 27.6, 2000, pp. 803 y ss.; FERRARINI, G., “Shareholder Value and the Modernization of European Corporate Law”, en AA.VV.: *Capital Markets and Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 233; *Id.*, “Valore per gli azionisti e governo societario”, *Rivista delle Società*, Fasc. 2-3, Marzo-junio 2002, pp. 464-465; KIRCHNER, C., “Share-holder Value: a New Standard for Company Conduct”, en AA.VV.: *Capital Markets and Company Law*, op. cit., p. 341]. Uno de los más notorios cambios que recientemente ha experimentado la LSC es que parece acoger puntualmente esta noción de interés social (ya presente en nuestros códigos o recomendaciones de gobierno corporativo) de manera general (y no reducida a las sociedades cotizadas), en concreto en el Art. 217, par. 4 en materia de remuneración de los administradores (tras la modificación introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014, p. 99793 –vid. igualmente Art. 231-86 ALCM).

¹⁶ Sólo una parte de los derechos de la minoría cualificada en efecto requieren, en su caso (y sin perjuicio de otras alternativas), la prueba de la lesión del interés social para su ejercicio (MARTÍ LACALLE, R., *El ejercicio de los derechos de minoría...*, op. cit., p. 68), notoriamente el de impugnación de acuerdos sociales así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

sin embargo marca el límite de su legítimo ejercicio, entre otros principios de carácter genérico¹⁷. Una de las novedades recientemente introducidas en nuestra legislación sobre sociedades de capital, y acogida también en el ALCM, bascula en torno a la identificación de otros posibles intereses merecedores de protección en sus normas sobre sociedades, que arranca de la toma de conciencia del conflicto estructural de intereses que, retomando lo recientemente apuntado, tiene lugar entre socios de control y socios ajenos al control (y normalmente minoritarios)¹⁸. Existen varias muestras, de naturaleza diversa, de los riesgos asociados a este conflicto, que se resumen en la posibilidad de que la mayoría o minoría de control adopte una estrategia o incurra en conductas con finalidad expropiatoria o de otro modo abusiva u oportunista, en detrimento de los socios ajenos al control¹⁹. Tales conductas, sin perjuicio de su posible análisis bajo el prisma de los deberes del socio²⁰, no siempre podrán considerarse incompatibles con el interés social entendido como el interés común de los socios, y sin embargo pueden resultar atentatorios contra los legítimos intereses de los socios perjudicados en la sociedad²¹. Son precisamente los intereses del socio en la sociedad no amparados por el interés común de los socios, y en atención a ellos los de la minoría ajena al control, los que han venido lentamente adquiriendo más visibilidad y han quedado incluidos en la noción de interés social tras las reformas recientes. En dicha medida (ya de manera expresa tanto en la legislación en vigor como en la proyectada) deben ser atraídos también hacia la esfera de protección proporcionada por los derechos de la minoría cualificada²².

¹⁷ JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría...*, *op. cit.*, pp. 53-54; SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de interés entre socios...*, *op. cit.*, pp. 122.

¹⁸ Vid. KRAAKMAN, R., ARMOUR, J., DAVIES, P., ENRIQUES, L., HANSMANN, H., HERTIG, G., HOPT, K., KANDA, H. y ROCK, E., *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, segunda ed., Secs. 1.4.1, 2.1.

¹⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *op. cit.*, pp. 4-6; MARTÍNEZ ROSADO, J., “Conductas opresivas de la mayoría frente a la minoría en las sociedades cerradas”, en AA.VV., *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*, *op. cit.*, pp. 332 y ss.; SÁEZ LACAVE, M.I., “Blindajes, control minoritario y la regla una acción-un voto”, *InDret*, núm. 804, enero 2011, pp. 17-18.

²⁰ Y en concreto el deber de fidelidad o lealtad entre socios (RECALDE CASTELLS, A., “Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil”, *La Ley*, Vol. I, 1993, pp. 304-306, 308; VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *La protección de las minorías...*, *op. cit.*, p. 94; SENENT MARTÍNEZ, S., “Abuso de minoría y ejecución judicial de acuerdos sociales no adoptados o rechazados”, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil – Universidad Complutense de Madrid, 2013/75, febrero de 2013, pp. 6-7, disponible en <http://eprints.ucm.es/20463/>, consultado por última vez el 23 de enero de 2015).

²¹ SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de interés entre socios...*, *op. cit.*, pp. 125-126, 138, 140-141, 202-213.

²² En este sentido, el Art. 204, par. 1 LSC (introducido por la Ley 31/2014) señala, en el contexto de la impugnación de acuerdos sociales por lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros, que “(1)a lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios” (en términos equivalentes se expresa el Art. 214-11 par. 1 ALCM). Esta ampliación de la noción de interés social, a los efectos cuanto menos de la impugnación de acuerdos sociales (y quizá también—pues la norma deja margen a ello— en la valoración de la conducta de los administradores, en particular cuando no haya consejo de administración o, habiéndolo, la decisión en cuestión no haya sido tomada en el seno del consejo), debe enmarcarse en la política en términos generales tendente a la protección de las minorías en la línea arriba expuesta (*vid.*

2. LOS DERECHOS DE LA MINORÍA CUALIFICADA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL

La línea que sigue el ALCM para regular los derechos de minoría, tal como indicábamos unas páginas atrás, debe considerarse en términos generales como de continuidad. El propio articulado del que pudiera llegar a ser el nuevo Código mercantil ha cambiado parcialmente desde su primera versión²³ a la actual y de la que partimos, precisamente a raíz de las modificaciones recomendadas por la Comisión de Expertos en Materia de Gobierno Corporativo constituida por acuerdo del Consejo de Ministros e introducidas muy recientemente en la Ley de Sociedades de Capital²⁴. La disciplina que se diseña para los derechos de la minoría cualificada está definido en el ALCM, en primer lugar, por un tratamiento en ciertos aspectos dispar en cada uno de los tipos sociales de corte capitalista regulados en la ley, con variantes además en el caso de la sociedad anónima cotizada. Las normas que regulan este tipo de derechos, dispersas por el Libro Segundo sobre las sociedades mercantiles y siguiendo su estructura²⁵, cuentan con disposiciones comunes aplicables a las sociedades de capital, y disposiciones especiales que limitan su ámbito a la limitada, la anónima o la cotizada. En el conjunto nos parece que se perciben, creando con ello nuevamente la misma sensación que ya genera la Ley de Sociedades de Capital en el marco de las ideas hasta aquí expuestas, los matices de diferencia que subyacen a la política que en términos genéricos se etiqueta como de protección de las minorías. Si bien la finalidad común en cualquier caso es, como decíamos, preservar el equilibrio en las relaciones entre socios bajo el principio mayoritario, con el reflejo que ello haya de tener en el buen funcionamiento de la sociedad (por tanto y en la actualidad bajo los postulados del buen gobierno, ya despojado de su necesaria –aunque todavía principal– vinculación con las sociedades cotizadas), en un extremo de esta variedad de régimen se sitúa el correspondiente al tipo pensado desde la ley como el propio de las sociedades de carácter cerrado, la sociedad limitada, bajo la toma en cuenta de sus rasgos típicos y los problemas que conlleva la

COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO, *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas*, Madrid, 14 de octubre de 2013, pp. 28-31 –disponible en https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CEGC_EstModif_20131014.pdf, consultada por última vez el 8 de febrero de 2015).

²³ *Propuesta de Código Mercantil Elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013 –disponible en [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292422180644?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292422180644?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_de_Codigo_Mercantil.PDF)

[Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_de_Codigo_Mercantil.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292422180644?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_de_Codigo_Mercantil.PDF), consultada por última vez el 9 de diciembre de 2014.

²⁴ Nuevamente, mediante la Ley 31/2014.

²⁵ El Libro Segundo del ALCM dedica el Título I a enunciar normas sobre las sociedades mercantiles en general, para abordar por separado las especialidades que corresponden a las sociedades de personas (Título II) y las de capital (Título III). Dentro de esta última sección igualmente sienta disposiciones comunes para las sociedades de capital (Capítulo I), disposiciones propias para la sociedad limitada (Capítulo II) y disposiciones propias para la anónima (Capítulo III –haciendo lo mismo para la anónima europea y para la comanditaria por acciones, respectivamente en los Capítulos IV y VI); seguidamente, y tras dedicar normas (también en todo general) a materias específicas (cuentas anuales, modificaciones estatutarias, modificaciones estructurales, separación y exclusión de socios, así como disolución, liquidación y extinción de las sociedades mercantiles), dedica el Título VIII a las sociedades cotizadas.

perpetuación del status quo presente (la posible opresión de la minoría por la propiedad mayoritaria que detenta el control de la empresa social); y en el otro podemos ubicar a las normas relativas a los derechos de minoría en la sociedad cotizada, que tienen necesariamente como trasfondo la política destinada a reactivar la Junta General en su papel de órgano decisorio, ante un capital mucho menos concentrado, con una proporción variable pero significativa de capital flotante, y (por tanto) con un accionariado, en una parte importante, casi por definición pasivo.

Una de las preocupaciones también confesadas de la regulación es la de hallar en cada uno de los casos indicados el justo y difícil equilibrio que provea a la minoría de instrumentos útiles para la protección de sus intereses y los de la sociedad, sin dotarle por ello de herramientas que puedan ser empleadas con ánimo obstructivo con excesiva facilidad (en el usualmente denominado abuso de la minoría)²⁶. Trataremos de dejar constancia de estas ideas al abordar cada uno de los derechos contemplados en el ALCM, pero con carácter previo a dicha tarea hemos de detenernos en uno de los puntos de los que parten las normas relativas a esta materia en el esquema que incluye.

El ALCM proporciona una noción de derechos de minoría que define como “los que se atribuyen” por el Código o por “los estatutos sociales a quienes ostenten individual o conjuntamente la titularidad de un determinado porcentaje del capital o, en las sociedades limitadas, un determinado porcentaje de derechos de voto”²⁷. Esta misma norma establece el porcentaje del capital o de votos que, por defecto y salvo disposición específica en sentido diferente, habilitan para el ejercicio individual o agrupado de los derechos de minoría (tal como este artículo los define) en el cinco por ciento, señalando que “se entiende por minoría en las sociedades anónimas el cinco por ciento del capital social o, en las sociedades limitadas, el cinco por ciento de los derechos de voto”²⁸. Los derechos de minoría (empleando el lenguaje del ALCM) adquieren carácter imperativo. Así, la norma específica que los porcentajes indicados son parcialmente imperativos (pueden reducirse pero no aumentarse²⁹) y, como puede verse, deja margen a la autonomía de la voluntad para regular otros derechos de minoría (además de los establecidos en su articulado), que con todo no podrán limitar ni directa ni indirectamente los existentes, ni otros derechos del socio³⁰. Un punto que genera cierta duda en la definición de derechos de minoría (y de la noción de minoría que por tanto incluye) surge al tratar de interpretar cual es el porcentaje relevante en el caso de la sociedad limitada. Una lectura del primer apartado de esta norma parece “cualificar” a la minoría en tono alternativo cuando alcance un cierto porcentaje, bien del capital, bien de los derechos de voto. Esta alternativa nos parece que adquiere pleno sentido en el régimen de la limitada, bajo el cual puede alterarse la proporcionalidad entre el valor nominal de las participaciones y el derecho de voto, proporcionando la combinación entre ambos elementos un amplio grado de flexibilidad para dar acceso a los derechos de minoría reconocidos en la ley (o reconocer otros en estatutos) sobre la base del

²⁶ JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría...*, *op. cit.*, pp. 144, 146-147).

²⁷ Art. 231-23, par. 1 ALCM.

²⁸ Art. 231-23, par. 2 ALCM.

²⁹ Art. 231-23, par. 2 ALCM

³⁰ Tal como sucede en nuestra legislación en vigor, así como en sus antecedentes (JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría...*, *op. cit.*, pp. 169, 180-181, 215).

capital adquirido (con independencia de la menor proporción de votos que lleve aparejado) o de los derechos de voto que conlleve la participación adquirida (con independencia de su menor proporción en el capital), todo ello, por ejemplo, para hacer más atractiva la participación de un modo u otro (según el interés de la sociedad o el resto de socios y los potenciales inversores) a la hora de captar financiación³¹. El ALCM, con todo, parece indicar una intención diferente a la luz del segundo apartado de este artículo y de su Exposición de Motivos, que, en relación con la definición comentada, resalta la introducción de “una regla horizontal de gran importancia como es la configuración de los derechos de minoría, fijando como regla general el cinco por ciento del capital, en la sociedad anónima, y de los derechos de voto, en la sociedad limitada, sin perjuicio de su reducción estatutaria”. Si nos ceñimos a este precepto y la aclaración transcrita, la intención del pre-legislador parece ser emplear exclusivamente el criterio basado en la proporción sobre el capital en la anónima, y el basado en el porcentaje de derechos de voto sobre el total en la limitada. Si bien esta opción (aun de manera más restringida) permitiría jugar igualmente con la alteración de la proporción entre capital y voto también con la finalidad antes referida, su conveniencia y practicidad (y el más drástico cambio que supone) plantea algunas dudas, la más inmediata de las cuales se refiere a la privación de derechos de minoría a socios partícipes sin voto³², salvo que los estatutos dispongan otra cosa³³.

Por otro lado, el ALCM dedica también una norma especial para la sociedad cotizada, que rebaja el porcentaje necesario como regla general para esta sociedad al tres por ciento. Con dicha norma, y salvo las especialidades que establece de manera expresa el régimen en este caso previsto, el ALCM hace extensibles los derechos de minoría establecidos para la sociedad anónima a las cotizadas³⁴.

2.1. Los derechos de minoría para la participación en la Junta General

Para la breve comparativa que sigue entre las disposiciones de la legislación vigente y las proyectadas en el ALCM sobre los derechos de minoría nos apoyaremos en la

³¹ KRAAKMAN, R., ARMOUR, J., DAVIES, P., ENRIQUES, L., HANSMANN, H., HERTIG, G., HOPT, K., KANDA, H. y ROCK, E., *The Anatomy of Corporate Law*, op. cit., secs. 2.1 y 2.2.

³² A pesar de carecer de voto, en la interpretación de nuestra legislación se acepta ampliamente la legitimación de los socios (accionistas o partícipes) sin voto para el ejercicio de los derechos de la minoría cualificada, salvo en el caso del derecho de representación proporcional, del cual expresamente se les excluye, y precisamente sobre la base de este dato (en otros casos la ley no excluye dicha legitimación) y el pleno sentido que cobra dicho reconocimiento en el contexto de su estatus (JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría...*, op. cit., pp. 109-110, 115-119; MARTÍ LACALLE, R., *El ejercicio de los derechos de minoría...*, op. cit., pp. 245, 247).

³³ En la versión inicial de la *Propuesta de Código Mercantil*, cit. supra nota 23, la intención de emplear la alternativa para la sociedad limitada parecía más clara. En el Art. 231-23 de dicha Propuesta el par. 1 reproducía el que ahora se incluye también como primer apartado de dicho artículo, pero el párrafo dos establecía la proporción necesaria (tal como hacen las normas de otros países) en forma variable y decreciente, y en cualquier caso estableciendo la regla general por referencia a la proporción de participación en el capital o, para el caso de la sociedad limitada, a la proporción de derechos de voto en el total, haciendo posible por tanto el ejercicio de los derechos de minoría bajo cualquiera de las dos alternativas (entendemos que bajo dicha redacción el cumplimiento de uno de los dos requisitos sería suficiente).

³⁴ Arts. 281-1 y 281-2 ALCM

clasificación que normalmente se siguen en atención a su contexto, contenido y, sobre la base de ambos, finalidad inmediata³⁵. Una importante parte de estos derechos están diseñados para permitir o ponderar la implicación de la minoría cualificada en el proceso propio de la Junta General como órgano decisorio, con fines por tanto que pueden resumirse tanto en la función de monitorización de la administración de la sociedad que se espera del socio minoritario y ajeno al control, como de participación activa para la construcción de alternativas que puedan preceder incluso a cambios en el *status quo* de mayor o menor entidad (especialmente en sociedades de pequeño o mediano tamaño). En muchos de estos derechos el ALCM no presenta modificaciones significativas respecto del tenor actual de la legislación societaria, pues refleja los cambios resultantes de la reciente reforma (como decíamos) en ella realizada.

Dentro de este grupo, el ALCM regula el derecho de la minoría a solicitar el levantamiento de acta notarial en los mismos términos que la legislación actual, pero modificando el porcentaje necesario para ello en la sociedad limitada³⁶, o el de proponer la prórroga de las sesiones de la Junta General³⁷. Si bien en el marco para él dispuesto la minoría conserva su peso, un derecho que es objeto de cambios de cierta relevancia es el derecho de información. El derecho de información desde un punto de vista funcional se aproxima con frecuencia como un derecho instrumental y accesorio respecto de otros, sin perjuicio de lo cual (o, quizá debería decirse, razón por la que), no sólo se configura como uno de los derechos básicos del catálogo asociado a la condición de socio de manera plenamente autónoma, sino que se regula con cierto detalle por tratarse precisamente del derecho cuyo objeto condiciona en buena medida la posición del socio para la defensa de sus intereses en la sociedad³⁸. En el NCM el derecho de información conserva su contenido y ámbito temporal y objetivo, que correlativamente trazan el contenido de la obligación de la sociedad (mediante los administradores) de proporcionar la información solicitada³⁹. La normativa proyectada dispone igualmente los límites que el derecho de información encuentra, normalmente trazados de manera específica en función del interés social o con carácter general reconducidos al abuso del

³⁵ GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, *op. cit.*, p. 189; GARRIGUES, “La protección de las minorías en el Derecho español”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, p. 252; JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría...*, *op. cit.*, pp. 138-139.

³⁶ El Art. 203 LSC exige para el ejercicio de este derecho la titularidad del uno por ciento del capital social en la sociedad anónima o el cinco por ciento en la sociedad limitada, mientras que el Art. 214-7 ALCM requiere para el caso de las sociedades de capital el uno por ciento.

³⁷ Este derecho (meramente a proponer la prórroga, que deberá ser acordada) se reconoce a la cuarta parte del capital presente en la Junta General (Art. 195, par. 2 LSC; Art. 231-72, par. 2, disposición común para las sociedades de capital).

³⁸ SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: “La acción y los derechos del accionista...”, *op. cit.*, p. 138; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “Nuevas tendencias sobre el alcance del derecho de información en relación con las cuentas anuales, ejercitado por minorías cualificadas en sociedades anónimas cerradas: SSTs de 1 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1171), 21 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2890), 21 y 30 de noviembre de 2011, y 16 de enero de 2012”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 38, 2012-1, pp. 384-385.

³⁹ Compárense los Arts. 196, pars. 1 y 2, para la sociedad limitada, y Art. 197, pars. 1 y 2 LSC, para la sociedad anónima, y los Art. 232-30, pars. 1 y 2, para la limitada, y Art. 233-38 y 233-39 ALCM, para la anónima; PETIT LAVALL, M.V., “Los límites al derecho de información y la reducción del número de consejeros en la sociedad anónima. A propósito de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao de 10 de enero de 2012 (Residencial Montecarmelo, S.A., c. IBERDROLA, S.A.)”, *Diario La Ley*, núm. 7882, 2012 (versión electrónica *Wolters Kluwer Portal de Revistas*, ref. D-247), pp. 4-5.

derecho⁴⁰; y, en particular en la sociedad anónima, y nuevamente siguiendo en ello el tenor recientemente introducido en la normativa vigente, se establece de manera expresa la responsabilidad del socio o socios por los daños derivados de la utilización abusiva o perjudicial de la información obtenida mediante el ejercicio de su derecho⁴¹. En este ámbito el derecho de la minoría, condicionado en este caso a la titularidad del veinticinco por ciento del capital tanto en la anónima como en la limitada, limita la facultad de los administradores de denegar la información amparándose en el interés social o el posible perjuicio para la sociedad, sin perjuicio de los límites generales que aplican al derecho de minoría como tal⁴². A diferencia de lo que sucede en la legislación actual, el ALCM dedica, en el régimen de la sociedad limitada, una mención expresa a la posibilidad de regular en estatutos el derecho de información del socio o de la minoría que no forme parte del órgano de administración (luego hasta cierto punto sobre la base de su no participación en el control) de carácter permanente y desvinculado de la Junta General (y el orden del día de la misma); derecho que somete, con todo, a los mismos límites que el establecido de manera imperativa en sus normas⁴³. Las diferencias que precisamente a la hora de establecer tales límites presentan la redacción de los preceptos dedicados a la sociedad limitada y la anónima parecen revelar un ánimo de dar un tratamiento diferente a uno y a otro tipo social en atención a su probable uso y carácter (abierto o cerrado)⁴⁴.

⁴⁰ El Art. 196, par. 2 autoriza a los administradores de la sociedad limitada a denegar la información en caso de que, “a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique el interés social”; tenor que presentaba el Art. 197, par. 3 para la anónima, el cual, sin embargo y tras la reforma operada por la Ley 31/2014 indica que los administradores pueden denegar la información cuando la misma “sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas”. *Vid.* PETIT LAVALL, M.V., “Los límites al derecho de información y la reducción del número de consejeros en la sociedad anónima...”, *op. cit.*, p. 7. *Vid.* en particular STS de 21 de marzo de 2011 (RJ 2011\2890), Fundamento de Derecho Segundo (con cita de otra jurisprudencia).

⁴¹ Art. 233-40, par. 3 ALCM, en aproximación ya reclamada en general para el ejercicio de los derechos de minoría con ánimo abusivo o ilícito (JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría...*, *op. cit.*, pp. 148-149).

⁴² En ambos casos (anónima y limitada), la información no podrá ser denegada por los administradores, amparándose en los motivos anteriormente señalados (*supra* nota 40), si es solicitada por socios que representen individual o conjuntamente el veinticinco por ciento del capital, tenor que se conserva, con las mismas diferencias entre el régimen de la sociedad limitada y la anónima, en el ALCM en sus Arts. 233-38 y 233-40. Aún en este caso el derecho de la minoría debe entenderse sometido a los límites marcado por el ejercicio abusivo del derecho, tal como se ha encargado de señalar nuestra jurisprudencia para la legislación en vigor (STS de 21 de noviembre de 2012 –RJ 2012\3395, Fundamento de Derecho Segundo MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “Nuevas tendencias sobre el alcance del derecho de información en relación con las cuentas anuales, *loc. ult. cit.*).

⁴³ Art. 232-30 ALCM.

⁴⁴ En efecto, parece que las facultades para denegar la información solicitada serán más amplias en el caso de la sociedad anónima, en la que, frente a la mención únicamente del perjuicio al interés social que aplica en el caso de la sociedad limitada, se podrá fundamentar la negativa en el hecho de que la información “sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas”. Esta diferencia, introducida en la legislación en vigor a raíz precisamente de la Propuesta de Código Mercantil original –Art. 271-31, *cit. supra* nota 23; *vid.* COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO, *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas, cit. supra* nota 22, p. 26–, supone un mayor refuerzo del derecho de información en la sociedad limitada (además del mayor margen que hay en la limitada bajo el ALCM para regular dicho derecho en estatutos), en actitud ya promovida ocasionalmente por nuestra

Finalmente, el ALCM mantiene en líneas generales el régimen de los derechos de la minoría relativos a la solicitud de convocatoria de la Junta General o a los asuntos a tratar en ella, con alguna salvedad puntual pero llamativa. Así, el régimen proyectado parte del derecho reconocido a la minoría en las sociedades de capital para solicitar a los administradores la convocatoria de la junta (previo requerimiento notarial y especificando los asuntos a tratar⁴⁵), pero suprime para la sociedad anónima el derecho en la actualidad reconocido a la minoría a solicitar al órgano de administración la inclusión de un complemento a la convocatoria (al orden del día), mediante la adición de nuevos puntos a tratar⁴⁶. Las diferencias, así, se acentúan respecto del régimen previsto para la sociedad anónima cotizada, en cuyo marco se limita la posibilidad de solicitar la convocatoria a la junta general distinta de la anual⁴⁷, y se mantiene el derecho de la minoría (en este caso, como hemos visto, cualificada con el tres por ciento del capital) tanto a solicitar el complemento de la convocatoria de la junta general distinta de la anual, si bien con justificación de los nuevos puntos o acompañando una propuesta de acuerdo justificada⁴⁸, como a solicitar la inclusión de nuevos acuerdos

jurisprudencia (STS de 30 de noviembre de 2012 –RJ 2012\1643–, Fundamento de Derecho Segundo; *vid.* nuevamente MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “Nuevas tendencias sobre el alcance del derecho de información en relación con las cuentas anuales...”, *op. cit.*, pp. 392 y ss.). En esta línea también, la legislación en vigor, al igual que el ALCM, y siguiendo el tenor de la inicial Propuesta de Código Mercantil, en primer lugar establece que en caso de vulneración del derecho de información ejercitado antes de la Junta solo se podrá impugnar los acuerdos adoptados cuando la información solicitada resulte esencial para el ejercicio del derecho de voto (para el socio medio) u otros derechos de participación (Art. 214-11, par. 3.b ALCM), y en concreto para la sociedad anónima señala que “(l)a vulneración del derecho de información previsto en el apartado 2 –i.e., el ejercitado durante la junta– solo facultará al accionista para exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar, pero no será causa de impugnación de la junta general” (Art. 197, par. 5 LSC, Art. 233-39 par. 2 ALCM).

⁴⁵ Art. 168 LSC, Art. 231-56 ALCM, cuya redacción hace explícita la condición de que los asuntos a tratar indicados por la minoría sean competencia de la junta.

⁴⁶ Además del juicio que la mayor o menor conveniencia de eliminar este derecho pueda suscitar (*vid.* JUSTE MENCIA, J., *Los Derechos de Minoría...*, *op. cit.*, pp. 211, 262, argumentando a favor de la mayor conveniencia de reconocer para la sociedad anónima la posibilidad –entonces inexistente y– ahora eliminada, incluso por encima de la convocatoria por la minoría), su omisión puede causar algún problema. El mismo (en el Art. 172 LSC) fue introducido en el régimen de la anónima originariamente, y aunque bajo la normativa comunitaria no hubiese obligación de hacerlo, a raíz de las modificaciones realizadas para dar cabida en nuestro ordenamiento a la sociedad anónima europea (y en términos generales fue bien recibido –ESCUIN IBAÑEZ, I., “El derecho de la minoría a ampliar el orden del día de la convocatoria de la junta general de la sociedad anónima”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 284, 2012, p. 297). Con ello la normativa española quedó ajustada a lo dispuesto en este punto por la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de las sociedades cotizadas, DOCE de 14 de julio de 2007, L 184. La *Propuesta de Código Mercantil* inicialmente elaborada por el Ministerio de Justicia, *cit. supra* nota 23, lo regulaba en su Art. 231-53, y su supresión, en cualquier caso debería suponer la enmienda igualmente del Art. 234-40 ALCM, que remite al régimen previsto para la sociedad anónima los derechos de minoría a solicitar la convocatoria de junta y la inclusión del complemento en la sociedad anónima europea.

⁴⁷ Art. 283-2, par. 2 ALCM.

⁴⁸ Art. 519 LSC; Art. 283-6, par. 1 ALCM, que no obstante sigue refiriéndose a la junta general ordinaria y extraordinaria. Aunque el ALCM no señala nada al respecto de manera expresa, puede entenderse que este derecho, además de por los límites genéricos ya señalados, se verá limitado por normas de carácter especial relativas en alguna medida a la convocatoria de la junta para finalidades y bajo condiciones específicas (*vid.* en este sentido respecto de la sociedad anónima en general y bajo la legislación vigente, GALLEGO CORCOLÉS, A., “Ámbito de los asuntos a incluir en el orden del día a propuesta de la

para los puntos del orden del día ya incluidos en la convocatoria de la junta ya realizada⁴⁹.

2.2. El derecho de representación proporcional en la sociedad anónima

El derecho de representación proporcional es uno de los derechos de minoría que normalmente se incluyen entre los orientados a fomentar o facilitar la participación de la minoría, o las minorías, en las decisiones circunscritas a la junta, en este caso para la designación de los miembros del consejo de administración. Este derecho, en la actualidad regulado únicamente para la sociedad anónima en la Ley de Sociedades de Capital y en el Real Decreto 821/1991⁵⁰, tiene una larga tradición en nuestra legislación, aun si desde hace décadas ha venido siendo objeto de numerosas críticas y aproximado con cierto escepticismo por su poco uso y su régimen problemático⁵¹. El derecho de representación proporcional es en su mecánica básica sencillo. Se incluye dentro de los derechos de minoría cualificada por requerir su ejercicio la titularidad de un porcentaje mínimo del capital social, si bien dicho porcentaje vendrá dado por la proporción resultante de dividir el capital social (sin contar el representado por acciones sin voto) por el número de puestos de los que conste en el consejo de administración (pudiendo el titular de cada fracción entera nombrar a un miembro del consejo)⁵². Sus debilidades, a las que se achaca al menos en parte su escaso uso, se han localizado en las dudas que suscita su encaje en el régimen general de nombramiento y, sobre todo, cese de los administradores (los miembros del consejo, en este caso)⁵³, de las cuales la jurisprudencia ha dejado numerosas muestras.

El ALCM conserva este derecho, igualmente para la sociedad anónima únicamente (incluida la cotizada)⁵⁴, en un régimen básico que trata precisamente de

minoría en ejercicio del derecho al complemento de convocatoria”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 40, enero-junio de 2013, pp. 446-447).

⁴⁹ Art. 283-7 ALCM.

⁵⁰ Real Decreto 821/1991, de 17 de mayo, por el que se desarrolla el artículo 137 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de nombramiento de miembros del Consejo de Administración por el sistema proporcional (BOE núm. 127, de 28 de mayo de 1991, p. 17119).

⁵¹ JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría...*, *op. cit.*, p. 69; PETIT LAVALL, M.V., “Los límites al derecho de información y la reducción del número de consejeros en la sociedad anónima...”, *op. cit.*, p. 8.

⁵² Art. 243 LSC.

⁵³ JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría...*, *op. cit.*, p. 279; RONCERO SÁNCHEZ, A., “La cobertura de vacantes en el consejo de administración de una Sociedad Anónima por el sistema de cooptación y el ejercicio del derecho de representación proporcional”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 31, 2008-2, p. 191; ALONSO LEDESMA, C., “De nuevo sobre la separación de consejeros nombrados por el sistema de representación proporcional por apreciar la existencia de conflicto de intereses del accionista al que están vinculados (A propósito de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 26 de enero de 2011)”, *Diario La Ley*, núm. 7605, abril de 2011 (versión electrónica *Wolters Kluwer Portal de Revistas*, ref. D-152), pp. 1-3; SÁEZ LACAVE, M.I., “Nombramiento y cese de los consejeros minoritarios”, *op. cit.*, pp. 5-6, 12-13, 18 (quien no obstante se muestra partidaria de mantener este derecho con mejoras en su régimen).

⁵⁴ *Vid.*, en este punto, PETIT LAVALL, M.V., “Los límites al derecho de información y la reducción del número de consejeros en la sociedad anónima...”, *loc. ult. cit.*, quien plantea si este sistema no puede resultar tan conveniente en el régimen de la limitada como en el de la anónima, pues es en aquella donde, dado el perfil de sociedad que supuestamente encaja en el tipo, la protección de la minoría (también mediante este mecanismo) adquiere más sentido.

abordar al menos parte de dichas dudas⁵⁵, y que dota a este derecho en el régimen proyectado de la misma mecánica que tiene en la legislación en vigor. Uno de los varios puntos de fricción que se han venido planteando entre el derecho de representación proporcional y el esquema en el que se enmarca se refiere a la relación entre dicha facultad, y sus consecuencias, con la posibilidad de libre remoción de los administradores de la que goza la junta, cuestión en la que tanto nuestra doctrina como la jurisprudencia muestran soluciones alternativas⁵⁶. El ALCM resuelve esta cuestión exigiendo para la remoción del consejero designado por la minoría, bien la existencia de una justa causa (cuando la decisión sea tomada en junta general por mayoría), bien la decisión por mayoría de los socios titulares de las acciones agrupadas que hayan designado al consejero en cuestión (en el curso o incluso al margen de la junta)⁵⁷. Igualmente, y en atención a otro de los recursos empleados para combatir el derecho de la minoría a nombrar consejeros⁵⁸, el ALCM señala que, una vez comunicada la agrupación de acciones para la representación proporcional, no será válido el acuerdo que cambie la estructura del órgano de administración o reduzca el número de consejeros⁵⁹.

⁵⁵ Art. 233-47 ALCM, que, si bien excluye de este derecho a las acciones sin voto, no señala expresamente que para el cálculo haya de excluirse del capital el representado en ellas (cosa que con todo podrá hacer el desarrollo reglamentario que anuncia, tal como hace el Art. 2, par. 2 RD 821/1991).

⁵⁶ Dado el amplio margen que deja el derecho a la simple revocación *ad nutum* de los administradores reconocido a la junta para neutralizar los efectos de este derecho, ha habido numerosos pronunciamientos a favor de sujetar la revocación en tal caso, y al objeto de no dejar vacía de contenido la representación proporcional, a la existencia de una causa que la justifique (a ser por tanto alegada y probada con carácter previo) –*vid.* en este sentido GARRIGUES, J., “Comentario al Art. 71”, en GARRIGUES, J. y URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953, Segunda Ed., T. II, p. 40; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 2007, Segunda Ed., pp. 152 y ss. La dificultad de entender implícita en la normativa dicha condición, a la vista de su redacción (MARTÍNEZ SANZ, F., *La representación proporcional de la minoría en el consejo de administración de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1992, p. 94; JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría...*, *op. cit.*, pp. 323-324; COLINO MEDIAVILLA, J.L., “Separación *ad nutum* del administrador designado mediante el sistema proporcional. Comentario a la STS (Sala de lo Civil) de 2 de julio de 2008 (RJ 2008, 4277)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 32, 2009-1, p. 387), ha venido a ser confirmada por nuestra jurisprudencia en más de una ocasión (STS de 2 de julio de 2008 –RJ 2008/4277, Fundamento de Derecho Tercero; STS de 24 de noviembre de 2011 –RJ 2012/572–, Fundamento de Derecho Sexto).

⁵⁷ Art. 233-47, par. 2 ALCM, el cual aclara que “(l)os vocales del consejo de administración designados por los accionistas agrupados de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior tendrán el mismo régimen jurídico que el resto de los vocales nombrados por acuerdo de la junta general, con las siguientes especialidades: (...) b) El cese de los administradores designados por el sistema proporcional podrá ser acordado en cualquier momento, en junta o fuera de ella, por la mayoría absoluta de las acciones que los designaron. Estos administradores no podrán ser destituidos por acuerdo de la junta general, salvo que concorra justa causa o vote a favor del acuerdo la mayoría absoluta de las acciones que los hubieran designado”. La solución basada en la voluntad de la minoría agrupada para el cese ya había sido propuesta en la literatura (bien en interpretación de la legislación vigente, bien de *lege ferenda*, y con variantes que alternan entre la exigencia de unanimidad o de mayoría para la remoción – JUSTE MENCÍA, J., *Los Derechos de Minoría...*, *op. cit.*, pp. 303-304; SÁNCHEZ LINDE, M., “El Derecho de representación proporcional ejercido por la minoría en la sociedad anónima. Reflexiones”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 42, 2004, p. 199).

⁵⁸ Igualmente con “amparo” jurisprudencial, en tanto no se pruebe el carácter abusivo del acuerdo adoptado con tal finalidad (*vid.* nuevamente STS de 2 de julio de 2008 –RJ 2008/4277, Fundamento de Derecho Segundo; o SJM de Vizcaya de 26 de enero de 2011 –JUR 2011/47776).

⁵⁹ Art. 233-47, par. 3 ALCM. Otra de las dudas que notoriamente se ha planteado en el funcionamiento del derecho de representación proporcional se refiere a sus efectos en los casos en que se produzca el cese

2.3. Los derechos de minoría para la defensa del interés o el patrimonio social

Siguiendo la clasificación más arriba indicada, incluimos en este apartado los derechos que de manera directa o indirecta habilitan a la minoría para combatir los acuerdos, conductas o actos contrarios al interés social o realizados en perjuicio del patrimonio social. Los derechos con esta finalidad no son obviamente reconocidos únicamente a la minoría, y sin embargo se confía a la minoría cualificada en ocasiones la tarea de preservar un cierto equilibrio en las relaciones entre socios, entre éstos y la sociedad o entre sociedad y administradores cuando el interés o el patrimonio social pueden verse amenazados. Ejemplo paradigmático de este tipo de facultades puede verse en las normas sobre legitimación para la impugnación de acuerdos sociales. El régimen de impugnación de acuerdos de la junta general está entre las materias que han sido objeto de reformas recientes, en este caso con muy significativo calado. Salvo en los casos de acuerdos contrarios al orden público, en la actualidad, y tal como sucede también bajo el ALCM, dicha legitimación se reconoce en el colectivo de socios únicamente a la minoría cualificada, en este caso en el uno por ciento tanto para la sociedad anónima como para la limitada, en una política que, de manera llamativa, responde al deseo de poner barreras al uso obstructivo o injustificado de la facultad de impugnación⁶⁰. Los acuerdos del consejo pueden ser impugnados, además de por los propios administradores, por la minoría cualificada, introduciendo con todo el ALCM en este derecho una rebaja en el porcentaje del capital necesario⁶¹.

del consejero designado por una minoría (socio individual o agrupación) y la vacante (no habiendo suplentes, cuyo nombramiento autoriza la legislación en vigor y la prevista en el ALCM) sea cubierta mediante cooptación, caso en que las dificultades interpretativas han dado lugar a diversas propuestas que incluyen la posibilidad de designación por parte de la minoría en la junta donde el consejero nombrado por cooptación deba ser ratificado (JUSTE MENCÍA, J., “Facultad de cooptación del consejo de administración y derecho de representación proporcional de la minoría”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 27, 2006, pp. 345-351) o, en alternativa, la necesidad de considerar que dicha facultad podrá únicamente ejercerse si la ratificación del consejero en cuestión es rechazada y se produce la vacante en el curso de la junta (RONCERO SÁNCHEZ, A., “La cobertura de vacantes en el consejo de administración de una Sociedad Anónima por el sistema de cooptación...”, *op. cit.*, pp. 193-194, 201, quien, para conciliar ambos mecanismos, propone la posibilidad de que en tales casos el consejo deba designar a la persona propuesta por la minoría con las condiciones necesarias –para el caso de cooptación, de entre los socios).

⁶⁰ La reforma en el régimen de impugnación de acuerdos de la junta general ha sido realizada también por la Ley 31/2014, que, abandonando la antigua clasificación de los acuerdos en nulos (por contrarios a la ley) o anulables (por contrarios a los estatutos o al interés social) y el régimen dual para la impugnación, establece un único régimen relativo a los acuerdos impugnables (que, además de los anteriores y sin distinción, incluyen los contrarios al reglamento de la junta general). Entre las preocupaciones de la reciente reforma, que lo es también del ALCM, está la de evitar el uso injustificado de la posibilidad de impugnar (*vid.* COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO, *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas*, *cit. supra* nota 22, p. 28; Exposición de Motivos ALCM, par. III-19), para lo cual se configura este derecho (con exclusión de los acuerdos contrarios al orden público) como un derecho de minoría, para el que se exige la titularidad de un uno por ciento del capital (uno por mil en el caso de la sociedad cotizada); Arts. 206 y 495, par. 2.b LSC, Arts. 214-13 y 281-2, par. b) ALCM.

⁶¹ El cinco por ciento exigido actualmente en el Art. 251 LSC se reduce en el Art. 231-103, par. 1 ALCM al uno por ciento del capital.

La minoría conserva su peso también en el régimen proyectado en los mecanismos dispuestos para exigir responsabilidad a los administradores. Entre ellos hemos atraído a este apartado, en primer lugar, el derecho de la minoría a oponerse e impedir la transacción o renuncia a la acción social de responsabilidad, por la clara relación de accesoriedad que tiene con el régimen previsto para dicha acción y a pesar de tratarse de un derecho cuya sede necesaria es la junta general⁶². En el ejercicio de dicha acción el ALCM conserva también la legitimación de la minoría en los casos en que la misma no llegue a iniciarse por la sociedad (*i.e.*, con carácter subsidiario)⁶³, así como, fuera y al margen del proceso decisorio propio de la junta general, cuando la acción se base en la infracción del deber de lealtad⁶⁴. Con tenor similar, y tal como sucede también en la actualidad, el ALCM regula el derecho de la minoría para exigir la responsabilidad a socios fundadores por la realidad de las aportaciones y la valoración de las no dinerarias (salvo que la misma haya sido establecida por experto independiente nombrado por el registrador mercantil)⁶⁵.

2.4. Otros derechos de minoría

El régimen de las sociedades de capital proyectado, tal como sucede en el vigente, regula igualmente otros derechos de minoría que hemos preferido agrupar en esta sección de manera genérica, pues en todos los casos se trata de derechos que, con diferente contenido, pueden servir con carácter instrumental al ejercicio de otros derechos. Así, el ALCM conserva el derecho de la minoría en la sociedad limitada y en la anónima para solicitar el nombramiento de auditor cuando la sociedad no esté obligada a auditar sus cuentas⁶⁶. Se regula igualmente para la sociedad limitada (en este caso salvo disposición contraria en estatutos) el derecho de la minoría a examinar los

⁶² Punto en el cual el ALCM también mantiene el régimen vigente (Art. 238, par. 2 LSC; Art. 215-16, par. 4 ALCM).

⁶³ Por no haberse convocado la junta solicitada por la minoría con dicha finalidad, por haberse acordado en junta no ejercitarla, o porque, a pesar del acuerdo favorable, la sociedad finalmente no la haya emprendido (Art. 239, par. 1 LSC, Art. 215-17, par. 2 ALCM).

⁶⁴ Art. 239, par. 1, segundo párr. LSC; Art. 215-16, par. 2 ALCM. La legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad es probablemente la facultad donde mejor se percibe la legitimidad que confiere una mayor y cualificada participación en el capital o (en la sociedad limitada, ya bajo el ALCM y dependiendo de cómo interpretemos la definición de derechos de minoría –y de minoría) titularidad de derechos de voto en el conjunto, así como, sobre dicha base, el recurso a la minoría para el diseño de políticas de manera principal dirigidas al control de la conducta de los administradores, muy en particular en la novedad (introducida mediante la Ley 31/2014) relativa a la exigencia de responsabilidad por infracción del deber de lealtad (*vid.* en este sentido, abogando por un mayor énfasis en los mecanismos para la exigencia de responsabilidad a los administradores por infracción de este deber, por encima del estrictamente pericial, PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 20, 2003, pp. 69-90).

⁶⁵ Arts. 73 y 74 LSC (sólo para la sociedad limitada –el Art. 77 LSC establece la responsabilidad de los fundadores frente a accionistas en el caso de la anónima); Arts. 231-11, pars. 1 y 2, 252-1 ALCM, éste relativo al acuerdo de aumento de capital y que extiende a dicho caso la aplicación de las normas relativas a las aportaciones sociales previstas para la constitución de la sociedad. *Vid.* igualmente Art. 233-6, par. b), tercer párr. ALCM, que mantiene el derecho de la minoría para solicitar del registrador mercantil el nombramiento de experto para la valoración de las aportaciones no dinerarias cuando debiendo hacerlo no lo nombren los administradores en el aumento de capital (actualmente en el Art. 69 LSC).

⁶⁶ Art. 265 LSC, Art. 244-3 ALCM (así como el 244-4, que regula el derecho a solicitar la revocación del designado por justa causa).

documentos que sirvan de soporte o antecedente a las cuentas anuales a ser aprobadas en junta⁶⁷. Finalmente, para las sociedades cotizadas se mantiene el derecho de las asociaciones de accionistas que representen al menos el uno por ciento del capital social o de la minoría (tres por ciento) a acceder a la identidad y otros datos correspondientes a los accionistas con vistas al mejor ejercicio de sus derechos⁶⁸.

3. CONCLUSIÓN

El resumen que aquí acabamos del catálogo de derechos de minoría en las normas quizá futuras sobre sociedades de capital, y su comparativa con el régimen pasado y presente, deja, a pesar de su brevedad, dos sensaciones que nos parece claras. En primer lugar, y salvo alguna puntual excepción, este tipo de derechos confirmarán (en su caso) en el régimen proyectado (en parte ya vigente a raíz de las reformas recientes) su lenta y calculada expansión, y su cada vez mayor nivel de detalle, como herramienta para el buen gobierno de las sociedades de capital, incluidas, pero no sólo, las cotizadas, y sin perjuicio de las diferencias entre tipos, a la luz de su perfil esperado (abierto o cerrado) y otras particularidades que su uso pueda descubrir. Probablemente en consideración a dicho uso y los problemas que la práctica muestra en cada caso, y en segundo lugar, el esquema previsto, como el vigente, revela en la señalada tendencia una cierta combinación de vectores. Uno de ellos resulta de la política que aproxima la minoría en el marco de la sociedad cotizada de manera instrumental, como uno de los elementos que potencialmente puede contribuir al buen gobierno, no sólo en interés propio, sino en general en beneficio de socios, inversores, y a la postre del mercado, en el ejercicio de sus derechos adecuadamente facilitado e incluso incentivado (en combinación, eso sí, con otras medidas que no hemos incluido en este escrito, y a pesar del escepticismo que la eficacia de este estrategia sigue suscitando). El segundo, sin embargo, y en actitud más propia de las normas previstas para las sociedades de carácter cerrado o en general de dimensión más moderada, parece reflejar la creciente toma de conciencia de la existencia de un cierto *status quo* mínimamente estable y el conflicto entre socios o grupos de socios que necesariamente conlleva, así como de la existencia de un interés autónomo de la minoría en semejante escenario digno de tutela; marco en el cual los derechos de minoría deben servir a la correcta o razonable contraposición de fuerzas.

Al margen de ello, un problema que plantea el régimen proyectado se localiza en uno de los aspectos de la definición de derechos de minoría (y la de minoría implícita en ella) en concreto para la sociedad limitada. Tal como apuntábamos más arriba, la redacción actual del ALCM, a diferencia de la prevista en su primera versión, vincula como principio general la definición de la minoría, y el ejercicio de los derechos que le corresponden, a la titularidad de una cierta proporción de los derechos de voto. Con ello se priva de derechos de minoría (salvo que los estatutos dispongan otra cosa, y sin perjuicio de las normas especiales previstas para determinados derechos, así como de

⁶⁷ Art. 272 LSC; Art. 245 ALCM.

⁶⁸ Nuevamente bajo la obligación de compensar los daños y perjuicios causados en caso de utilización abusiva o perjudicial de la información (Art. 491 LSC; Art. 282-2 ALCM)

los casos en que disfruten del derecho de voto) a los socios partícipes sin voto. Además (y en cualquier caso) se crea un catálogo diverso de derechos, parte de ellos, a la vista de la redacción del ALCM, sometidos a esta regla general⁶⁹, y otra parte dependientes de la titularidad, no de la concreta proporción de votos por defecto establecida –cinco por ciento–, sino de un porcentaje del capital⁷⁰; todo lo cual no parece lo más consistente con la finalidad de estos derechos ni lo más beneficioso para la coherencia interna del sistema creado.

⁶⁹ Arts. 215-16 (derecho a oponerse a la transacción o renuncia a la acción social de responsabilidad), 215-17 (legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad), 231-11 (legitimación para la acción de responsabilidad por la realidad de las aportaciones sociales y la valoración de las no dinerarias), 231-56 (derecho a solicitar la convocatoria de la junta), y 244-3 (nombramiento de auditor), 245-1 (examen de la documentación que sirva de soporte a las cuentas anuales).

⁷⁰ Arts. 214-7 (derecho a solicitar el levantamiento de acta notarial de la junta), 214-13 (legitimación para la impugnación de los acuerdos de la junta), 231-103 (legitimación para la impugnación de acuerdos del consejo), y 233-38 (derecho a solicitar información aun contra la negativa de los administradores).

TUTELA DE LA ULTRAMINORÍA. ANOTACIONES AL ART. 206.1 PF. 2º LSC

FRANCISCO J. ALONSO ESPINOSA*

Resumen

El presente trabajo analiza en detalle el artículo 206 del párrafo 2º de la Ley de Sociedades de Capital y sus implicaciones con respecto a la tutela de la ultraminoría.

Contenido

1. Preliminar. – 2. Observaciones de orden político-legislativo. – 2.1. Incompatibilidad del art. 206.1 pf. 2º LSC con la línea político-legislativa expresada en la exposición de motivos de la Ley en materia de junta general de socios. – 2.2. Incompatibilidad más intensa de tal opción en sede de sociedad anónima cotizada. – 2.3. El mercado de valores como determinante de la inadecuada desproporción de efectos de la norma entre los socios ultraminoritarios de sociedades cotizadas y los de sociedades no cotizadas. – 3. Fundamento y función del art. 206.1 pf. 2º LSC. – 3.1. La cuestionable concepción del art. 206.1 pf. 2º LSC como técnica "antiminoría" (en la *mens legislatoris*). – 3.2. El art. 206.1 pf. 2º LSC como sistema alternativo de tutela de la ultraminoría. – 3.3. ¿Medida coadyuvante a la estabilidad de los acuerdos y actos de los órganos sociales? – 3.4. El art. 206.1 pf. 2º LSC como posible técnica protectora de la ultraminoría no obstante su insuficiencia a tal fin. – 3.4.1. Ámbito funcional reducido. – 3.4.2. El art. 206.1 pf. 2º LSC como norma protectora de la ultraminoría y no tanto de la sociedad en la que ésta se integra. – 3.4.3. Función y constitucionalidad del art. 206.1 pf. 2º LSC. – 4. Caracteres del sistema de resarcimiento *ex art.* 206.1 pf. 2º LSC. – 4.1. Aspectos preliminares. – 4.2. Deuda de imputación objetiva a la sociedad de capital mediante atribución de acción directa contra ella a favor del socio ultraminoritario. – 4.3. Tratamiento del nexo o relación causal entre daño y acuerdo social ilícito. – 4.4. Deuda resarcitoria, no sancionadora. – 4.5. Tratamiento del daño. Sistema de daño mínimo objetivo sin perjuicio de eventuales daños adicionales. – 5. Problemas de legitimación activa. – 5.1. Adquisición y mantenimiento de la legitimación activa. – 5.2. Modificación estatutaria de la condición de socio ultraminoritario. – 5.3. El derecho de resarcimiento como derecho individual del socio ultraminoritario, sin perjuicio de la agrupación entre socios ultraminoritarios al efecto de obtener los porcentajes de capital precisos para poder ejercitar la acción de impugnación. – 6. Relaciones entre acción de resarcimiento y acción de impugnación. Incidencia de la revocación y sustitución de acuerdos sociales. – 6.1. El enjuiciamiento del carácter impugnabile del acuerdo ha de realizarse con arreglo a los parámetros generales. – 6.2. Concurrencia entre acción de impugnación y acciones resarcitorias. – 6.3. Acción resarcitoria y revocación y

* Catedrático de Derecho Mercantil. Abogado.

sustitución de acuerdos sociales. – 7. Otros medios de tutela del socio ultraminoritario y tutela de la sociedad condenada a resarcir. – Bibliografía.

1. PRELIMINAR

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, *por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo* (BOE de 4 de diciembre), ha introducido importantes reformas en el régimen legal de la impugnación de los acuerdos sociales de la junta general de socios. Una de ellas es la que afecta al régimen de la legitimación activa o régimen de la facultad de impugnar los acuerdos sociales que *no* sean contrarios al orden público. Tal facultad *típica* de la posición jurídica del socio (cf. art. 93.c LSC; es típica y no imperativa porque, como reza el precepto, tales derechos del socio son mínimos "en los términos establecidos en esta ley, y salvo los casos en ella previstos") queda excluida, con carácter general y supletorio -puesto que puede ser rehabilitada por los estatutos sociales-, para aquellos socios que, individual o conjuntamente, no alcancen el insignificante porcentaje mínimo del uno por ciento (1 por ciento) del capital social en la sociedad no cotizada y el -bastante más significativo desde un prisma relativo- del uno por mil del capital social (0,1 por ciento) si se trata de sociedad anónima cotizada. Como especie de fórmula de equilibrio y de sistema de protección ante la pérdida de esta facultad de impugnar tales acuerdos que tales socios han de soportar, la Ley les reconoce el derecho de obtener el resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo *impugnable*. En concreto, el nuevo art. 206 LSC reza así en tales aspectos:

1. Para la impugnación de los acuerdos sociales están legitimados cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y *los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital.*

Los estatutos podrán reducir los porcentajes de capital indicados y, *en todo caso, los socios que no los alcancen tendrán derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnado.*

2. Para la impugnación de los acuerdos que sean *contrarios al orden público* estará legitimado *cualquier socio*, aunque hubieran adquirido esa condición *después* del acuerdo, administrador o tercero.

Por su parte, el nuevo art. 495.2, b LSC, dispone, para las sociedades cotizadas, que "La fracción del capital social necesaria para poder impugnar acuerdos sociales, conforme a los artículos 206.1 y 251, será del *uno por mil* del capital social."

Esta reforma acoge cierta línea político-legislativa basada en la idea -que encuentra sus raíces en el análisis económico del Derecho- según la cual la *ultraminoría* (acéptese este término que se usará en este trabajo como adecuado para designar a los titulares de los mínimos porcentajes de capital referidos en las normas transcritas) puede quedar al margen de la participación societaria *colegial* en la sociedad de capital, aunque sea de forma relativa y a través del expediente legal *indirecto* de la supresión

inicial (salvo reconocimiento estatutario expreso) de su facultad de instar la anulación judicial (o, en su caso, arbitral) de los acuerdos sociales excepto los que contravengan la categoría del *orden público* respecto de los cuales cualquier socio e interesado legítimo puede instar su anulación.

Cabe afirmar, en efecto, que, *de facto*, tales *ultraminorías* ven degradada su posición jurídica típica ya que, en rigor, solamente son titulares efectivos entonces de los conocidos como derechos *patrimoniales* del socio (dividendo, cuota de liquidación, derechos de preferencia y de asignación gratuita de acciones o participaciones sociales como más significativos). Es cierto que, *de iure*, no es así. La Ley no parte respecto de ellos de la exclusión de *todos* los derechos societarios de participación colegial. *Formalmente*, los *ultraminoritarios* conservan sus derechos de asistencia a las juntas y los correlativos derechos de voz y debate, de información bajo las condiciones legales, y de voto. Sin embargo, desde una perspectiva funcional y práctica, puede resultar complicado conciliar una situación de efectivo y real ejercicio de tales derechos colegiales bajo la perspectiva legal de que las posibilidades reales con las que cuenta el socio o grupos de socios *ultraminoritarios* de obtener una tutela judicial efectiva respecto del control de los acuerdos sociales en los que hayan podido participar mediante el ejercicio de sus subsistentes derechos colegiales pueden ser *inexistentes* (a salvo disposición estatutaria en contra). No obstante, ello también debe ser afirmado con cierta matización ya que, como se verá, este derecho alternativo de obtener cierta compensación patrimonial ante la pérdida del derecho de impugnar acuerdos sociales puede tener una faceta de interés para las *ultraminorías*, aunque se antoja, asimismo, de incierta eficacia y virtualidad. Así, éstas podrían, acaso, optar por ejercitar sus derechos de participación colegial no por contribuir en el proceso colegial dirigido a la adopción (o rechazo) de acuerdos sociales sino en función de que pueda quedar más o menos intensamente manifiesto el carácter impugnabile del acuerdo social que puedan interesar a fin de contar luego con mejor posición ante su pretensión de que les sea estimado judicialmente su derecho de obtener la compensación o resarcimiento al que aspiren.

2. OBSERVACIONES DE ORDEN POLÍTICO-LEGISLATIVO

2.1. Incompatibilidad del art. 206.1 pf. 2º LSC con la línea político-legislativa expresada en la exposición de motivos de la Ley en materia de junta general de socios

La opción político-legislativa excluyente del derecho de impugnar acuerdos a los socios ultraminoritarios no parece casar bien con los propósitos explícitos de la reforma en materia del régimen de funcionamiento de la junta general de socios. Según la exposición de motivos del texto legal (nº IV), con la reforma de las normas en materia de junta general (aunque el texto se refiere sólo a la junta de *accionistas*), *se pretende con carácter general reforzar su papel y abrir cauces para fomentar la participación accionarial*. En función de tales propósitos, se adoptan algunas medidas legales como la extensión a todas las sociedades de capital de la competencia de la junta general de

socios para impartir instrucciones al órgano de administración en materias de gestión, así como la ampliación de las competencias de la junta general en función de reservar a su aprobación operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales típicas según la Ley 3/2009, de 3 de abril, *de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Igualmente, se amplían los derechos de minoría en las sociedades cotizadas pues, también según la exposición de motivos, *se entiende conveniente rebajar el umbral necesario para que los accionistas puedan ejercer sus derechos hasta el tres por ciento del capital social y se establece en mil el número máximo de acciones que los estatutos podrán exigir para asistir a la junta general*.

Consideradas tales explícitas orientaciones de la reforma, parece obvio que la supresión inicial del derecho de impugnar acuerdos sociales para los socios *ultraminoritarios* no casa bien con tales propósitos de reforzamiento de las competencias de la junta general y de correlativa promoción legal del protagonismo de la misma en el funcionamiento de la sociedad de capital así como tampoco puede calificarse tal medida como compatible con la pretensión de fomentar la participación colegial de los accionistas minoritarios en las sociedades cotizadas.

2.2. Incompatibilidad más intensa de tal opción en sede de sociedad anónima cotizada

La incompatibilidad de la supresión de la facultad de impugnación de acuerdos sociales con los referidos propósitos de la reforma en este orden puede ser bastante más intensa en el caso de la sociedad cotizada. Considérese al respecto que la titularidad de mil acciones de la sociedad cotizada como umbral legal imperativo de admisión del ejercicio efectivo de los derechos de participación colegial a todo socio o grupo de socios que cumpla tal premisa en la misma (art. 521.bis LSC), representará en la práctica totalidad de los casos un porcentaje de su capital social muy inferior al del uno por mil (0,1 por ciento) como umbral mínimo para obtener la legitimación activa para impugnar acuerdos sociales. Lo normal es que se den relativamente pocos casos reales de socios o grupos de socios titulares de porcentajes del capital inferiores al del uno por ciento del capital social en sociedades no cotizadas, mientras que será *muy frecuente* el caso de accionistas o grupos de accionistas de sociedades cotizadas titulares de proporciones inferiores (y también *muy inferiores*) al uno por mil del capital de tales sociedades.

Considerado ello, no deja de percibirse, entonces, cierta contradicción entre el propósito legal de hacer partícipes efectivos a los accionistas *minoritarios* en las juntas de accionistas de la sociedad cotizada (el citado nuevo art. 521.bis LSC tan sólo exige mil acciones para poder ejercitar los derechos colegiales en el seno de la junta, con independencia de cuál sea el porcentaje del capital representativo de las mismas) para después exigir un porcentaje mínimo del *uno por mil* del capital social para obtener la legitimación necesaria para impugnar los acuerdos sociales de esas mismas juntas respecto de las que se promueve la participación de las (más que) ultraminorías. Por tanto, o puede haber habido un ejercicio de cinismo legal en este aspecto, cosa que se ha

de descartar, o bien estamos ante un cierto error de técnica legislativa ya que en la sociedad cotizada lo normal es que mil acciones queden muy muy lejos de representar ese uno por mil del capital social que se fija como umbral mínimo para obtener la facultad de impugnar acuerdos sociales. Se revela, pues, una asimetría entre los parámetros de proporcionalidad que se utilizan ante la discriminación del régimen de exclusión de la legitimación activa entre los socios minoritarios de sociedades cotizadas y los de las no cotizadas. Es cierto que, desde una visión superficial, el criterio legal de discriminación entre ambas categorías de socios (uno por mil/ uno por ciento) podría parecer equilibrado ya que puede parecer razonable tal proporción discriminatoria de lo que pueda considerarse *ultraminoría* en la sociedad no cotizada (uno por ciento) y en la cotizada (uno por mil). Sin embargo, la realidad es que tal criterio legal comporta un formidable agravio, tanto directo como comparativo, en contra de los socios minoritarios de las sociedades cotizadas. Ello porque, en condiciones normales, un socio o grupo de socios titulares de porciones menores del uno por mil del capital social de una sociedad cotizada serán portadores de un interés cuyo valor patrimonial será normalmente muy superior al del valor patrimonial que el que en su caso represente el uno por cien del capital de una sociedad no cotizada. Piénsese al efecto que la referencia más o menos media del valor bursátil de una sociedad cotizada en el mercado continuo español está en torno a los 20.000 millones € y que bastantes de las sociedades que forman el Ibex-35 exceden con creces tal valor. El uno por mil de tal valor total representaría un valor patrimonial referencial de 20 millones €. Parece que esta cifra no está seguramente al alcance de cualquier clase de inversor o grupo de inversores como presupuesto para obtener legitimación para poder impugnar acuerdos sociales; es cierto que el porcentaje legal mínimo del 0,1 por ciento se computa sobre la base de la cifra del capital social y no sobre el valor de cotización de las acciones, pero no parece que deba partirse en este aspecto desde una perspectiva puramente formal -asépticos porcentajes de participación en el capital social- sino más bien desde la del valor del interés patrimonial real y efectivo del que son portadores los inversores en acciones de sociedades cotizadas ya que tal será seguramente el interés primordial que tales accionistas tratan de proteger. Por otra parte, si este criterio relativo al valor medio de una posición del 0,1 por ciento del capital en una sociedad cotizada lo traducimos al valor que correspondería en una sociedad no cotizada, el resultado es que ese uno por ciento debería alcanzar un valor razonable de unos 200 millones € puesto que en éstas el porcentaje mínimo para poder impugnar se eleva al 1 por ciento. Es obvia la dificultad de encontrar una sociedad no cotizada en España cuyo simple uno por ciento de su capital social alcance un valor real entorno a los 200 millones €.

Parece, por tanto, que son estos valores objetivos del interés los que deberían prevalecer y ser objeto de consideración ante la regulación legal sobre la simple consideración de porcentajes asépticos de participación en el capital social -en especial para la sociedad cotizada- ya que la sola consideración de estos últimos puede conducir a tratamientos legales inapropiados como es el del presente caso. El criterio de proporcionalidad elegido para discriminar entre ultraminorías de sociedades no cotizadas y de las cotizadas no es el más adecuado pues sus efectos son excesivos o desproporcionados en las sociedades cotizadas, mientras que se trata de una norma de

efectos prácticamente inocuos en las no cotizadas, al menos con carácter general. La norma tiene un impacto bastante relevante sobre los socios minoritarios de sociedades cotizadas de forma que penaliza a inversores cuyo interés patrimonial puede ser muy superior al propio de los socios de sociedades no cotizadas ante la misma situación de exclusión del derecho de impugnación de acuerdos sociales.

2.3. El mercado de valores como determinante de la inadecuada desproporción de efectos de la norma entre los socios ultraminoritarios de sociedades cotizadas y los de sociedades no cotizadas

No obstante lo observado, la norma puede tener también un alcance más o menos superfluo en las sociedades cotizadas si se considera la faceta que supone la cotización de las acciones de éstas en mercados organizados de valores. Es razonable pensar que, con carácter general, los accionistas de tales sociedades con intereses inferiores al uno por mil del capital social no optarían por ejercitar acciones de impugnación de acuerdos ante su disidencia con el contenido de los mismos. Su opción más lógica y preferente sería la desinversión mediante la venta de sus acciones en el mercado de valores. Ello indica que los socios ultraminoritarios de la sociedad cotizada disponen de una vía indirecta más o menos aceptable para defender sus intereses y es la que les proporciona el mercado de valores organizado. En cambio, el titular de menos del uno por cien del capital en la sociedad no cotizada queda en bastante peor situación relativa. Éste no dispone de medios directos para recuperar su inversión porque no hay mercado organizado donde realizarla y es sabido que tendrá importantes dificultades para encontrar un comprador que aceptase pagar un precio más o menos remuneratorio por sus acciones o participaciones. Este socio tampoco puede defender sus intereses de forma más o menos efectiva ante acuerdos realmente *impugnables* (tiene, por tanto, que soportar forzosamente eventuales abusos de la mayoría) y tan sólo cuenta con una bastante incierta posibilidad de obtener una también incierta indemnización de unos no menos inciertos daños y perjuicios tras tener que incurrir en los costes económicos (y quizá también emocionales) de un proceso judicial que, no sin frecuencia, pueden ser superiores al valor efectivo de sus intereses patrimoniales en la sociedad no cotizada. Por tanto, el socio ultraminoritario de sociedad ordinaria o no cotizada está rodeado de elementos desincentivadores que le pueden situar en una posición de práctica o real indefensión que pudiera llegar a ser lesiva de su derecho constitucional *ex art. 24.1 CE*.

3. FUNDAMENTO Y FUNCIÓN DEL ART. 206.1 pf. 2º LSC

3.1. La cuestionable concepción del art. 206.1 pf. 2º LSC como técnica "antiminoría" (en la *mens legislatoris*)

El nuevo art. 206.1-2 LSC tiene su origen en el *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas* formulado a 14 de octubre de 2013 por la *Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo* creada por Orden ECC/895/2013, de 21

de mayo. Los textos antes transcritos de los arts. 206.1-2 y 495.2.b LSC propuestos por tal Comisión son los que finalmente se han convertido en Ley sin ninguna variación sustancial ni prácticamente formal a lo largo del íter legislativo (cf. págs. 31-32, 73 y 81 del referido *Estudio*; sólo ha habido una necesaria adaptación formal en el texto del nuevo art. 495 LSC respecto al inicialmente propuesto por la Comisión).

La justificación alegada por la referida Comisión de Expertos a la norma del referido art. 206.1 pf. 2º LSC es la siguiente:

Se propone la adopción de otras [medidas] que tratan de evitar el abuso del derecho de impugnación y su utilización con fines poco confesables. Se trata ahora de minimizar el riesgo del uso estratégico y oportunista del derecho. En esta línea se sugieren algunas medidas: La primera y seguramente más importante consiste en restringir la legitimación. Hasta la fecha cualquier accionista, aunque poseyera una sola acción, podía poner en jaque a la sociedad con una acción de impugnación, normalmente basada en vicios menores de procedimiento, según acredita la jurisprudencia. La PCM reaccionó frente a esta grave problemática de la práctica subiendo el listón, aunque seguramente ha ido demasiado lejos. De acuerdo con ella, sólo están legitimados para impugnar los accionistas que reúnan una participación de minoría, que se cifra en el 5 % del capital en las sociedades ordinarias y en el 1 % en las sociedades cotizadas. La Comisión de Expertos ha considerado que no debía llegarse a una restricción tan acusada y por eso propone umbrales considerablemente más bajos, inspirándose para ello en precedentes vecinos y, concretamente, en el caso italiano: el 1 % para las sociedades no cotizadas y el 0,1 % o uno por mil del capital para las cotizadas. Con todo, debe señalarse que los accionistas que queden debajo de ese umbral no quedan indefensos, ya que en todo caso se les reconoce el derecho de proceder contra la sociedad reclamando la indemnización de los daños y perjuicios que les haya ocasionado el acuerdo impugnado (se supone que se quiso decir "impugnable").

Por consiguiente, la *mens legislatoris* concibe la norma con un doble fundamento funcional: (i) actuar como técnica contra el *abuso del derecho de impugnación y su utilización con fines poco confesables* y (ii) *minimizar el riesgo del uso estratégico y oportunista del derecho de impugnación*. Se parte, pues, de la presunción bastante explícita de que el titular o titulares de menos del 1% del capital social en las sociedades no cotizadas y los del 0,1% en las cotizadas ejercitarían de mala fe o en abuso de derecho, casi por sistema, su eventual facultad de impugnación de los acuerdos sociales; las *ultraminorías*, por el simple hecho de ser tales, ejercitarían tal facultad en estado de abuso, "con fines poco confesables", o bien harían un "uso estratégico y oportunista" de tal derecho. Por tanto, si tal fuera la situación de partida típica, parece lógico y fundado que se juzgue adecuada la supresión directa de tal facultad con carácter legal, a salvo disposición estatutaria que la rehabilite. Se trata, sin embargo, de una *mens legislatoris* no digna de ser compartida.

(i) En primer lugar, porque parte de un juicio de intención de orden subjetivo que, al ser positivado, deviene legalmente objetivo: aquel o aquellos socios que se hallen en tales ínfimas proporciones de participación en el capital social (que representarán un número muy considerable en muchas sociedades cotizadas y, generalmente, un número más bien escaso en sociedades no cotizadas) ejercitarían su derecho de impugnación en condiciones de mala fe o con propósitos espurios. Esta concepción contraviene principios elementales del Derecho. En concreto, de aquél según el cual "la mala fe no se presume" (*mala fides non praesumitur*) o que "la

injusticia no se presume” (*iniuria non praesumitur*), principios concretados en nuestro Ordenamiento en el deber constitucional de respeto a la *dignidad* de la persona presente en el art. 10.1 CE.

(ii) En segundo lugar, cabe observar que la medida legal consistente en retirar el derecho de impugnación de acuerdos sociales como componente de la posición jurídica del socio para ciertos socios, no elimina el riesgo del uso oportunista y acaso estratégico del derecho de obtener una compensación económica como sustitutivo del mismo. Es este mismo derecho a la compensación económica el que puede ser ejercitado de forma oportunista y estratégica y también puede incentivar a tales socios a ejercitar sus restantes derechos colegiales (asistencia, información y voto en la junta) con el propósito real de preconstituir pruebas y reforzar el reconocimiento de tal derecho de obtención de la tal compensación o resarcimiento. Con todo, y en relación con esto último, se ha de observar que si por uso estratégico u oportunista del derecho de impugnación (o de cualquier otro derecho societario) se entiende el ejercicio del mismo con el propósito de obtener cierta fuerza o posición ante una negociación entre el socio minoritario y la sociedad (o con los socios de control de ésta) con el objeto de que aquél pueda llevar a cabo una desinversión en la sociedad bajo condiciones razonables, ello ha de reputarse como muy legítimo y defendible y no debería considerarse, si es que éste fuera el supuesto, como fin o propósito espurio, oportunista, estratégico o poco confesable ya que, en definitiva, tal socio está ejercitando las facultades que el Ordenamiento le proporciona a fin de proteger de la forma más adecuada en Derecho el contenido de su derecho constitucional a la propiedad privada (art. 33 CE).

3.2. El art. 206.1 pf. 2º LSC como sistema alternativo de tutela de la ultraminoría

Las justificaciones que se suelen dar a esta norma por parte de la doctrina en aquellos Ordenamientos que, como el italiano (art. 2377 *Codice Civile*), la tienen incorporada con anterioridad al nuestro distan, asimismo, de ser aceptables.

Se justifica la norma, en primer lugar, sobre la base de que el socio o socios minoritarios desprovistos de la facultad de impugnar los acuerdos sociales no quedan desprotegidos en su posición como especie de forzosos “sufridores” de acuerdos *impugnables*. Según esta doctrina, sucede simplemente que el sistema de protección de tales intereses se especializa respecto del general. Así, mientras el socio ordinario dispone del instrumento de tutela “desactivadora” de los acuerdos ilícitos representado por la acción de impugnación de los mismos (se dice “desactivadora” porque, de prosperar, el acuerdo impugnado queda anulado y sin efectos), los intereses del socio minoritario son protegidos a través del instrumento de tutela *resarcitoria* representado por la acción dirigida a obtener la indemnización del daño que haya podido experimentar como consecuencia de un acuerdo afectado por un vicio invalidante (G.B. PORTALE, 2007, págs. 611 ss.). Los socios “ordinarios” (bajo esta óptica) son tutelados mediante la atribución de la facultad de demandar que un juez declare la ineficacia del acuerdo impugnado, de forma que, de ser estimada la acción, el acuerdo no deberá producir ningún efecto jurídico. Por su parte, los socios ultraminoritarios son tutelados mediante una aplicación especial del instituto general de la responsabilidad

civil puesto que, según se afirma, la sociedad de capital tiene, como todo sujeto, el deber general *naeminen laedere* así como el deber de cumplir sus obligaciones legales y contractuales con sus socios. De esta forma, la infracción de tal deber general o el no cumplimiento de sus obligaciones con sus socios (minoritarios o no) puede ser fuente de responsabilidad de la sociedad si tales infracciones o incumplimientos han causado daños a los mismos (F. D' ALESSANDRO, 2004, págs. 459 ss.).

La objeción que, a nuestro entender, presenta esta argumentación justificadora de la norma es que, realmente, el recurso al régimen de la responsabilidad civil, aunque con esenciales especialidades, como instrumento de tutela del socio ultraminoritario, no puede calificarse, en rigor, como alternativo o parangonable al de la acción de impugnación de acuerdos sociales en función de lograr que los mismos queden sin efecto jurídico alguno. La acción de responsabilidad no es realmente un instrumento de tutela del socio minoritario ante su obligación de soportar acuerdos anulables adoptados abusivamente por la mayoría ("abuso de mayoría" en el sentido de que el nacimiento de tal responsabilidad exige la previa acreditación de que los acuerdos son *impugnables* y, por tanto, ilícitos). Ello porque la responsabilidad del infractor ante el eventual perjudicado debe ser la mínima y elemental consecuencia jurídica que debe producirse ante supuestos de daños causados por el no cumplimiento de las obligaciones de cualquier obligado en el seno de una relación jurídica patrimonial o por virtud del deber general de indemnizar los daños causados en relaciones de orden extracontractual que afecta al responsable de los mismos. La responsabilidad del infractor es, por tanto, un sistema de "tutela" *adicional* -no alternativo ni sustituto, por tanto- que procedería a favor de todo socio dañado en sus intereses por efecto de decisiones o actuaciones *ilícitas* de la sociedad, sus administradores o sus consocios en el seno de cualquier relación societaria a salvo que, como es el caso de las sociedades de capital (entre otras, como las mutualistas), esta forma de tutela queda reforzada, en el sentido de anticipada, por la modalidad corporativa de la *actio pro socio* consistente en la atribución a todos los socios de una acción dirigida a dejar sin efecto tales decisiones o acuerdos ilícitos aunque sean adoptados con arreglo al dictado del principio mayoritario (formado sobre la base del capital social o del número de socios). Pero tal acción de impugnación contra los acuerdos sociales ilícitos no tiene efecto excluyente de las eventuales acciones generales con las cuenta todo socio dirigidas a obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios que haya podido experimentar respecto de los responsables civiles de los mismos.

3.3. ¿Medida coadyuvante a la estabilidad de los acuerdos y actos de los órganos sociales?

Otra línea doctrinal justifica la norma del art. 206.1 pf. 2º LSC (en su referida equivalente en el *Codice civile*) sobre el sofisma de que la misma se establece en función de contribuir a garantizar la estabilidad de los acuerdos y actuaciones de los órganos sociales ante eventuales ejercicios abusivos de las acciones de impugnación de acuerdos por parte de la ultraminoría. Se llega a afirmar incluso, aunque sin fundamento suficiente en nuestra opinión, que tal norma es asimilable a las restricciones de los

contenidos y efectos de ciertas acciones judiciales en materia societaria como las dirigidas a obtener la declaración de nulidad de la sociedad inscrita o la nulidad de una fusión o escisión inscritas (P. MARCHETTI/ A. PICCIAU, 2008, págs. 321 ss.). Cabe observar que quizá sea esta la *mens legislatoris* implícita de nuestra norma (la explícita es bien distinta según ya se ha visto) si bien, si este fuera el caso, no correctamente expresada en la exposición de motivos de la Ley 31/2014 ni tampoco por parte de las ya expuestas argumentaciones de la Comisión de Expertos.

Pero esta es una justificación sofista por los siguientes grupos de razones.

(i) En primer lugar, porque la norma reconoce de forma implícita que los socios ultraminoritarios desprovistos de acciones de impugnación de acuerdos llevarían razón al impugnar los mismos si es que pudieran ya que su pretensión resarcitoria sólo podrá serles reconocida si el juez estima que los acuerdos lesivos base de la misma son ilícitos ("impugnables" según la norma). Es decir, se reconoce explícitamente que los acuerdos en cuestión serían declarados ineficaces si se ejercitasen acciones de impugnación contra los mismos por parte de cualquier socio o sujeto activamente legitimado. Pues bien, dada la exigencia legal de tal presupuesto para obtener la pretensión resarcitoria, no parece que se pueda argüir la garantía de la estabilidad de los acuerdos y actuaciones de los órganos sociales como fundamento de la norma cuando se reconoce (nada menos) que: (i') los acuerdos base de la pretensión resarcitoria deben ser ilícitos como condición *sine qua non* para obtener la misma, y (ii') que, por tanto, otros socios (o incluso terceros) pueden obtener la declaración judicial en tal sentido, de forma que estos otros socios o terceros que ejercitan sus acciones de impugnación sí tienen "licencia", entonces, para "desestabilizar" la sociedad mientras los ultraminoritarios quedan privados de tal facultad sólo por ser tales; *ergo* no hay garantía alguna de tal supuesta estabilidad societaria como supuesto fundamento de la norma.

(ii) En segundo lugar, esta supuesta justificación de la norma llevaría hacia una comprometida apuesta a favor de la supuesta estabilidad de la sociedad mediante el sacrificio de la legalidad aplicable, elementos ambos (estabilidad *vs.* legalidad) que residen en diferentes planos y que no deberían ser interconectados a fin de hacer prevalecer el primero a costa del segundo ya que el principio de legalidad es un principio jurídico de carácter constitucional (art. 9º.3 CE) y la estabilidad de la sociedad, aunque deseable, no es tan siquiera un principio jurídico sino de mera organización.

(iii) En tercer lugar, si se aceptase esta justificación, resultaría entonces que la norma partiría de una hipótesis fáctica bastante cuestionable: la de que los socios ultraminoritarios tienen capacidad efectiva (desde los prismas financiero, funcional y emocional, entre otros) para comprometer la estabilidad del funcionamiento de los órganos sociales. No hay pruebas ni estadísticas de que sea así ni tampoco de que no lo sea. Se trata, pues, de un razonamiento especulativo. Pero, ante ello, parece poco cuestionable que es más plausible la hipótesis contraria que aquella de la que parte la argumentación que tratamos. Parece más realista pensar que, ante acuerdos ilícitos de los órganos sociales, las ultraminorías optarían por permanecer pasivas en la mayor parte de los casos (salvo, acaso, ante lesiones muy directas, claras y graves de sus intereses). Esta tendencia hacia la pasividad de la ultraminoría se verificará en las

sociedades no cotizadas casi con total seguridad dados los estériles efectos prácticos que tales acciones impugnatorias de acuerdos pueden reportar a favor de posiciones cuantitativas inferiores al uno por cien del capital social, considerado, en particular, el mito de la justicia “gratuita” (especialmente y sobre todo si se considera el respaldo judicial otorgado a las abusivas minutas de abogados en concepto de más que infladas y supuestas costas procesales). En cambio, en las sociedades cotizadas, es más plausible que la defensa de los intereses de participaciones accionariales inferiores al uno por mil del capital social conviniese que fuera conducida a través de acciones de impugnación de acuerdos dado que, como se avanzó, las mismas pueden tener un valor económico medio considerablemente superior al que tendrían, también desde una perspectiva media, posiciones inferiores a las del uno por cien del capital en sociedades cerradas o semicerradas. Considerado ello, cabría afirmar que a tales socios de sociedades cotizadas les pudiese interesar optar por ejercitar acciones de impugnación para salvaguardar sus intereses y, con ellos, los propios de la sociedad y de los demás socios. Sin embargo, lo más directo y probable en la mayor parte de los casos, es que tales conflictos se resuelvan mediante la desinversión de su posición en el seno del mercado. Quizá por ello, la Ley debería haber regulado un derecho de opción entre ambas formas de actuación (resarcimiento e impugnación) a favor de los inversores en sociedades cotizadas, al menos.

3.4. El art. 206.1 pf. 2º LSC como posible técnica protectora de la ultraminoría no obstante su insuficiencia a tal fin

3.4.1. Ámbito funcional reducido

¿Qué concluir entonces sobre la *utilitas* o justificación *legítima* de la norma contenida en el art. 206.1 pf. 2º LSC? Con carácter previo, se ha de observar que su ámbito funcional predominante es bastante reducido aún dentro de su carácter muy sectorial dada la insignificancia relativa de los porcentajes del capital que delimitan su ámbito de aplicación, si bien con las reservas ya expresadas sobre el carácter inadecuado del porcentaje legal mínimo del 0,1 por ciento del capital social en sede de sociedad cotizada como umbral a partir del cual se reconoce legitimación activa para la interposición de la acción de impugnación de acuerdos sociales. Este ámbito funcional predominante puede situarse en torno a aquellos supuestos en los que concurran, al menos, las siguientes condiciones (además, obviamente, de los presupuestos propios de activación de la acción resarcitoria según se verá):

- a) que, por las razones expuestas -principalmente, la posibilidad real de desinversión directa y expeditiva de la que gozan los socios de sociedades cotizadas-, se trate de socios de una sociedad no cotizada, esto es, cerrada o semicerrada;
- b) que ante el ejercicio de la acción resarcitoria, los socios tengan una más que razonable perspectiva de éxito de la misma en función de obtener la declaración judicial del carácter “impugnable” (esto es, claramente ilícito) del acuerdo social base de su ejercicio;

- c) que el acuerdo social base referido no sea constitutivo de ilícito penal tipificado como delito societario (u otro tipo penal) ya que, de serlo, puede interesar el ejercicio de la acción penal antes que el de la resarcitoria ya que la primera incluye también a ésta en caso de ser estimada.

3.4.2. El art. 206.1 pf. 2º LSC como norma protectora de la ultraminoría y no tanto de la sociedad en la que ésta se integra

Desde esta perspectiva, quizá quepa concluir una justificación o *mens legis* de la norma en un doble aspecto.

(i) En primer lugar, la norma permite dotar a las ultraminorías de sociedades no cotizadas de un medio -si bien insuficiente, imperfecto o mejorable- que les coadyuve, bien a reforzar su posición ante una eventual negociación de sus intereses con sus consocios mayoritarios o de control, bien a obtener una opción de salida de la sociedad en términos equilibrados desde el prisma patrimonial. Piénsese en tal sentido que el ejercicio fundado de la acción resarcitoria puede mejorar la posición del socio ultraminoritario cuya pretensión real sea la muy legítima -y esto de *legítima* debe ser enfatizado- de dejar de ser socio bajo condiciones en las que tenga que soportar la aplicación de acuerdos sociales ilícitos.

(ii) En segundo lugar, y como aspecto complementario al anterior, la medida puede permitir dotar a tal clase de socios de un medio indirecto o acaso, persuasivo, de control de posibles abusos de la mayoría -los cuales, no obstante, deben soportar en línea de principio- acaso de mayor interés para ellos que la acción de impugnación de acuerdos sociales, pues piénsese que mientras una estimación judicial de una acción de impugnación no les reporta ninguna ventaja directa -en la mayor parte de las ocasiones tales minorías obtendrían una victoria "pírrica" al ser estimada una acción de impugnación ya que el efecto primordial de ésta es de orden "desactivador" del acuerdo declarado ilícito y, acaso, de algunos otros de los que traigan su causa de él-, la estimación de la acción resarcitoria les supondrá, en cambio, la atribución del derecho al pago de una cantidad de dinero con cargo a la sociedad, y sin que ello tenga por qué excluir, necesariamente, la virtualidad de otras medidas y acciones ejercitables según se verá. Quizá por estas razones, el umbral máximo del uno por ciento de participación en el capital social como criterio de atribución de la acción resarcitoria debería ser ampliado a fin de abarcar posiciones minoritarias de mayor entidad, incluso hasta, por ejemplo, un diez por ciento del capital, si bien a los socios que sobrepasasen un determinado umbral de participación en el capital -los titulares de entre un cinco por ciento y un diez por ciento, por ejemplo- deberían tener un *ius electionis* entre la acción resarcitoria y la acción de impugnación.

La mayor o menor eficacia de esta medida indirecta o, acaso, persuasiva, de control de los abusos de la mayoría por parte de las ultraminorías dependerá, en última instancia, de factores cuantitativos. Es decir, del número de socios minoritarios ejercitantes de la acción resarcitoria y de la cuantía de los daños a cuya indemnización tuviera que enfrentarse la sociedad demandada. Es obvio que tal aspecto puede tener un interés relevante en las sociedades cotizadas cuando los tales accionistas minoritarios se

organicen en asociaciones o grupos de accionistas protectores de sus intereses particulares como tales (piénsese, por poner un ejemplo, en los casos típicos en los que los potenciales beneficios a los que tendrían derecho tales accionistas resultan disminuidos como consecuencia de acuerdos por cuya virtud las mayorías de control que "se sientan" en los consejos de administración aprueban remuneraciones excesivas a favor de los administradores, esto es, cuando ellos mismos, en definitiva, se autoasignan remuneraciones desproporcionadas que, en mayor o menor medida, disminuyen la cuantía global del beneficio repartible).

Con todo, se ha de observar que la norma, según esta eventual función, dista de ser aceptable. Es una medida insuficiente. Se queda a mitad de camino en términos de correcta protección de las minorías ante acuerdos abusivos de las mayorías. La mejor medida a favor de los socios ultraminoritarios ante la afirmación legal del "derecho" de los socios mayoritarios de imponerles acuerdos ilícitos, sería la de reconocerles el *derecho de separación* de la sociedad por esta causa. Ello sería, probablemente, lo más justo y equilibrado. O, al menos, reconocer a los ultraminoritarios el *derecho de separación* como alternativa protectora más efectiva que el derecho de resarcimiento y, acaso, establecer un *ius electionis* entre ambos a favor del socio minoritario. Los socios ultraminoritarios deberían tener no tanto el derecho de obtener un resarcimiento de daños sino el derecho de obtener el valor razonable de su posición con cargo a la sociedad -especialmente en la sociedad no cotizada- ya que, al cabo, ésta incumple la Ley o los estatutos sociales y ello, en términos de Derecho común, puede ser suficiente causa de resolución contractual y nadie debería ser obligado a permanecer en una relación contractual en la que se hayan constatado infracciones de la ordenación jurídica de tal relación.

3.4.3. Función y constitucionalidad del art. 206.1 pf. 2º LSC

La expuesta perspectiva protectora de la ultraminoría como contenido funcional y justificación del art. 206.1 pf. 2º LSC -supone cierta faceta de mejora, aunque insuficiente, en el sistema de protección legal de la ultraminoría- podría permitir salvar las objeciones formuladas sobre su constitucionalidad en el Ordenamiento italiano, objeciones que pueden ser extensibles también a nuestro sistema. En concreto, algunos autores italianos han cuestionado la constitucionalidad de su equivalente en base a dos grupos de razones (vid., M. VENTORUZZO, 2013, págs. 662-664):

(i) En primer lugar, porque la exclusión legal de la facultad de impugnar los acuerdos sociales según el criterio cuantitativo que sirve al efecto -grado de participación del socio en el capital social- puede lesionar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los socios desprovistos de tal derecho por tal razón (art. 24 CE). (ii) En segundo lugar, porque la exclusión de la facultad de impugnar acuerdos sociales podría lesionar el contenido esencial del derecho de propiedad privada del socio minoritario sobre sus acciones o participaciones sociales ya que la misma implica una cierta expropiación del contenido ordinario del derecho de propiedad privada sobre ellas sin que concurra la necesaria causa de utilidad pública ni tampoco se aprecie que con ello se cumpla una función social, tal como exige el texto constitucional (art. 33 CE).

(i) La compatibilidad entre el nuevo art. 206.1-2 LSC en los aspectos que aquí se tratan y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no es fácil de conciliar. En concreto, porque la exclusión del derecho de impugnar los acuerdos sociales en función de criterios no sustantivos sino puramente *cuantitativos* -titularidad o representación de porcentajes mínimos del capital social- supone excluir a tales socios un contenido esencial de su posición como tales como es el derecho de instar el control jurisdiccional (o arbitral, en su caso) de la actividad de la sociedad de la que forman parte ya que uno de los medios de defensa de su posición como tales les resulta excluido directamente, mientras que, correlativa y paradójicamente, se condiciona su derecho de resarcimiento a la constatación del carácter ilícito (impugnable) del acuerdo fuente de tal derecho. Tiene lugar la poco admisible paradoja de que lo ilícito deviene lícito y no se reconoce medio judicial para obtener el control y remoción de tal ilicitud sobre la base de criterios no sustantivos. Este aspecto puede ser incompatible con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental de no tener que soportar indefensión dada la falta de plena posibilidad para los ultraminoritarios de contradicción en el seno de un proceso judicial dirigido a obtener la anulación de un acto ilícito (vid. L.M. DÍEZ-PICAZO, 2008, pág. 431). Ello puede ser especialmente relevante y lesivo ante la importancia del interés económico que puede tener la posición del socio minoritario, sobre todo en el caso de las sociedades cotizadas según ya ha sido explicado.

(ii) Asimismo, la norma presente en el art. 206.1-2 LSC resulta difícil de conciliar con el *contenido esencial* del derecho fundamental de propiedad privada (art. 33 CE) ya que este derecho del socio ultraminoritario sobre sus acciones o participaciones sociales puede resultar lesionado al ser excluido de su contenido el derecho de impugnar, esto es, de la facultad de instar su control judicial de legalidad, los acuerdos sociales bajo las condiciones expuestas. Se ha alegado para salvar tal objeción que el derecho de obtener un resarcimiento es un expediente compensatorio suficiente para equilibrar la relación y salvar la constitucionalidad de este aspecto (vid. M. VENTORUZZO, 2013, loc. últ. cit.). Sin embargo, no aparecen claras las causas de utilidad pública así como tampoco la función social justificadora de esta exclusión como causas de concurrencia inexcusable para salvar la constitucionalidad de la norma. Más bien al contrario, ya que el derecho de impugnación de acuerdos encierra en sí mismo una función social protectora del derecho de propiedad privada particular a favor de quien lo ejercita y también general a favor de todos los socios e, incluso, de terceros con interés legítimo (cf. L.M. DÍEZ-PICAZO, 2008, págs. 534-536), razón que explica, entre otras, que se reconozca legitimación activa a los terceros no socios para impugnar acuerdos sociales contrarios a la Ley. Cabe afirmar, por ello, que la posición de estos socios minoritarios con facultades disminuidas en este orden obtendría un mejor encaje constitucional -menos cuestionable- si se configurase un mejor equilibrio legal entre la importancia del derecho eliminado y el derecho “compensatorio” de resarcimiento que se les reconoce. Y ello sólo parece poder ser logrado, en línea de principio, mediante el reconocimiento a favor de los mismos del ya referido *derecho de separación* de la sociedad ante la atribución indirecta a la mayoría de la facultad de imponer acuerdos impugnables a la minoría, derecho de separación que sería más acorde con el principio

de justo equilibrio y onerosidad entre las posiciones de las partes en toda de relación jurídica patrimonial de carácter oneroso.

4. CARACTERES DEL SISTEMA DE RESARCIMIENTO EX ART. 206.1 pf. 2º LSC

4.1. Aspectos preliminares

El art. 206.1 pf. 2º LSC impone sobre la sociedad de capital un sistema de resarcimiento ante los socios ultraminoritarios de características especiales en cuanto que se separa de los contenidos y elementos propios del sistema de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Conviene señalar que el texto literal del art. 206.1 pf. 2º LSC no contiene el término "responsabilidad" como calificativo de su contenido normativo. Se refiere al derecho que se atribuye a los socios ultraminoritarios de obtener el *resarcimiento* de los daños que les hubiere causado un acuerdo impugnado ante la pérdida de su derecho de impugnación como especie de compensación por su deber indirecto (y no exento de paradoja) de tener que soportar la eficacia de un acuerdo ilícito. Pero parece que se trata de una deuda de responsabilidad si bien no encaja en los moldes propios del sistema de la responsabilidad civil. No encaja en tales moldes tradicionales por varias razones.

(i) En primer lugar, se observa que el obligado al pago de la deuda en concepto de resarcimiento no es el o los causantes reales del daño sino que la misma se impone a la sociedad. Los autores y, por tanto, los responsables reales del daño infligido a los socios ultraminoritarios, son los socios que adoptan e imponen acuerdos ilícitos o, en su caso, los administradores miembros del consejo de administración que los adopte, así como, en su caso, los administradores que ejecuten acuerdos sociales no obstante su carácter ilícito. En este sentido, la sociedad actúa como especie de aseguradora legal de la responsabilidad de sus socios y administradores, en su caso, ya que se atribuye acción directa contra ella a las minorías para obtener el resarcimiento que les sea debido; de forma que, por ello, cabe mantener que la sociedad debe disponer de acción de repetición contra los socios o administradores directamente causantes del daño en función de obtener el debido resarcimiento, el cual cabe mantener que puede ser instado por administradores y socios en general.

(ii) En segundo lugar, se ha de observar que este sistema de resarcimiento presenta importantes especialidades en sus elementos estructurales respecto de los propios del régimen de la responsabilidad civil. Se trata, en un primer aspecto, de una responsabilidad imputable a la sociedad de forma objetiva o, acaso, en régimen de *acción directa* e inmune, por tanto, a la excepción de falta de culpabilidad que ésta podría oponer en un contexto ordinario de responsabilidad civil. En un segundo aspecto, se observa que la determinación y evaluación del daño resarcible presenta asimismo especialidades propias. Finalmente, se ha de observar que la relación de causalidad entre daño y acuerdo impugnado causante del mismo es o puede ser bastante etérea e,

incluso, más bien, irrelevante al efecto de que sea declarado el derecho de resarcimiento a favor del socio ultraminoritario.

(III) En tercer lugar, la función de este sistema de resarcimiento es de orden compensatorio. Esto es: no es en rigor un resarcimiento en el sentido de indemnización, ni tampoco puede entenderse que sea una sanción civil impuesta a la sociedad (entre otras cosas, porque ella no es la autora del acuerdo ilícito); es decir, no se trata de un resarcimiento en sentido propio porque el daño permanece y permanecerá (no es posible, por tanto, una indemnización en sentido propio) ya que el acuerdo ilícito no se anula y, por tanto, seguirá produciendo sus efectos o bien los producidos serán irremediables (si bien éstos no tienen por qué ser necesariamente dañinos fuera de su contenido ilícito, al menos en línea de principio); se trata, admítase la vulgarización-degradación, de conferir una especie de "premio de consolación" a los ultraminoritarios: Vds. deben estar y pasar por una ilicitud a cambio de recibir una más o menos aceptable compensación económica cuya cuantía fijará un juez considerado el nivel de "grosería" de la ilicitud a soportar, entre otros aspectos.

4.2. Deuda de imputación objetiva a la sociedad de capital mediante atribución de acción directa contra ella a favor del socio ultraminoritario

El régimen de nacimiento de la deuda de resarcimiento de la sociedad a favor de los socios ultraminoritarios puede calificarse como *objetivo* si se considera que se atribuye a favor de éstos una acción directa contra la sociedad para obtener de la misma el resarcimiento al que puedan tener derecho, a pesar de que la sociedad no es la causante ni la responsable real de la adopción del acuerdo ilícito. En este sentido, la sociedad ocupa una posición similar a la del asegurador en el seguro de responsabilidad civil. El perjudicado dispone de acción directa contra el asegurador, el cual no puede valerse de excepciones personales para evitar el nacimiento de su obligación de pago de la suma reclamada. Puede afirmarse, por ello, que la obligación de resarcimiento que se impone sobre la sociedad nace al margen de la concurrencia de dolo o de culpa de la sociedad ante la adopción del acuerdo social ilícito que actúa como fuente última de la obligación resarcitoria. Ello significa, por tanto, la irrelevancia de los elementos subjetivos propios del sistema de imputación de responsabilidad (dolo o culpa) ante el nacimiento de la deuda resarcitoria.

La relevancia práctica de este carácter objetivo-directo de nacimiento de esta obligación de resarcimiento es doble. (i) Por una parte, el socio ejercitante de la acción resarcitoria queda eximido de la carga probatoria de los tales elementos de imputación de la responsabilidad en el seno del proceso. Le basta en este aspecto con probar el carácter *impugnable* del acuerdo fuente de la obligación de resarcimiento, esto es, la existencia de una conducta antijurídica de la sociedad bajo la forma de acuerdo social de la junta general de socios o, en su caso, del consejo de administración. (ii) Por otra parte, resulta que la eventual falta de dolo o de culpa por parte de la sociedad (criterios de imputación que no recaen sobre ella sino sobre los socios o administradores adoptantes de los acuerdos ilícitos) incluso aunque fuera así probada en el seno del proceso, es irrelevante ante el nacimiento de la obligación resarcitoria. Por consiguiente,

el simple acuerdo social ilícito de la junta general de socios o del consejo de administración actúa como fuente exclusiva de la deuda resarcitoria de la sociedad ante el socio ultraminoritario según este particular régimen.

Como argumento explicativo de tal característica del sistema, se trae a colación la comparación entre las respectivas situaciones procesales del socio ordinario que ejercita la acción de impugnación de acuerdos y la del socio ultraminoritario privado de tal facultad que ejercita su pretensión resarcitoria *ex art. 206.1 pf. 2º LSC*. En efecto, si el régimen de la obligación resarcitoria *ex art. 206.1 pf. 2º LSC* obedeciese a los parámetros propios de los regímenes de responsabilidad civil contractual o extracontractual, resultaría entonces que el socio ultraminoritario quedaría claramente en peor situación que el socio legitimado para impugnar los acuerdos sociales. Y ello porque este último solamente tiene la carga de probar que el acuerdo social que impugna es contrario a la Ley, a los estatutos sociales o al interés social para activar el sistema de protección propio y colectivo, la acción de impugnación, dirigido a la desactivación del acuerdo ilícito. Si el régimen dispuesto por el art. 206.1 pf. 2º LSC fuese un régimen ordinario de responsabilidad civil, resultaría entonces que el socio ultraminoritario se vería obligado a probar, además del carácter ilícito del acuerdo, la concurrencia de dolo o culpa de la sociedad o, acaso, de los socios que, con sus votos, han sido los responsables reales de la adopción del acuerdo ilícito. No cabe imputar culpa a la sociedad es improbable ya que, como se ha visto, ésta solamente podría predicarse respecto de los socios que, con sus votos, contribuyen a la adopción de acuerdos ilícitos, de forma que sin tal prueba la sociedad demandada podría quedar exonerada de responsabilidad en base a la falta de concurrencia de tal elemento de imputación. Por su parte, valorar y probar el dolo o la culpa de los socios votantes a favor del acuerdo ilícito significaría exigir un requisito de casi imposible aportación en la mayor parte de los casos. Seguramente por estas razones, primordialmente, la Ley atribuye al socio ultraminoritario la acción directa contra la sociedad, inmune a sus posibles excepciones personales, para obtener el resarcimiento que se le reconoce así como para salvar a éste de los problemas tácticos y procesales que se le plantearían si tuviera que interponer demandas contra todos y cada uno de los socios o administradores que, con sus votos, son los responsables directos y reales de la adopción del acuerdo ilícito.

4.3. Tratamiento del nexo o relación causal entre daño y acuerdo social ilícito

Si fuere aplicable en este orden el sistema ordinario de la responsabilidad civil, resultaría que el socio ultraminoritario quedaría en una situación procesal inadecuada a su necesidad de protección ya que tendría la carga de probar la existencia del nexo causal entre el daño que recibe y el acuerdo social ilícito, esto es, que el acuerdo social ilícito es la causa del daño recibido cuyo resarcimiento se reclama. Si ello tuviera que ser así, se generarían situaciones incompatibles con la función protectora de la ultraminoría que permite explicar la norma, según antes se ha defendido. Basta para ello pensar en la multiplicidad de posibles situaciones que pueden plantearse al respecto. Piénsese que pueden darse acuerdos ilícitos que, por sí mismos, no sean susceptibles de

producir daño patrimonial alguno ni a sociedad, ni a socios ni a terceros (y, quizá, ni tan siquiera un mínimo daño moral). Es más, cabe afirmar que lo más probable en buena parte de los casos es que un acuerdo social por sí solo no produzca daños, aunque sea ilícito. Normalmente, será la *ejecución* de acuerdos ilícitos el acto que, en su caso, pueda ser la causa de los eventuales daños que puedan sufrir los socios minoritarios (y los no minoritarios y, acaso, la propia sociedad y los terceros) y cabe mantener que existirán diferentes escenarios de intensidad y tratamiento de la relación de causalidad ante simples adopciones de acuerdos ilícitos, de ejecución de acuerdos ilícitos y de los eventuales daños experimentados específicamente por los socios ultraminoritarios (M. VENTORUZZO, 2013, págs. 639-640) ya que éstos participarán de los daños más o menos generales que el acuerdo cause o pueda causar a los socios en general con independencia de cuál sea el porcentaje de participación en el capital social de cada uno. Así, por ejemplo, un acuerdo adoptado con el voto decisivo de un socio ejercitado a pesar de su deber de abstención del voto y cuyo contenido le beneficia particularmente pero que, en cambio, perjudica a la sociedad y a los socios, puede considerarse como causa suficiente y directa del daño causado a todos los demás socios y a la sociedad. En cambio, no es el mismo supuesto el que se plantearía ante el mismo acuerdo ilícito perjudicial para sociedad y socios que se aprueba por la mayoría, con el debido respeto al deber de abstención de voto por parte de los socios obligados al mismo, pero en previa infracción de las reglas de convocatoria de la junta general. El nexo causal quizá puede considerarse como directo y claro en el primer caso mientras que es meramente accidental y, acaso, bastante cuestionable, en el segundo supuesto. La cuestión que se plantea entonces es relativa a si la aplicación del sistema protector de ultraminorías *ex art. 206.1 pf. 2º LSC* ha de ajustarse en cada caso a las polimórficas situaciones de ilicitud de acuerdos que la *praxis* puede alumbrar, como las siguientes, que se aducen sin ánimo de exhaustividad:

- a) situaciones derivadas de la adopción de acuerdos ilícitos pero no dañosos por sí mismos ni tampoco tras o por virtud de su ejecución (piénsese, por ejemplo, en un inocente cambio del domicilio social dentro del mismo término municipal, o en un cambio del modelo de órgano de administración entre los ya previstos por los propios estatutos sociales, pero que son adoptados en infracción del régimen colegial, o piénsese en una mera modificación intrascendente del objeto social que, no obstante, se aprueba sin el respeto a la previa y preceptiva información debida a los socios);
- b) situaciones en las que, razonablemente al menos, se ha de esperar a la ejecución del acuerdo -en principio ilícito- porque sólo así es posible verificar si el mismo produce daños efectivos a la sociedad o a determinados socios (así, por ejemplo, ciertos aumentos de capital cuyo único objeto es dañar a ciertas minorías por virtud del efecto “dilución” del capital tras la ejecución del aumento, o la aprobación de operaciones que, sólo tras su ejecución, se revelan perjudiciales en efecto para la sociedad, sea o no en beneficio de socios o terceros);
- c) situaciones en las que se verifica y observa una clara y directa relación causal entre la causa de la ilicitud del acuerdo y los daños que el mismo pueda producir a sociedad y socios (así, por ejemplo, la aprobación de relaciones jurídicas entre

sociedad y administradores o socios de control por las que éstos resultan beneficiados, la sociedad perjudicada y que se aprueben sin respeto a obligaciones de abstención del ejercicio del derecho de voto, o la creación de acciones privilegiadas en abuso de mayoría y sin respeto a la decisión de los accionistas no receptores de privilegios o degradados en los mismos sin consentimiento de su junta especial) y,

- d) situaciones en las que la causa de la ilicitud del acuerdo no es directa sino meramente tangencial o accidental respecto de los daños producidos por el mismo, si es que tales daños se producen en efecto (así, por ejemplo, un acuerdo de aprobación de cuentas anuales que reflejen en efecto la imagen fiel del patrimonio y la situación financiera de la empresa pero que no han ido acompañadas del informe de auditoría o del informe de gestión cuando ambos son preceptivos, es decir, que la situación real de sociedad y socios no cambiaría en nada si se hubiesen aportado ambos informes junto con las cuentas anuales finalmente aprobadas).

Parece obvio que, dada la diversidad de los diferentes escenarios que, como los expuestos, pueden darse, la relación causal entre acuerdo ilícito y daño causado no debe tener relevancia alguna ante el ejercicio de la acción resarcitoria *ex art. 206.1 pf. 2º LSC*. Ha de bastar la constancia de la ilicitud del acuerdo social como único presupuesto de estimación de la misma sin atender a los polifacéticas situaciones que puedan surgir respecto a la relación de causa-efecto entre acuerdo ilícito y posible daño derivado del mismo.

4.4. Deuda resarcitoria, no sancionadora

La doctrina italiana ha discutido sobre el carácter resarcitorio o, en su caso, sancionador, de este particular régimen presente en el nuevo art. 206.1 pf. 2º LSC a propósito de su antecedente paralelo presente en el ya referido art. 2377 *Codice civile* (vid., entre otros, R. SACCHI, 2007, págs. 138 ss.). Se trata, sin duda, de una cuestión de interés porque del sentido de la respuesta a la misma pueden derivar consecuencias decisivas sobre su real efectividad en cada caso concreto.

La cuestión tiene también relación directa con el tratamiento que se aplique a la *relación causal* entre el daño sufrido por el perjudicado y la acción u omisión causante del mismo como presupuesto del nacimiento de la obligación resarcitoria; en este caso, la relación entre el daño y el acuerdo social ilícito fuente de la misma. En el régimen ordinario de la responsabilidad civil, es doctrina legal consolidada la necesaria existencia de tal relación causal como determinante del nacimiento de la obligación resarcitoria. Sin embargo, hay casos en los que la existencia de tal relación causal entre daño y hecho causante del mismo es un elemento superfluo (y perturbador) porque el sistema de responsabilidad no persigue una función resarcitoria sino servir de medio de garantía al cumplimiento de una obligación concreta por parte de su obligado. Tal es el caso de la normas que establecen un régimen *sancionador* de responsabilidad -no resarcitorio, por tanto- que se activa por virtud del simple incumplimiento por el eventual responsable de una norma vinculante ya que tales regímenes de

responsabilidad-sanción se establecen en función de dotar de cobertura o reforzar la garantía de cumplimiento de una norma o deber al cual se asocia, destina y regula tal sistema específico de responsabilidad. Es el caso, por poner un ejemplo suficientemente conocido, del régimen especial de responsabilidad de administradores ante el incumplimiento de sus deberes legales de promoción de la disolución de la sociedad presente en el art. 367 LSC. La activación de tal régimen de responsabilidad depende de un solo presupuesto: el incumplimiento de sus obligaciones legales de promoción de la disolución por parte de los administradores. En tales casos, no se requiere, por tanto, la concurrencia de culpa o dolo en el responsable del (supuesto) daño, ni concurrencia de relación de causalidad alguna entre la acción u omisión ilícita con el (supuesto) daño causado (cf. STS de 23 de febrero de 2004, entre muchas; vid. F. SÁNCHEZ CALERO, 2005, págs. 409-410; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 2010, págs. 768 ss.). Asimismo, cabe observar que el daño sufrido por los perjudicados en estos casos no es un daño directo ni tampoco indirecto sino más, acaso, de orden especulativo. Por ello, la existencia de daño efectivo es también irrelevante en tales regímenes como presupuesto para desatar estos sistemas de responsabilidad-sanción ya que su función es persuasiva, inductora, hacia el cumplimiento de una norma por sus obligados y no, por tanto, de carácter resarcitorio.

Pues bien, en este contexto, es obvio que la acción reconocida a los socios ultraminoritarios por el art. 206.1 pf. 2º LSC no tiene naturaleza sancionadora que procedería ante la infracción consistente en adoptar acuerdos ilícitos. No es un sistema destinado a sancionar a la sociedad a consecuencia de los mismos ni es un sistema suficiente o efectivo como para inducir a los socios (o consejeros) a no adoptar tal clase de acuerdos. También desde esta perspectiva se revela clara su función compensatoria a favor de los socios ultraminoritarios. Por otra parte, se ha de considerar, como aspecto en tal sentido, la imposibilidad de imputación a la sociedad -deudora ante el socio- de la infracción consistente en la adopción por sus socios de acuerdos ilícitos, así como en el derecho que se ha de reconocer a la misma de repetir contra los responsables directos de la adopción de tales acuerdos. En efecto, si se tratase de un sistema-sanción, la responsabilidad debería recaer solamente sobre el infractor o infractores reales sin que, además, los tales dispusiesen de acción de repetición sobre nadie respecto de las consecuencias de la sanción soportada.

4.5. Tratamiento del daño. Sistema de daño mínimo objetivo sin perjuicio de eventuales daños adicionales

En el ámbito de la responsabilidad civil ordinaria, el elemento *daño* es esencial para el nacimiento de la obligación de resarcir. Sin daño no hay deuda de responsabilidad, incluso si existe comportamiento antijurídico imputable al actor. Sin daño no hay perjudicado y sin perjudicado no hay nada que resarcir. Es un principio propio del carácter resarcitorio inherente a la responsabilidad civil. Si ello fuere aplicable tal cual al régimen resarcitorio objeto de este estudio, se habría entonces de admitir que el socio ultraminoritario ejercitante de la acción *ex art. 206.1 pf. 2º LSC* debería probar necesariamente el daño recibido a causa del acuerdo ilícito ya que el *petitum* de tal

acción exigiría su probada existencia pues se trataría de obtener la condena a su indemnización. Obsérvese que en tal dirección se inclina la literalidad del precepto, el cual se refiere claramente *al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnado* al regular el contenido del derecho que se atribuye. El mismo sentido parece imbuir el Estudio de la Comisión de Expertos: "Con todo, debe señalarse que los accionistas que queden debajo de ese umbral [1 por cien y 0,1 por cien] no quedan indefensos, ya que en todo caso se les reconoce el derecho de proceder contra la sociedad *reclamando la indemnización de los daños y perjuicios que les haya ocasionado el acuerdo impugnado*" (quizá debería decir "impugnado").

No parece, sin embargo, que esta haya de ser la posición adecuada si la norma se interpreta de acuerdo con su sentido y finalidad, cual es el de ofrecer a los socios ultraminoritarios un sistema protector-compensatorio ante la obligación (indirecta) de soportar acuerdos sociales ilícitos que se les impone. Como ha sido avanzado, no todo acuerdo social ilícito produce daños necesariamente y hasta es posible afirmar que una parte muy considerable de ellos no los produzcan *per se*. Puede haber acuerdos ilícitos inocuos y acuerdos ilícitos cuyos eventuales daños derivados de los mismos sean de difícil prueba y evaluación o que los mismos se produzcan tras el transcurso de períodos de tiempo más bien amplios contados desde la fecha de adopción del acuerdo social ilícito del que traigan causa. Puede incluso haber acuerdos ilícitos que inicialmente no produzcan daños y que sí los produzcan en un futuro próximo o lejano, después incluso de haber caducado las acciones dirigidas a su anulación. Pues bien, hacer recaer las *a priori* inciertas consecuencias jurídicas de este polifacético panorama sobre el socio ultraminoritario privado de entrada de la facultad de impugnar no parece lo más equilibrado y adecuado para atender a su justa necesidad de protección una vez queda desprovisto de acción de impugnación.

Por virtud de tales consideraciones, es adecuado defender que el derecho de compensación a favor de los socios ultraminoritarios ejercitantes de la acción *ex art.* 206.1 pf. 2º LSC exige entender que la Ley configura en este aspecto un daño *típico y mínimo en cualquier caso* de adopción de acuerdo impugnado. Este daño típico y mínimo es el derivado de la obligación de tener que soportar un acuerdo social ilícito con independencia de que tal acuerdo produzca o pueda producir daños reales y efectivos a sociedad, socios o terceros. Este es el daño típico: la obligación de soportar un acuerdo ilícito. Se trata de una suerte de daño moral prefigurado cuya producción no requiere actividad probatoria alguna por parte del socio que pretende obtener la compensación. Por tanto, se presume existente *iuris et de iure*. El socio ultraminoritario no tiene derecho de obtener la anulación de acuerdos ilícitos. Debe, por tanto, soportarlos. Entonces, la fórmula de compensación-protección que el Derecho le reconoce ante ello es el derecho al pago de un resarcimiento mínimo cuyo fundamento último quizá resida en el daño moral que supone tener que estar y pasar por un acto ilícito. Por consiguiente, para tener derecho a una indemnización mínima o básica, basta con que el socio pruebe la ilicitud del acuerdo base o causa de tal suerte de daño moral típico y mínimo. Cabe observar también que esta óptica interpretativa desplaza, por irrelevante, cualquier discusión en torno al carácter directo o indirecto de este supuesto

de daño típico y mínimo en función de reconocer al socio ultraminoritario su derecho de compensación o resarcimiento (vid. R. SACCHI, 2007, págs. 151 ss.).

La prefiguración de este daño típico, mínimo y objetivo no excluye el derecho del socio ultraminoritario de obtener la indemnización de aquellos otros daños *adicionales* cuya producción efectiva y real pueda probar en el seno del proceso. En este orden, se ha planteado el problema de si el socio ultraminoritario tendría derecho al resarcimiento no sólo de los daños *directos*, entendidos como los recibidos en su patrimonio personal como efecto del acuerdo ilícito, sino también de los daños *indirectos*, entendiendo por tales los daños derivados de los previamente recibidos por el patrimonio social que se reflejan en el patrimonio del socio, normalmente en forma de disminución del valor razonable de sus acciones o participaciones sociales.

A este respecto se ha de compartir la opinión que defiende también en este aspecto la irrelevancia del carácter directo o indirecto de este daño *adicional* ante el reconocimiento del derecho del socio ultraminoritario a obtener su resarcimiento. Se justifica tal opción por virtud de la necesaria equivalencia que debe existir entre las respectivas posiciones de los socios ordinarios y la de los ultraminoritarios ante la adopción de acuerdos impugnables. En efecto, el socio ordinario dispone de la facultad de impugnar los acuerdos sociales con independencia de cual sea la causa de su ineficacia y de cuales sean los sectores de intereses eventualmente perjudicados por el tal acuerdo y con independencia de que los eventuales daños producidos por los acuerdos ilícitos sean de orden directo o indirecto. Por ello, debe reconocerse la aplicación a favor del socio ultraminoritario del principio de paridad de trato en este aspecto (cf. art. 97 LSC), lo que conduce a afirmar el derecho de éste de obtener el resarcimiento del daño adicional soportado al que tenga derecho con independencia de su carácter directo o indirecto (R. SACCHI, 2007, págs. 154 ss.; M. VENTORUZZO, 2013, pág. 655).

5. PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN ACTIVA

5.1. Adquisición y mantenimiento de la legitimación activa

Del art. 206.1 pf. 2º LSC se deriva que el especial derecho de resarcimiento que regula se reconoce a favor de los *socios ultraminoritarios*. Estos se definen por virtud de la concurrencia en ellos de dos condiciones de orden circunstancial: (i) haber obtenido la condición de socio *antes de la adopción del acuerdo* impugnable base de la pretensión resarcitoria; y (ii) ser titulares de un porcentaje de participación en el capital social *inferior* al uno por ciento del mismo en el caso de sociedades ordinarias e *inferior* al uno por mil en el caso de la sociedad anónima cotizada (cf. art. 465.2 LSC para esta última); aunque no se disponga expresamente, se ha de entender que esta segunda condición debe ser reunida por el socio también al tiempo de la adopción del acuerdo impugnable ya que otra composición sería susceptible de propiciar negocios traslativos (sean para adquirir o bien para transmitir) de acciones o participaciones sociales con el simple propósito de obtener la legitimación necesaria para el ejercicio de una de las dos

acciones de tutela posibles, la de impugnación o la resarcitoria según interesase en cada caso.

El temario relativo al régimen legal de adquisición de la condición de socio y los presupuestos legales precisos para obtener la legitimación necesaria para el ejercicio de los derechos propios de tal posición jurídica en los diferentes supuestos y formas de sociedad de capital, debe quedar remitido al no ser objeto del tema propio de estas páginas (sobre ello, entre otros, A. VEIGA COPO, 2014, págs. 240 ss., A. PERDICES HUETOS, 2011, págs. 866 ss., A. DÍAZ MORENO, 2011, págs. 942 ss). No obstante, se ha de advertir que la falta de cumplimentación de los registros en los libros de acciones nominativas, de socios o de anotaciones en cuenta, no obsta la legitimación activa para el ejercicio de acciones de impugnación y que, por tanto, tampoco debe ser óbice para el ejercicio de la acción resarcitoria que asiste al socio ultraminoritario (vid. F. SÁNCHEZ CALERO, 2007, págs. 402-403, con cita de jurisprudencia en tal sentido; A. ROJO, 2011, págs. 1455-1456, advierte la oportunidad de, en su caso, acumular la acción de impugnación y la acción de inscripción en el registro de que se trate puesto que tales inscripciones tienen carácter declarativo de la obtención de la posición de socio).

En cuanto al entendimiento de la circunstancia "antes de la adopción del acuerdo" podrían caber dos líneas interpretativas. La línea atinente a la literalidad del precepto es clara. Se habría de atender a la fecha de celebración de la junta general o del consejo de administración en los que haya tenido lugar la adopción del acuerdo ilícito ya que los acuerdos sociales son vinculantes desde que son adoptados en la correspondiente sesión (cf. art. 159.2 LSC). Nótese que el art. 206.1 pf. 1º LSC sale al paso de la STS de 18 de junio de 2012 en la que el TS interpretaba el anterior art. 203 LSC (que reconocía legitimación activa para la impugnación de acuerdos nulos a favor de *todos* los socios) de forma extraordinariamente amplia al reconocer legitimación activa para impugnar incluso a los socios que carecían de tal condición al tiempo de la adopción del acuerdo impugnado, es decir, incluso a los que adquirieron la condición de socio *después* de ser adoptados los acuerdos cuya impugnación propugnaban.

Podría ensayarse otra línea atinente no a la fecha de la sesión de la junta o del consejo sino al régimen de caducidad de las acciones de impugnación. Este régimen distingue, como es sabido, entre acuerdos inscribibles y no inscribibles en función del establecimiento del *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de impugnación. Esta última línea ofrecería, acaso, la ventaja de que permitiría ampliar el círculo de eventuales legitimados activos respecto de los acuerdos inscribibles (la obtendrían quienes adquiriesen la condición de socio tras la adopción del acuerdo pero antes de que se produzca su eventual inscripción) al tiempo que ello podría proporcionar mayores posibilidades de difusión y conocimiento del hecho de la adopción del acuerdo ilícito en cuestión. No obstante, parece preferible la primera de las opciones ya que ofrece mayor claridad y seguridad jurídica que la segunda. Conviene anotar que a quienes tengan el propósito de ejercitar la acción resarcitoria les puede interesar conocer el sentido de la calificación registral del acuerdo eventualmente ilícito sometido al principio de inscripción registral obligatoria ya que de la misma pueden derivarse razones que confirmen el ejercicio de la acción o bien contribuyan a desistir del propósito.

Otra cuestión es la relativa a la circunstancia de tiempo en o durante la que se ha de ser titular de los porcentajes de capital que definen la condición de socio ultraminoritario en relación con el tiempo de interposición de la acción resarcitoria. Esto es, si basta con ser tal al tiempo de adopción del acuerdo supuestamente ilícito o si, además de ello, se ha de continuar siendo socio ultraminoritario también al tiempo de interposición de la acción resarcitoria y también se ha de aclarar si, una vez interpuesta la misma, es exigible al actor la continuidad como socio (ultraminoritario o, en su caso, como socio ordinario) hasta la finalización del proceso. La cuestión tiene también interés porque, al no regularse plazos específicos de prescripción ni de caducidad de la acción resarcitoria (el art. 205 LSC, regulador de los plazos de caducidad, no es aplicable a la acción resarcitoria ya que tal precepto deja suficientemente claro que su ámbito de aplicación se circunscribe a las acciones de impugnación), se ha de considerar que este plazo es de prescripción y que, salvo mejor opinión, debe ser el general de quince años ya que la raíz de este especial sistema de resarcimiento es de orden *contractual* puesto que tiene su fuente en la relación jurídica que liga al socio con la sociedad de capital.

Pues bien, parecen claros dos requisitos que no admiten interpretación: (i) que es inexcusable ser *socio* (no ya ultraminoritario necesariamente) al tiempo de *interponer* la acción resarcitoria y (ii) que la condición de socio *ultraminoritario* debe haber sido obtenida *antes* de que haya tenido lugar la adopción del acuerdo eventualmente ilícito (con ello se pretende, según ha sido avanzado, evitar el nacimiento de legitimaciones puramente artificiales respecto de las que se presumen objetivos espurios como, por ejemplo, el simple propósito de obtener la legitimación para interponer esta precisa acción).

No es necesario, por tanto, continuar siendo socio *ultraminoritario* hasta la terminación del proceso una vez interpuesta la acción resarcitoria. La posición relativa de éste en el capital social puede variar libremente y sin límite alguno a lo largo del proceso. Resta, pues, aclarar si el socio ultraminoritario que, en efecto, ha interpuesto la acción resarcitoria, ha de conservar su condición de *socio* hasta la terminación del proceso, aunque sea mediante la titularidad de una sola acción o participación social. Al respecto se ha de señalar que la cuestión no puede ser resuelta a la luz de las conclusiones sobre este mismo temario en materia de acción de impugnación de acuerdos. En esta sede, se juzga oportuno, con razón, la exigencia al actor de la obligación de mantener la condición de socio hasta la terminación del proceso ya que su pérdida supone la correlativa pérdida del interés legítimo preciso al efecto (F. SÁNCHEZ CALERO, 2007, cit., pág. 403, con cita de la STS de 27 de junio de 1988). En cambio, la acción resarcitoria no tiene por objeto obtener la declaración de nulidad de un acuerdo social sino que va dirigida a obtener el pago de una compensación en dinero a favor del socio ejercitante. Se trata, por tanto, de un proceso dirigido a que se declare la existencia de un *derecho de crédito* cuyo contenido es la entrega por el deudor de una suma de dinero a favor de su acreedor. Ello es determinante para resolver la cuestión ya que el interés legítimo respecto de tal clase de pretensión no decae por el hecho de que el socio instante deje de serlo constante el proceso. El socio ejercitante ya

ha sufrido el daño y, por tanto, es ya acreedor al pago de la compensación. Con el proceso persigue que ello sea así judicialmente declarado y que la sociedad sea condenada al pago. Mantiene, por tanto, su interés legítimo con independencia de que deje de ser socio antes de la terminación del proceso por lo que la pérdida de tal condición es irrelevante para la consecución del proceso hasta su terminación sin pérdida por el demandante de su legitimación activa. Del mismo modo, ya que se trata de que se declare la existencia de un derecho personal o de crédito, el socio demandante puede perfectamente ceder a cualquiera su eventual crédito litigioso constante el proceso según dispone el art. 17 LEC. Por las mismas razones, como se ha indicado, son irrelevantes al efecto las eventuales variaciones durante el proceso del porcentaje de capital bajo la titularidad del socio ultraminoritario tras la interposición de la acción resarcitoria. Su porcentaje de participación puede variar a lo largo del proceso y puede exceder el porcentaje límite excluyente de la acción resarcitoria sin que ello afecte al proceso ya entablado y en curso.

5.2. Modificación estatutaria de la condición de socio ultraminoritario

La norma admite que los porcentajes máximos de capital (uno por cien y uno por mil) que actúan como excluyentes de la legitimación activa precisa para interponer la acción de impugnación de acuerdos sociales sean *reducidos* mediante disposición *estatutaria*. En este orden, parece que se ha de admitir que los estatutos sociales pueden incluso llegar hasta *eliminar* la misma acción resarcitoria mediante la extensión del derecho de impugnación de acuerdos sociales a favor de *todos* los socios, esto es, disponiendo la suficiencia al efecto de quien acredite la titularidad de una sola acción o participación social, aunque fueren sin voto.

5.3. El derecho de resarcimiento como derecho individual del socio ultraminoritario, sin perjuicio de la agrupación entre socios ultraminoritarios al efecto de obtener los porcentajes de capital precisos para poder ejercitar la acción de impugnación

Un aspecto de interés del régimen de la acción resarcitoria propia de la situación del socio ultraminoritario es la relativa a su calificación como derecho individual a favor del mismo o si, por el contrario, su ejercicio ha de quedar supeditado al presupuesto de que su ejercicio no sea instado por socios que, en conjunto, superen los límites legal o, en su caso, estatutario, establecidos como delimitadores de la condición de socio ultraminoritario a estos efectos. En otras palabras, se trata de aclarar si asiste a la sociedad una excepción de conversión de la acción resarcitoria en ordinaria acción de impugnación de acuerdos sociales en aquellos supuestos en los que tenga lugar el ejercicio de sus acciones resarcitorias por parte de diferentes socios ultraminoritarios, cada uno de forma aislada (o también conjunta), cuando los diversos ejercitantes (organizados o no al efecto) exceden en conjunto los porcentajes de capital máximos al efecto, es decir, los ejercitantes superan, en conjunto, el porcentaje el uno por cien del capital si se trata de una sociedad ordinaria o el del uno por mil si se trata de una

sociedad cotizada (o, en su caso, exceden los porcentajes menores que puedan haber establecido los estatutos sociales). Tratamos de excepción de "conversión de la acción resarcitoria en acción de impugnación" porque, si tal excepción se admitiera, la sociedad podría optar a transformar la pretensión inicialmente resarcitoria en pretensión simplemente impugnatoria en el bien entendido de que las dificultades procesales al efecto parecen considerables a falta de previsión legal específica.

Entendemos que la cuestión se ha de resolver en sentido negativo. La sociedad no dispone de tal excepción. O, considerado desde la faceta del socio ultraminoritario, se ha de entender que el derecho de resarcimiento se atribuye con carácter de *derecho individual* a favor de todo socio que, *individualmente* considerado, no alcance por sí mismo los porcentajes de capital precisos para obtener la legitimación necesaria para el ejercicio de la acción de impugnación. Tampoco debe alterar esta opción la causa genérica de la eventual ilicitud del acuerdo social, esto es, si se trata de un acuerdo contrario a la Ley, a los estatutos sociales (o reglamentos de junta general de socios o de consejo de administración) o al interés social, en el sentido de la influencia de tales grupos de causas de eventual ilicitud de acuerdos sociales sobre los condicionamientos a la legitimación activa según se trate de socios ausentes, disidentes, o privados ilegítimamente de su derecho de voto.

A favor de esta opción nagatoria se inclina, en primer lugar, (i) la clara literalidad del precepto, del cual se deriva que tal derecho de resarcimiento se reconoce a favor de *todos y cada uno* de los socios ultraminoritarios. El precepto dispone que "*en todo caso, los socios que no los alcancen tendrán derecho* al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnado". (ii) En segundo lugar, se ha de considerar que, si bien el daño típico y mínimo es común a todos los ultraminoritarios (el daño objetivo que supone el deber de soportar un acuerdo ilícito), en cambio, los eventuales daños *adicionales* que puedan derivar del acuerdo impugnado pueden ser distintos para cada uno en función de la posición o, acaso, de los intereses particulares de cada uno de ellos, aspecto este que puede ser polifacético. (iii) En tercer lugar, se ha de considerar que las causas de impugnación del acuerdo pueden no ser las mismas para cada socio ultraminoritario ejercitante de la acción resarcitoria (por ejemplo, uno puede haber sido lesionado en su derecho de información mientras que otro ha tenido problemas con la convocatoria o con el ejercicio de su derecho de voto) aspecto este que podría ser impeditivo de una posible acumulación de diferentes procesos. (iv) En cuarto lugar, de admitirse la exclusión automática del derecho de resarcimiento cuando los ejercitantes de la correspondiente acción superen, en conjunto, los porcentajes de capital máximos establecidos, resultaría que tal derecho de resarcimiento podría quedar fácilmente enervado por virtud de actuaciones inversas idóneas a tal efecto por parte de los socios de control o, simplemente, por parte de los grupos no interesados en que prosperen las acciones de resarcimiento, es decir, tal derecho quedaría al socaire de los grupos de socios mayoritarios más o menos organizados (por ejemplo, mediante la creación artificial de un grupo de ultraminoritarios bajo control de los socios de control cuyo objetivo fuera el de acompañar a los ultraminoritarios reales en el ejercicio de sus acciones resarcitorias con el objeto de exceder los porcentajes máximos y así enervar tales acciones y convertirlas en acción de impugnación). (v) Por último, en apoyo de

esta opción, se ha de considerar que los ultraminoritarios pueden interponer sus acciones de resarcimiento en el tiempo que interese a cada uno; es decir, no han de actuar necesariamente al unísono ni concertarse a tal efecto. Es posible pensar que algunos esperasen para decidir sobre su interposición hasta conocer el resultado que hayan obtenido quienes hayan podido precederles teniendo acaso la precaución de realizar los actos de interrupción de la prescripción de la acción idóneos a tal efecto; y tampoco existe objeción a que un grupo de ultraminoritarios se concierte en función de que uno de ellos ejercite la acción de resarcimiento con carácter simplemente *experimental*, de forma que, una vez comprobadas las posibilidades de éxito de la misma, la acción sea o no interpuesta por los restantes de los concertados en función del resultado obtenido por parte del pionero.

6. RELACIONES ENTRE ACCIÓN DE RESARCIMIENTO Y ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN. INCIDENCIA DE LA REVOCACIÓN Y SUSTITUCIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

6.1. El enjuiciamiento del carácter impugnabile del acuerdo ha de realizarse con arreglo a los parámetros generales

La reforma operada en la LSC por la Ley 31/2014 ha incidido en aspectos relevantes del régimen sustantivo de la impugnación de acuerdos sociales. Entre sus nuevas líneas destaca la tendencia, explicitada en el art. 204.3 LSC y ya avanzada antes por la Jurisprudencia, hacia la protección de la eficacia del acuerdo social incluso cuando se constate que en su adopción han sido infringidas normas imperativas en los casos en los que tales infracciones, por su levedad o bien por su intrascendencia, no pueden considerarse lesivas en efecto de los intereses en presencia dada su escasa significancia o bien su falta de entidad para afectar negativamente a los derechos de los socios actores o a la posición de la sociedad. Pues bien, tales excepciones a la pretensión de ineficacia de un acuerdo social son también oponibles por la sociedad ante la pretensión resarcitoria del socio ultraminoritario a fin de destruir el necesario presupuesto de éxito de la acción resarcitoria: que la misma se base en la adopción de un acuerdo ilícito o impugnabile. En el caso de que la acción resarcitoria se base en tales causas o motivos de impugnación de entidad insuficiente porque, aunque constitutivos de infracciones, carecen de la necesaria gravedad o entidad para determinar la ineficacia del acuerdo social de que se trate, la pretensión resarcitoria debe ser desestimada. Porque incurre en la falta de uno de sus presupuestos básicos: la existencia de un acuerdo realmente *impugnabile*. En definitiva, si el acuerdo es válido y eficaz porque no cabe su anulación, con mayor razón no debe proceder resarcimiento de daño alguno sobre tal base (M. VENTORUZZO, 2013, págs. 647-648).

6.2. Concurrencia entre acción de impugnación y acciones resarcitorias

Las acciones resarcitorias pueden coincidir en el tiempo con el ejercicio de acciones de impugnación sobre el mismo acuerdo sobre el que se basen las primeras. Esto no debe suponer problema de fondo alguno. No obstante, en los casos de concurrencia en el tiempo de ambas acciones, puede parecer adecuada la suspensión de los procedimientos relativos a las acciones resarcitorias por litispendencia hasta la terminación del proceso de impugnación ya que el sentido de la resolución de éste (estimación o no de la impugnación) tiene manifiesta incidencia sobre aquéllos. Es cierto que existe el riesgo de que se interpongan acciones de impugnación con el simple propósito de retrasar o entorpecer la resolución de las acciones resarcitorias hasta tanto haya sentencia firme sobre las primeras. Pero es un riesgo no evitable para los ultraminoritarios. Quizá estos podrían esperar al vencimiento de los plazos de caducidad de las acciones de impugnación antes de interponer sus acciones resarcitorias -cuyo plazo de prescripción es el general- a fin de paliar tal posible riesgo.

6.3. Acción resarcitoria y revocación y sustitución de acuerdos sociales

La LSC (art. 204.2) dispone la improcedencia de la acción de impugnación de un acuerdo social en los casos en los que haya tenido lugar su revocación ("haya sido dejado sin efecto") o bien si el mismo, en principio ilícito, ha sido sustituido por otro acuerdo válidamente adoptado (sobre este temario vid. F. SÁNCHEZ CALERO, 2007, págs. 377 ss.). Tras la Ley 31/2014, el nuevo art. 204.2 dispone en este aspecto:

2. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado *antes* de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación. Si la revocación o sustitución hubiera tenido lugar *después* de la interposición, el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho del que impugne a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor.

Tras la reforma según Ley 31/2014, acuerdos revocatorios y sustitutorios pueden ser adoptados y producir sus efectos tanto *antes como después* de ser interpuestas demandas de impugnación contra los acuerdos objeto de revocación o de sustitución. Tales circunstancias de tiempo (antes o después de la interposición de acciones de impugnación) inciden sobre la posición de los afectados por los acuerdos revocados o sustituidos. Pues bien, este régimen debe reputarse plenamente trasladable al ámbito de la acción resarcitoria reconocida a los socios ultraminoritarios. Del mismo modo que las acciones de impugnación decaen por virtud de acuerdos revocatorios y sustitutorios de los acuerdos ineficaces adoptados *antes* de la interposición de la demanda, también debe decaer la acción resarcitoria de los ultraminoritarios. Con el acuerdo revocatorio o sustitutorio desaparece también el presupuesto inexcusable para la estimación de la acción resarcitoria cual es la existencia de un acuerdo impugnado. Desaparecido el

acuerdo ilícito desaparece con él el daño y la consiguiente base de la acción resarcitoria del mismo.

Si el acuerdo revocatorio o sustitutorio es adoptado *después* de interpuesta alguna acción resarcitoria, el tratamiento difiere sólo en un aspecto. La norma transcrita elimina el efecto propio del principio *perpetuatio iusisdictionis* ya que el juez debe dictar auto de terminación del proceso por desaparición del objeto de la *litis*. Sin embargo, en este caso se reconoce a favor del impugnante el derecho de instar la eliminación de los efectos del acuerdo extinguido y a la "*reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor*." Esta última proposición es la que afecta a nuestro tema. El socio ultraminoritario no dispone de acción dirigida a la eliminación de los efectos del acuerdo ilícito mientras el mismo estuvo en vigor, pero sí sigue disponiendo de la acción resarcitoria referida cuyo contenido es el derecho de obtener la reparación de los daños que el acuerdo le haya podido causar durante tal mismo lapso de tiempo. Sin embargo, del cómputo de tales daños se ha de excluir el daño moral mínimo consistente en el causado a consecuencia de la obligación de soportar un acuerdo ilícito, al menos con carácter general ya que cabe la hipótesis de daño moral derivado de un tiempo prolongado de innecesaria aplicación del acuerdo no obstante su ilicitud. En cuanto a los daños que calificamos como *adicionales*, parece claro que la sociedad vendrá obligada a resarcir, al menos, los gastos procesales y extraprocesales en los que el socio haya podido incurrir en función de interponer la acción resarcitoria cuyo proceso, a diferencia del caso de las acciones de impugnación contra acuerdos sustituidos o revocados, sí debe continuar hasta su terminación por sentencia, allanamiento, desistimiento o transacción.

7. OTROS MEDIOS DE TUTELA DEL SOCIO ULTRAMINORITARIO Y TUTELA DE LA SOCIEDAD CONDENADA A RESARCIR

(i) El especial sistema de tutela del socio ultraminoritario cuyos aspectos más destacables acaban de ser expuestos, no excluye la virtualidad de otras medidas protectoras de sus intereses que pueden asistir a éste, así como a favor de otros perjudicados (socios minoritarios ordinarios y terceros). Puede ser adecuado apuntar ahora las dos siguientes (cf. A. ROJO, 2011, págs. 1436-1437): a) la acción de responsabilidad civil contra los socios mayoritarios que, conscientes de la ilicitud, hubiesen emitido su voto favorable a una propuesta de acuerdo contraria a la Ley, a los estatutos sociales o al interés social ya que a tales socios de control incumbe el respeto al deber general de buena fe en el ejercicio de sus derechos de control (puede ser la sociedad dominante en el caso de grupo de sociedades); b) la acción de responsabilidad civil contra los administradores cuando la ejecución por parte de éstos de acuerdos ilícitos sea la causa de los daños directos causados a los socios. Obviamente, al tratarse de acciones de responsabilidad civil, no son aplicables a las mismas las especialidades expuestas en materia de nacimiento de la obligación resarcitoria, tratamiento del daño y la relación causal propios de la acción resarcitoria a favor del socio ultraminoritario.

(ii) La sociedad condenada al resarcimiento por virtud del éxito de la acción *ex art.* 206.1 pf. 2º LSC incurre en un supuesto de deuda sin responsabilidad. Es declarada legalmente deudora de una prestación que no le es imputable y de la que no es responsable ya que la tal responsabilidad sólo es imputable a los socios de control que, con su voto, han contribuido a la formación del acuerdo ilícito y, en su caso, a los administradores que lo hayan ejecutado indebidamente. Se trata de un recurso legal protector de la posición del socio ultraminoritario. Se reconoce a favor de éste una acción directa contra la sociedad ya que de otro modo podría tropezar con dificultades insalvables para identificar, demandar y obtener una condena contra los responsables directos de la adopción del acuerdo ilícito. Por consiguiente, debe reconocerse a la sociedad acción de repetición contra los responsables reales de este daño que se causa al patrimonio social (M. VENTORUZZO, 2013, págs. 666-667). Otra cuestión, en la que no podemos entrar aquí, es la relativa a las dificultades de diferente orden que hayan de superar los interesados en la interposición de tal acción de repetición en favor de la sociedad los cuales pueden tropezar, ya de entrada, con insalvables problemas de legitimación activa. Se debería valorar la regulación de una suerte de acción social de responsabilidad contra los socios de control bajo la inspiración de los criterios que rigen la acción social de responsabilidad contra los administradores, si bien bajo los mismos pesimistas augurios que tal clase de acción reporta a favor de los socios minoritarios. Es cierto que pudiera proceder la general *actio pro socio* ejercitable por cualquier socio en interés de la sociedad. Sin embargo, no son pocas las incertidumbres que ello plantea y cuyo estudio se halla al margen de estas páginas.

BIBLIOGRAFÍA

- F. D' ALESSANDRO, "La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori", en AA.VV., *Le grandi opzioni della riforma, del diritto e del processo societario*, Padova, 2004.
- A. DÍAZ MORENO, "Artículo 116", en A. ROJO/ E. BELTRÁN (dirs.), *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Navarra, 2011.
- L.M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos fundamentales*, 3ª ed., Navarra, 2008.
- L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, tomo I, Valencia, 2010.
- J. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952.
- J. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, tomo I, Madrid, 1976.
- P. MARCHETTI/ A. PICCIAU, "Art. 2379-ter", en AA.VV. *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008.
- A. PERDICES HUETOS, "Artículo 104" y "Artículo 105", en A. ROJO/ E. BELTRÁN (dirs.), *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Navarra, 2011.
- G.B. PORTALE, "L'invalidità delle delibere assembleari: tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria", en AA.VV., *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Milano, 2007.

- A. ROJO, "Artículo 205", en A. ROJO/ E. BELTRÁN (dirs.), *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Navarra, 2011.
- R. SACCHI, "Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza", en AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, Torino, 2007.
- F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, Navarra, 2005.
- F. SÁNCHEZ CALERO, *La junta general en las sociedades de capital*, Navarra, 2007.
- A. VEIGA COPO *et altri*, *Estudios jurídicos sobre la acción*, Navarra, 2014.
- M. VENTORUZZO, "Il risarcimento del danno da deliberazione assembleare invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare", *Rivista delle Società*, 2013.

HACIA LA LEGITIMACIÓN DEL FRAUDE: LA EXTINCIÓN DE LAS SOCIEDADES SIN PATRIMONIO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

JUAN BATALLER GRAU*

Resumen

El Anteproyecto de Código mercantil contiene una sugestiva novedad en sede de extinción de sociedades para aquellos supuestos en que la sociedad finaliza la fase liquidatoria sin patrimonio. Se propone eludir el recurso al concurso de acreedores que sería sustituido por un procedimiento ante el Registro mercantil, descargando de trabajo a los órganos jurisdiccionales. Las páginas siguientes las dedicamos a desentrañar las claves de la propuesta legislativa. Por un lado, intentaremos evidenciar aquellas dudas interpretativas que nos ha surgido de su lectura, lo que a nuestro juicio menoscaba la seguridad jurídica. Por otro lado, y aquí reside la principal crítica que plantea este trabajo, estimamos que la propuesta obvia nuestra realidad societaria, lo que nos atrevemos a pronosticar redundaría en facilitar que sean resueltas sin consecuencia alguna para los defraudadores muchas liquidaciones hechas torticeramente.

Contenido

1. Introducción. – 2. El procedimiento de extinción de las sociedades sin patrimonio en el anteproyecto de código mercantil – 3. Los presupuestos del procedimiento registral. – 3.1. El presupuesto subjetivo. – 3.2. El presupuesto objetivo. – 3.3. La coordinación del procedimiento registral con el Derecho concursal. – 4. La legitimación para iniciar el procedimiento registral. – 5. La escritura pública y su depósito. – 5.1. El contenido de la escritura. – 5.2. Su depósito: efectos y publicidad. – 5.3. Su naturaleza de depósito: la ausencia de control sobre los presupuestos del procedimiento registral. – 6. El informe del experto independiente. – 6.1. La solicitud del informe. – 6.2. La designación y aceptación del experto independiente. – 6.3. Los honorarios del experto independiente. – 6.4. El contenido del informe del experto. – 6.5. Los efectos del informe pericial. – 7. Los efectos de la extinción registral. – 8. Valoración crítica de la reforma.

* Catedrático de Derecho mercantil, CEGEA, Universitat Politècnica de Valencia.

1. INTRODUCCIÓN

El Anteproyecto de Código mercantil¹ propone dar un paso más en el camino ya recorrido en aras a una pretendida simplificación de la insolvencia, permitiendo la extinción de sociedades sin el hasta ahora inexcusable control jurisdiccional². Concretamente, la sección 4ª, del Capítulo II, del Título VII del Libro segundo relativo a las sociedades mercantiles, bajo la rúbrica de la extinción de la sociedad en caso de falta de activo contempla la posibilidad de que sea el registrador quien pueda extinguir la sociedad cuando carezca de activo. Aquí ya no se trata de obviar al juzgado en búsqueda de la anhelada celeridad que permita la salvación de la empresa en situación de mera iliquidez. Ahora se trata únicamente de certificar la extinción de la sociedad, por lo que ya no es indispensable que el procedimiento sea rápido. No es que preconicemos la necesaria lentitud en esta materia. Simplemente afirmamos que los apremiantes plazos que han de presidir el acuerdo entre deudor y acreedores para salvar la empresa distan mucho de los exigibles cuando de la mera liquidación de la sociedad se trata. Y es que las prioridades y, por ende, los principios no son los mismo en sede de convenio que en fase de liquidación, a mayor abundamiento cuando el patrimonio es inexistente.

No es descartable que dada la prolija tramitación del Anteproyecto, su ideación fuera anterior a la entrada en vigor del art. 176 bis de la Ley concursal que, a nuestro juicio, da una mejor solución al problema de las sociedades sin patrimonio. Pero lo bien cierto es que el articulado continúa en el Anteproyecto de Código Mercantil, por lo la regulación entraría en vigor en el caso de aprobarse tal y como está.

Conviene recordar que en su redacción originaria la Ley concursal no satisfacía adecuadamente la problemática de las sociedades sin patrimonio³. Por un lado, se le imponía una serie de gastos importantes en materia de publicidad a quien ya no tenía con que atender esos pagos, lo que implicaba problemas procedimentales importantes y conflictos constantes con los procuradores que no querían hacerse cargo de las publicaciones e inscripciones hasta que no tuvieran la correspondiente provisión de fondos. Igualmente, los administradores concursales eran muy renuentes a la aceptación del cargo en sociedades que se sabía no tenían activo con los que atender su retribución. Estos, junto con otros argumentos de carácter técnico, hicieron que se extendiera la idea entre los juzgados de lo mercantil de nuestro país sobre la bonanza de rechazar la solicitud de concurso *ab initio*. Dado que ante este rechazo solo cabe recurso de reposición, el concurso estaba abocado a su inexorable archivo.

¹ Hemos elaborado este trabajo con el texto aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014 como Anteproyecto de Ley.

² Una visión panorámica sobre esta tendencia hacia la desjudicialización de la insolvencia, permítasenos, puede consultarse en BATALLER GRAU, J., “Dógmata, tópicos y falacias sobre la desjudicialización de la insolvencia: una visión crítica”, en VV.AA., *Estudios en homenaje al Prof. Emilio Beltrán*, (en prensa).

³ Sobre la situación antes de la introducción del art. 176 bis de la Ley concursal puede consultarse PULGAR EZQUERRA, J., “Los concursos de acreedores sin masa activa ab initio: un problema a resolver”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 2007, pp. 1837 y ss.

El problema residía entonces en que el registrador mercantil tampoco podía inscribir la extinción de la sociedad, pues la legislación societaria conmina incluso en fase de liquidación societaria a instar el concurso cuando la sociedad esté en situación de insolvencia. Se creaba así un sinsentido jurídico en el que la sociedad no podía alcanzar la extinción por ninguna vía: el juez rechazaba la declaración del concurso por falta de requisitos y el registrador mercantil no cancelaba la inscripción por estar la sociedad en situación de insolvencia.

El legislador intervino y adoptó una solución que, a nuestro modesto entender, ha de merecer una valoración positiva. Efectivamente, el art. 176 bis de la Ley concursal consagra una suerte de concurso “express” en el que el juez, a la vista de la documentación aportada en la solicitud del concurso declara en el mismo auto junto a la apertura del concurso la extinción de la sociedad que conducirá a la cancelación registral de la sociedad y al subsiguiente archivo del procedimiento concursal⁴. Obsérvese como aquí hay dos elementos muy reseñables en la solución técnica adoptada: a) la extinción de la sociedad se hace tras el preceptivo control jurisdiccional a la vista de una amplia documentación contenida en el art. 6 de la Ley concursal y que en ocasiones los jueces amplían solicitando al instante información adicional que va más allá de la contenida en el mismo art. 6 de la Ley concursal; b) la conclusión del procedimiento concursal puede recurrirse ante el juzgado correspondiente y, en el caso de que sea estimado el recurso, el concurso continúa por los trámites habituales.

2. EL PROCEDIMIENTO DE EXTINCIÓN DE LAS SOCIEDADES SIN PATRIMONIO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

La propuesta del Anteproyecto de Código mercantil difiere sustancialmente de la vigente Ley concursal en múltiples puntos, por lo que conviene realizar una breve exposición de conjunto del procedimiento para posteriormente efectuar un análisis más pormenorizado de sus diferentes elementos. El procedimiento previsto, de manera resumida, es el siguiente:

1º) Los liquidadores, consumada la ausencia de patrimonio, han de otorgar una escritura pública que ha de reunir diversas informaciones contenidas en el art. 272-44 del Anteproyecto: *“un informe completo sobre las operaciones de liquidación; una relación sobre los actos de disposición patrimonial realizados dentro de los dos años anteriores a la apertura de la liquidación; una relación de los créditos extinguidos en*

⁴ Sobre la solución concursal a las sociedades sin patrimonio véase : FUENTES DEVESA, R., *La declaración y conclusión simultánea de concurso o "concurso express"*, Fe de erratas, Madrid, 2013; GARCÍA CRUCES, J.A., “El fracaso del proceso concursal ya declarado”, *Anuario de Derecho concursal*, nº 30, 2013, pp. 11 y ss; PULGAR EZQUERRO. J., “Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº 41, 2013, pp. 23 y ss; ALCOVER GARAU, G., “Aproximación al régimen jurídico de los concursos sin masa”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 28, 2013, pp. 27 y ss; CABALLERO GARCÍA, F., “La especialidad de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa”, en VV.AA., *La aplicación práctica de la nueva Ley concursal tras un año de vida*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 401 y ss.

los dos años anteriores a la apertura de la liquidación, con expresión de la identidad del acreedor, de la cuantía del crédito y del modo y de la fecha en que esa extinción hubiera tenido lugar; una relación de los créditos extinguidos a partir de la apertura de la liquidación, con las mismas indicaciones; una relación de los créditos no satisfechos, con expresión de la identidad del acreedor, de la cuantía del crédito de que fuera titular y, en su caso, de la identidad de quien hubiera prestado garantías personales o reales para el pago del crédito; así como una relación de los procedimientos judiciales en curso en los que la sociedad fuera parte.”

2º) Esta escritura es depositada en el Registro mercantil (art. 272-45) lo que produce dos comunicaciones muy importantes: por un lado, se va a publicar este depósito en el BORME y en la página web de la sociedad (o subsidiariamente, en caso de inexistencia, en un diario de gran circulación en la provincia en que radiquen sus intereses principales) –art. 272-46-; y se comunicará al juzgado de lo mercantil para evitar que puedan presentarse concursos necesarios contra la sociedad, quedando exonerado igualmente el liquidador del deber de instar el concurso.

3º) A partir de aquí pueden suceder dos cosas: los acreedores insatisfechos o garantes tienen un plazo de 20 días desde la publicación del depósito para solicitar el nombramiento de un experto independiente que produce los efectos que veremos a continuación; en caso contrario, el registrador está obligado a declarar la sociedad extinguida y seguidamente cancelar la inscripción de la sociedad en el Registro mercantil. Extinción que acarrea el drástico efecto de producir *“la extinción de los créditos insatisfechos, pero no de las garantías personales que se hubieran otorgado ni de las garantías reales que se hubieran constituido por terceros.”*

4º) En caso de solicitud de nombramiento de experto independiente (art. 272-49), el registrador fijará la provisión de fondos para su retribución. Ésta será a cargo del solicitante y, en caso de no ser satisfecha, producirá el decaimiento de la solicitud. En caso de varios solicitantes, no se modificará la provisión de fondos inicialmente prevista.

5º) El registrador designará *“a su prudente arbitrio”* al experto independiente, quien ha de ser auditor de cuentas o letrado que reúna los requisitos exigidos para ser nombrado administrador concursal (art. 272-50) y no estar sometido a las causas de incompatibilidad previstas para los peritos judiciales (art. 272-51).

6º) Una vez producida la aceptación del experto independiente, éste tiene dos meses desde su nombramiento para emitir un informe que *“hará constar si procede el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los antiguos administradores o contra los liquidadores y si, en caso de concurso, procedería ejercitar acciones de reintegración de la masa activa y si sería previsible que la sentencia de calificación contuviera condena a la cobertura total o parcial del déficit”* (art. 272-52).

7º) El resultado de las actuaciones del experto independiente conduce a una disyuntiva final: si el informe es negativo, la sociedad deberá extinguirse según se ha explicado anteriormente (art. 272-53); si el informe es positivo o no se ha podido emitir informe por la falta de documentación para ello, el registrador remitirá al juez competente para la declaración de concurso la escritura pública depositada y el informe del experto, documentación que será considerada como solicitud de concurso voluntario

y, admitiéndose expresamente que el experto pueda ser nombrado como administrador concursal (art. 272-54).

3. LOS PRESUPUESTOS DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

Llegados a este punto, conviene comenzar por situarnos dentro del esquema del Anteproyecto de Código mercantil en sede de liquidación de sociedades. Aquí la propuesta legislativa ofrece la siguiente disyuntiva: si disuelta la sociedad la consecuencia de las operaciones de liquidación es la obtención de un activo repartible o cuanto menos se han podido saldar la totalidad de las deudas con los acreedores, se aplicará la sección segunda relativa a la liquidación societaria -tal y como se ha venido haciendo hasta la actualidad-; ahora bien, si por el contrario la sociedad en liquidación no puede satisfacer plenamente a sus acreedores, en cuanto se agote su patrimonio, deberán los liquidadores iniciar el procedimiento previsto en la sección cuarta que pasamos a analizar.

3.1. El presupuesto subjetivo

En primer lugar, hemos de destacar que este procedimiento, dada su ubicación sistemática, es aplicable a cualquier sociedad mercantil. Por consiguiente, y esto creemos que es necesario enfatizarlo, no estamos aquí ante un procedimiento diseñado exclusivamente para las sociedades de capital, sino que también lo será a las sociedades personalistas.

Su aplicación a las sociedades personalistas, empero, plantea dudas dada la existencia de una responsabilidad del socio por las deudas de la sociedad. Ciertamente una sociedad personalista puede agotar su activo, pero queda entonces por resolver que sucede con las deudas de la sociedad al ser el socio responsable de las mismas aunque con carácter subsidiario. Es cierto que el mismo Anteproyecto en su art. 272-48 contiene un mandato bastante singular donde se prevé expresamente la subsistencia de las garantías personales y reales pese a la extinción de la obligación principal, pero nos inclinamos por entender que no es extensible la misma a la responsabilidad del socio. Una cosa son la garantías y otra bien distinta la responsabilidad de los socios en las sociedades personalistas. Ahora bien, tampoco parece que la intención del Anteproyecto sea liberar al socio colectivo de su responsabilidad, pero si se extingue la obligación tras la declaración del Registrador de la cancelación registral de la sociedad puede alcanzarse razonablemente esta interpretación.

El debate está abierto, a nuestro modesto entender, por lo que alguna indicación expresa del legislador no vendría mal para despejar cualquier duda al respecto. A nuestro modesto entender sería dable o bien una previsión de la subsistencia de la responsabilidad del socio colectivo cuya ubicación sistemática más adecuada parece el ya citado 272-48; o bien reservar este procedimiento registral a las sociedades de capital con una manifestación expresa en esta dirección al principio de la sección.

3.2. El presupuesto objetivo

Para discernir el momento en que procedería aplicar este procedimiento registral debemos dirigirnos al art. 272-44 del Anteproyecto, donde se nos dice literalmente: “*Si el activo de la sociedad fuera insuficiente para satisfacer a los acreedores, una vez agotado, los liquidadores otorgarán escritura pública en la que constará esta circunstancia*”. La lectura del precepto, en nuestra opinión, deja claro que el momento en que procede el otorgamiento de la escritura pública es el agotamiento del patrimonio social. Ahora bien, aunque parezca una obviedad, la sociedad normalmente no agota su patrimonio de forma súbita, sino que conlleva el transcurso de un período de tiempo. Por tanto, la cuestión a resolver no es tanto cuándo se inicia el procedimiento registral – el agotamiento del patrimonio social- sino en qué supuestos la sociedad puede acogerse al citado procedimiento, pues bien los liquidadores o bien incluso los administradores de la sociedad generalmente conocerán de la insuficiencia patrimonial antes de llegar al agotamiento del patrimonio.

La norma, a nuestro modesto entender, ofrece tres posibles interpretaciones. Una primera consiste en reservar este procedimiento a aquellos supuestos en que el agotamiento del patrimonio se produce de forma súbita sin que los liquidadores hayan tenido conciencia previamente de la insuficiencia patrimonial. La segunda circunscribe este procedimiento a la fase de liquidación, pero autorizaría a los liquidadores que conocen de la insuficiencia de activo a realizar las operaciones tendentes a agotar el patrimonio social. La tercera, la más amplia, admitiría que incluso durante la fase activa de la sociedad cuando los administradores conocieran la situación de insuficiencia de activo pudieran acudir a este procedimiento registral, previa disolución de la sociedad. Esta diversidad en un extremo tan significativo aconseja un análisis pormenorizado de los argumentos hermenéuticos en pro y en contra.

La primera interpretación, claro está, resulta muy restrictiva, convirtiendo de facto su ámbito de aplicación en casi marginal. Ciertamente, la opción que ahora analizamos es la que menos problemas de coordinación plantea con el régimen concursal. Si los liquidadores conocen de la insuficiencia patrimonial, debieran de acudir al concurso; mientras que el procedimiento registral solo actuaría ante un agotamiento intempestivo del patrimonio sin previo conocimiento por parte de los liquidadores. En nuestra opinión, aquí entrarían fundamentalmente aquellos supuestos en que la sociedad carece de activos durante el desarrollo de la actividad social o los que posee son irrealizables, aun cuando es solvente en ambos, pero su disolución provoca súbitamente un balance de apertura de la fase de liquidación sin activo que liquidar. No habría por tanto actividad de los liquidadores una vez disuelta la sociedad, cuya actuación se circunscribiría en estos casos al otorgamiento de la escritura prevista en este mismo precepto. Otorgada pues la escritura de extinción de la sociedad sin activo cumpliendo los requisitos previstos para tal documento público, el art. 272-47 del Anteproyecto permitiría suspender el deber de solicitar el concurso y evitar posibles responsabilidades de los liquidadores en la pieza de calificación. Se estaría contemplando así una regulación para un supuesto muy concreto, si bien usual en la práctica, consistente en que *ab initio* la sociedad en liquidación carece de patrimonio,

por lo que su salida de la vida jurídica se produciría por cauces societarios dada la ausencia de liquidación material.

La segunda interpretación propuesta amplía considerablemente su ámbito de aplicación, aun cuando el conocimiento de la insuficiencia por parte de los liquidadores debe producirse dentro de la fase de liquidación. Así el procedimiento registral de liquidación de sociedades sin patrimonio autorizaría a los liquidadores que detecten una situación de mayor pasivo que activo a continuar la liquidación por los cauces societarios hasta agotar el patrimonio social. De este modo, los liquidadores podrían cobrar los créditos, saldar las deudas e incluso enajenar los bienes que conforman el patrimonio social. Consumado el agotamiento patrimonial, los liquidadores otorgarían la correspondiente escritura pública para salvar su responsabilidad al amparo del anteriormente citado art. 272-47 del Anteproyecto.

Esta segunda interpretación, hemos de advertirlo, cuenta con más argumentos a su favor que la anterior. Por una parte, está más pegada a la interpretación literal de la propuesta de norma. Esta aseveración descansa en la utilización de la locución “una vez”. O dicho de otro modo, el precepto alude a que la escritura se otorgará “una vez agotados” los bienes, por lo que parece reconocérseles a los liquidadores un plazo para rematarlos. Si se prefiriese la primera interpretación, hubiera sido más apropiado el haber utilizado un gerundio: “estando los bienes agotados”.

Por otro lado, el art. 272-31 del Anteproyecto permite el pago a los acreedores durante la fase de liquidación aunque se conozca la situación de insuficiencia patrimonial y respetando la prelación de créditos impuesta por la liquidación concursal. Más allá de que en nuestra opinión la ubicación sistemática del precepto dentro de las operaciones de liquidación no es la más afortunada, el art. 272-31 del Anteproyecto reconoce que la actuación de los liquidadores no se circunscribe al mero otorgamiento de escritura pública.

Además, el art. 272-47 del Anteproyecto, únicamente alude a que el depósito de la escritura suspende el deber de los liquidadores de solicitar el concurso, por lo que tampoco parece que se esté privando de capacidad de actuar a los liquidadores desde que se detecte la situación de insuficiencia de activo, siempre y cuando no se contrarie la legislación concursal.

En esta línea también parece situarse la Exposición de Motivos donde en su número III-88 apunta como objetivo de la propuesta legislativa el “*solventar las dificultades para proceder a la extinción de la sociedad liquidada en caso de falta de activo, se ha dispuesto un procedimiento razonablemente ágil que permita, todavía en el ámbito societario, constatar con suficiente fiabilidad si hay posibilidades de reintegración patrimonial o de cobertura del déficit que justifiquen una declaración de concurso o si, por el contrario, debe procederse a la extinción y cancelación registral de la sociedad.*”

En fin, la doctrina que se ha ocupado de la materia también parece alinearse con esta segunda interpretación⁵. Todo ello sin obviar un argumento poco jurídico pero

⁵ QUIJANO, J., “La extinción de la sociedad sin declaración judicial de concurso en caso de falta de

de tremenda fuerza en la práctica, por qué no decirlo, consistente en que esta interpretación beneficia a los aplicadores de la norma más que acoger la anterior opción hermenéutica: a los jueces les descarga de trabajo, y a los registradores les permite ampliar su actividad en una época de carestía.

Asumiendo pues la segunda interpretación, que autoriza a los liquidadores aplicar íntegramente la sección relativa a las operaciones liquidatorias aun conocedores de la situación de insuficiencia de activo para atender a los acreedores, resta por formularse una postrera cuestión de enorme calado práctico que nos llevará a resolver la tercera opción hermenéutica posible: ¿esta regulación es aplicable únicamente a aquellas sociedades en la que los liquidadores descubren la situación de insuficiencia patrimonial estando ya en fase de liquidación o es dable su utilización por sociedades en las que los administradores son conocedores de la insuficiencia patrimonial durante su vida activa? Evidentemente, en este segundo supuesto la sociedad tendría que alcanzar su disolución con carácter previo a la aplicación de las normas sobre liquidación societaria, pero el conocimiento de la situación de insuficiencia sería previo a la disolución de la sociedad.

La respuesta a esta pregunta es la que determinará realmente el número de sociedades que acudirán a este procedimiento en caso de promulgación del proyecto normativo, pues los administradores tratan de postergar el acuerdo de disolución por pérdidas, lo que motiva en numerosas ocasiones el fracaso de la previsión preconcursal⁶. Ciertamente esta demora convierte en poco frecuente los supuestos en que una sociedad en liquidación acude al procedimiento concursal, siendo mucho más habitual que se presente la solicitud de concurso estando la sociedad todavía activa, lo que tampoco es sorprendente dada la escasa fortaleza patrimonial de las mayoría de las sociedades capitalistas en nuestro país.

A nuestro juicio, el tenor del art. 272-8 nº 2 del Anteproyecto de Código mercantil no autoriza la extensión de su ámbito de aplicación. Efectivamente, la norma sitúa a los administradores de una sociedad con pérdidas cualificadas, al igual que sucede en la legislación vigente, ante la disyuntiva de tener que solicitar el concurso de acreedores o disolver, al margen de cualquier otra posible solución que suponga la recuperación de la solvencia, pero que requiere la aprobación de los socios. Si las pérdidas sitúan el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social, pero la sociedad todavía es solvente, se abre la liquidación societaria. Ahora bien, si la sociedad es insolvente no parece que el art. art. 272-8 nº 2 del Anteproyecto de Código mercantil, en coordinación con los arts. 3 de la Ley concursal (legitimación para solicitar el concurso) y 5 de la Ley concursal (deber de solicitar el concurso) permitan eludir el

activo en la “propuesta de Código mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 291, enero-marzo 2014, pp. 17 y ss.

⁶ Sobre la disolución por pérdidas como medida preconcursal: MACHADO PLAZAS, J., *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 229 y ss.; BATALLER GRAU, J., “La simplificación del régimen jurídico de disolución de las sociedades de capital”, VV.AA., *Simplificar el Derecho de sociedades*, HIERRO ANIBARRO, S. (dir.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp. 556 y ss.

deber de solicitar el concurso, ni la subsiguiente responsabilidad de los administradores en la posible pieza de calificación concursal. A la misma conclusión llegamos dada su ubicación sistemática, dentro de la liquidación societaria. Igualmente, el art. 272-44 del Anteproyecto, donde se establece el presupuesto objetivo y, sobre todo, el art. 272-47 n° 1 del mismo Anteproyecto legislativo, relativo a la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso de acreedores tienen como único sujeto a los liquidadores, sin que se mencione para nada a los administradores.

A modo de conclusión, nos inclinamos por estimar que la sección que venimos analizando se aplicará a aquellas sociedades en que los liquidadores adviertan de su situación de insuficiencia patrimonial durante la fase de liquidación, sin que por otro lado sea necesario que este conocimiento sea coetáneo con el agotamiento del patrimonio social.

3.3. La coordinación del procedimiento registral con el Derecho concursal

El problema que plantea el procedimiento de extinción de la sociedad sin patrimonio es obvio: su coordinación con el Derecho concursal. La cuestión previa, como no puede ser de otro modo, estriba en comprobar si hay una posible concurrencia entre los presupuestos de ambas regulaciones, pues en caso contrario no habría necesidad de continuar, dado que estaríamos ante regulaciones diferentes para supuestos de hecho diversos.

En este caso, la respuesta afirmativa nos parece obvia. Ciertamente, el presupuesto subjetivo del concurso es más amplio. Igual sucede con el presupuesto objetivo donde el concurso incluye también situaciones de iliquidez ajenas completamente al procedimiento registral de liquidación. Ahora bien, más allá de los problemas interpretativos apuntados sobre la aplicación de la norma a las sociedades personalistas y de los relativos al momento en que los liquidadores conocen de la situación de insuficiencia de activo parece claro que los presupuestos de aplicación de ambos regímenes jurídicos son parcialmente coincidentes.

Así pues, en primer lugar, no podemos dejar de señalar que se rompe aquí la unidad legal -ya no todo el régimen de la insolvencia estará en la Ley concursal- y de disciplina -no todos los deudores estarán sometidos al mismo régimen de la insolvencia-, proclamadas con tanto énfasis en la Exposición de Motivos de la Ley concursal. Al albur de las bondades de la desjudicialización del concurso de acreedores se prevén ahora dos procedimientos diferenciados: uno de impronta registral, frente al denostado concurso donde aparece la figura minusvalorada del magistrado. No seremos nosotros los que defendamos las bondades del concurso, pues sin duda debiera de mejorar en numerosos aspectos. No obstante, hay que plantearse si el resultado tras los movimientos reformistas es mejor que el anterior, sobre lo que nos ocuparemos posteriormente.

Esta superposición de supuestos de hecho debe pues resolverse. En mi opinión, no parece que el régimen previsto en el Anteproyecto de Código Mercantil pretenda una derogación total de la legislación concursal en este punto. Así parece deducirse del art. 272-47 del reiterado Anteproyecto donde se establecen los efectos del depósito de la

escritura: la suspensión –que no exoneración- del deber de solicitar la declaración del concurso; y la no admisión de solicitudes de concurso efectuadas por otros legitimados, pero que no parece impedir la solicitud de concurso voluntaria presentada por los mismos liquidadores. A su vez, el art. 272-54 del Anteproyecto de Código mercantil dispone que el fracaso del procedimiento registral conduce a que el mismo registrador mercantil remita la escritura pública al juzgado para que se incoe un concurso voluntario.

A nuestro juicio, las previsiones concursales permanecen inalteradas, por lo que la coordinación entre ambos cuerpos normativas se debe resolver desde una óptica temporal. Si el liquidador conoce de la situación de insolvencia, pero no agota el patrimonio social en 2 meses, plazo que impone la legislación concursal para solicitar un concurso voluntario, deberá iniciar los trámites concursales. Ahora bien, si el liquidador puede agotar los bienes antes de los 2 meses podrá acudir a los trámites societarios, quedando exonerado de responsabilidad concursal si el procedimiento registral fructifica.

Incluso nos atreveríamos a dar un paso más. Si los liquidadores pudieran agotar el patrimonio social dentro del plazo de dos meses, no estarían obligados a acudir al procedimiento registral que venimos analizando, siendo una alternativa perfectamente válida el solicitar un concurso acogiéndose a los trámites del art. 176 bis de la Ley concursal. Norma que ha previsto, no lo olvidemos, que en el mismo auto de apertura del concurso sea declarada su conclusión⁷.

En definitiva, los liquidadores que detecten la situación de insolvencia pueden acudir en cualquier momento al concurso voluntario, dada la vigencia del art. 176 bis de la Ley concursal. Ahora bien, si los liquidadores pueden agotar el patrimonio social dentro de los dos meses siguientes a la detección de la situación de insolvencia será entonces cuando se abre la posibilidad de sustituir el concurso de acreedores por este procedimiento registral.

4. LA LEGITIMACIÓN PARA INICIAR EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

El procedimiento ante el Registro mercantil deben iniciarlo los liquidadores mediante el otorgamiento de la escritura pública y su posterior depósito en el registro mercantil.

Nos llama poderosamente la atención, por contraste con el balance final de liquidación, que no se haga mención en este procedimiento al papel de la junta general. El tenor literal de la norma induce a pensar que esta forma de extinción no requiere la aquiescencia de la junta general, por lo que parece más bien una conducta debida por parte de los liquidadores. Esta conclusión procede de diversos argumentos:

⁷ No podemos compartir la opinión de aquellos que parecen encontrar un elemento diferenciador entre el procedimiento registral y el art. 176 bis de la Ley concursal en que en éste último caso hay necesariamente calificación de créditos, porque en la modalidad de apertura y conclusión del concurso en el mismo auto, al no haber administradores concursales, no se llegan a calificar los créditos. QUIJANO, “La extinción de la sociedad...”, *op. cit.*, p. 19.

a) El art. 272-44 en su número 1 utiliza el imperativo, “otorgarán”, por lo que parece imponer un concreto comportamiento a los liquidadores ante la insuficiencia de activo. El tenor de la norma parece tajante: ante el supuesto de hecho, la ausencia total de patrimonio, el liquidador está conminado a “otorgar” la escritura.

b) Entre las menciones obligatorias de la escritura en el art. 272-44 número 2 no se contiene ninguna mención que se pueda relacionar con la participación de la junta general.

c) Su ubicación sistemática, en sección separada de la sección segunda donde se regula la liquidación societaria en la que finalizan las operaciones de liquidación con un activo repartible, induce a pensar en que no es dable la extensión analógica de los preceptos que imponen la aprobación del balance final por parte de la junta general.

Por tanto, no ya es que la labor de los liquidadores no va a ser contralada por el registrador mercantil, ni tan solo los socios minoritarios van a poder manifestarse sobre las operaciones de liquidación que han concluido con el agotamiento del patrimonio social que, a nadie escapa, puede haberse hecho en beneficio exclusivo del liquidador, generalmente socio mayoritario en numerosas sociedades de capital.

5. LA ESCRITURA PÚBLICA Y SU DEPÓSITO

5.1. El contenido de la escritura

Los liquidadores han de otorgar una escritura pública que contendrá cuanto menos las menciones explicitadas en el art. 272-44 del Anteproyecto: *“un informe completo sobre las operaciones de liquidación; una relación sobre los actos de disposición patrimonial realizados dentro de los dos años anteriores a la apertura de la liquidación; una relación de los créditos extinguidos en los dos años anteriores a la apertura de la liquidación, con expresión de la identidad del acreedor, de la cuantía del crédito y del modo y de la fecha en que esa extinción hubiera tenido lugar; una relación de los créditos extinguidos a partir de la apertura de la liquidación, con las mismas indicaciones; una relación de los créditos no satisfechos, con expresión de la identidad del acreedor, de la cuantía del crédito de que fuera titular y, en su caso, de la identidad de quien hubiera prestado garantías personales o reales para el pago del crédito; así como una relación de los procedimientos judiciales en curso en los que la sociedad fuera parte.”*

La lectura de la previsión normativa nos permite observar como la información que ha de recabar la escritura pública difieren de la exigida por el legislador concursal para instar la declaración de un concurso voluntario de acreedores. Destaca en la vertiente positiva que hayan de incluirse dos relaciones, una sobre actos de disposición patrimonial y otra sobre créditos extinguidos, que comprendan los dos años anteriores a la apertura de la liquidación, lo que proporciona una información muy útil para esclarecer si procede o no una acción de reintegración.

Ahora bien, este listado sería mejorable fácilmente sin ningún coste adicional para la sociedad. Así, por ejemplo, mucho más clarificador de la concurrencia de los

presupuestos de una acción de reintegración resulta el análisis del libro mayor. Ciertamente no es un libro de llevanza obligatoria, pero en la práctica contable española es un libro que me atrevo a decir tiene una difusión universal, por lo que no genera problemas aportarlo junto con la escritura y nos permite apreciar con precisión los movimientos efectuados en cada una de las cuentas. Igualmente, se podría exigir el modelo 347 de la agencia tributaria donde se reflejan las operaciones con terceros de más de 3.000 € Aportar esta información referida a los dos años anteriores al momento de apertura de la liquidación mejoraría sensiblemente la transparencia relativa al ejercicio de una acción de reintegración.

Igualmente, seríamos partidarios que la relación de créditos extinguidos con anterioridad a la liquidación también mencionara las garantías de la obligación, pues es natural que se priorice el saldar los créditos pendientes sobre los que pesan garantías de los administradores o de los socios, alterándose ante esta inquietud el principio de la par conditio creditorum.

En la vertiente negativa, echamos en falta que la escritura no contenga una manifestación de los liquidadores de que la sociedad no tiene trabajadores, ni contratos de duración o de tracto sucesivo en el momento de su otorgamiento. El presupuesto objetivo es el agotamiento del activo, pero nada dice el art. 272-44 del Anteproyecto sobre la finalización de las operaciones liquidatorias. De este modo se afianzaría, so pena de responsabilidad civil de los liquidadores, que se ha respetado el orden de pagos contenido en la legislación concursal y al que se remite el art. art. 272-31 del Anteproyecto.

En fin, también se debería exigir en aras a alcanzar una mayor seguridad jurídica que se aportara junto con la escritura una certificación, o al menos una nota simple, del registro de la propiedad de la inexistencia de bienes inmuebles a nombre de la sociedad; así como la baja censal de la sociedad en la Agencia Tributaria.

5.2. Su depósito: efectos y publicidad

La escritura será depositada en el Registro mercantil, lo que produce dos efectos muy relevantes: queda suspendido el deber de los liquidadores de solicitar el concurso voluntario de la sociedad; y el registrador mercantil lo comunicará al juzgado, impidiendo esta comunicación que se presenten solicitudes de concurso por otros legitimados. Sin embargo, nada dice el art. 272-47 del Anteproyecto sobre lo que sucede con otro tipo de procedimiento (juicios declarativos, juicios ejecutivos, juicios cambiarios, etc.) respecto de los que cabría plantearse una extensión analógica acomodándolo a lo prescrito en el art. 5 bis de la Ley concursal⁸.

El depósito será publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) con carácter gratuito. Además se publicará en la web de la sociedad pero, si no existe, deberá publicarse en un diario de gran circulación de la provincia en la que

⁸ QUIJANO, “La extinción de la sociedad...”, *op. cit.*, p. 22.

radique el centro de sus intereses principales, ahora a costa de los liquidadores, dado que la sociedad carece de activo. Especialmente gravoso puede ser esta publicación en el diario de máxima divulgación para los liquidadores, quienes tendrán que sufragar de su bolsillo particular esta publicidad, estimulados, eso sí, por la elusión de responsabilidades de la que se puede beneficiar.

Nada se dice sobre los gastos del depósito de la escritura, por lo que o bien se prevé reglamentariamente la exención de los aranceles notariales y registrales, o bien los liquidadores tendrán que hacer un nuevo dispendio en este punto.

No obstante, quizás pudiera acogerse la idea de que si una sociedad no ha agotado plenamente su activo, pero le resta una cantidad coincidente con la provisión de fondos que exigiese los gastos del procedimiento, podría acudir sin mayores problemas a este procedimiento registral para evitar que sean los liquidadores quienes lo tengan que sufragar de su propio peculio.

5.3. Su naturaleza de depósito: la ausencia de control sobre los presupuestos del procedimiento registral

La principal crítica que merece la regulación propuesta reside precisamente en la falta de control material. El precepto deja muy a las claras que la citada escritura se “deposita”, por lo que el registrador mercantil no puede calificar su regularidad material quedándose en el mero control formal de si se han incluido todos los puntos que ha de contener la escritura de extinción de la sociedad. Si a esto unimos la escasa publicidad prevista y la brevedad de los plazos, las situaciones de impunidad se pueden multiplicar *ad nauseam*. A nadie escapa que el BORME no es precisamente la publicación más leída entre las empresas que operan en el mercado. Tampoco es infalible la publicidad en la página web de la sociedad, pues es habitual que la página comercial que conocen los acreedores o que incluso llegar a utilizar tenga un nombre de dominio diferente de la web corporativa que suponemos será a la que se refiere el precepto, dado que es esta última la única que consta en el Registro mercantil. Por no decir que los acreedores no suelen visitar estas páginas asiduamente y es fácil escamotear la información incluyendo algún link en una zona poco visible de la web.

El sistema vigente en la Ley concursal suple la falta de circularización de los créditos por el control jurisdiccional, por mínimo que éste sea. Sin embargo, si algo destaca en el procedimiento previsto es la ausencia absoluta de controles, salvo que algún acreedor o garante llegue a tiempo, lo que desde luego no tiene fácil.

Y todo esto, cómo advertimos en el título de este modesto trabajo, con la perversa influencia que el procedimiento registral tendrá en la práctica sobre la responsabilidad de administradores e incluso socios. A nadie que conozca el funcionamiento de los juzgados escapa que un juez de instrucción que tenga que resolver sobre una querrela sobre insolvencia punible acogerá como elemento exculpatario la resolución del Registro mercantil que, por otro lado, cierra cualquier acceso al concurso de acreedores. Si no hay responsabilidad civil, pensará en ocasiones el juez de instrucción, lo normal es que no haya responsabilidad penal que no deja de ser una última ratio para las conductas más radicalmente antisociales.

6. EL INFORME DEL EXPERTO INDEPENDIENTE

6.1. La solicitud del informe

En cuanto a la legitimación para solicitar la designación de un experto independiente, el Anteproyecto la restringe a acreedores insatisfechos y a garantes, lo que como sabemos no coincide con la legitimación del concurso necesario. En segundo lugar, también puede plantear problemas la acreditación de la condición de acreedor o garante. La cuestión es fácil si figura en la escritura deposita, al ser el listado de acreedores y garantes una de las menciones que deberá contener. Ahora bien, si el sujeto ha sido omitido, la regulación prevé que en la misma instancia se presente la documentación acreditativa de su condición. Sin embargo, nada se dice sobre dos cuestiones claves: si el registrador mercantil puede denegar esta legitimación, y cuál es la posible contradicción que pudiera ejercer la sociedad que pretende su extinción.

A renglón seguido advertimos nuevo problema de enorme trascendencia práctica, consistente en precisar si el desistimiento del instante produce el archivo del procedimiento. A nuestro juicio, la respuesta debe ser afirmativa dado que estamos ante un procedimiento iniciado a instancia de parte, por lo que como es norma general en el Derecho privado, cabe desistir del mismo con la consiguiente paralización. Desistimiento que puede producirse en aquellos casos en que el acreedor que haya solicitado el nombramiento del experto cobre con posterioridad su crédito. Esto puede producirse por existir una garantía o sencillamente puede realizarse un pago en favor de tercero, opción está última que avivará la picaresca de pagar al instante en el caso de que se quiera cerrar súbitamente el procedimiento registral.

6.2. La designación y aceptación del experto independiente

El art. 272-50 del Anteproyecto de Código mercantil conmina al registrador a que en el breve plazo de dos días desde el asiento de presentación de la primera solicitud proceda a nombrar a un experto para realizar el informe que posteriormente analizaremos. El precepto, de quedar así antes de su promulgación, requerirá sin duda de un ulterior desarrollo reglamentario, dado que deja diversos interrogantes por resolver: si existe o no un número máximo de procedimientos que puede asumir simultáneamente un mismo experto, no concreta si cabe o no la designación de sociedades profesionales, etc.

Sentado lo anterior no podemos por menos que apuntar un par de críticas que merece el precepto pese a su actual indefinición. La primera consiste en dejar al prudente arbitrio del registrador mercantil la designación del experto. No se puede ignorar a estas alturas las innumerables críticas que ha recibido el sistema de designación de los administradores concursales por los magistrados de lo mercantil, lo que ha motivado diversas reformas legislativas sobre su designación, hasta alcanzar el previsto tránsito a un sistema de designación automatizado. Mantener la libérrima voluntad del registrador y más como único sistema de selección nos parece un tanto desfasado tras el incesante debate en sede concursal.

En segundo lugar, llama la atención la elección que efectúa el Anteproyecto de las profesiones habilitadas para asumir la función de experto en el presente procedimiento registral. Por un lado, se utiliza expresamente el término “auditor de cuentas”, por lo que parece excluir al resto de profesionales que provienen del campo de las ciencias empresariales y de la economía. Distingo que contrasta con la Ley concursal, sin que encontremos razón a esta discriminación realizada en el Anteproyecto. No está de más adelantar que el contenido del informe es esencialmente jurídico y no requiere a priori una revisión contable, tal y como se deduce de la información que ha de contener la escritura pública a depositar ni de los elementos que debe desarrollar el informe del experto independiente.

Y, por otro lado, si el contenido del informe es fundamentalmente jurídico, quizás lo más razonable es que se restringieran las profesiones habilitadas para su emisión a una sola: los abogados. No obstante, lo mejor en estos casos reside en designar una sociedad profesional en la que concurren ambos tipos de profesionales: un profesional que domine las ciencias empresariales, en especial la contabilidad, para detectar las posibles operaciones irregulares y un letrado que posteriormente determine si el comportamiento cumple los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para que se desencadene una acción de responsabilidad o dentro de un concurso de acreedores una acción de reintegración o el concurso sea declarado culpable.

6.3. Los honorarios del experto independiente

Un requisito de suma trascendencia dentro del procedimiento registral que venimos analizando reside en que tenga que ser el solicitante del nombramiento del experto quien deba asumir los honorarios del profesional. No sólo ha de ser diligente en el seguimiento de la publicidad, sino que además debe realizar un importante desembolso en concepto de honorarios que, en numerosas ocasiones, puede superar la cantidad debida. Carga financiera que debe soportar el acreedor o garante insatisfecho que contrasta vivamente con los gastos de un posible procedimiento ante el juzgado de lo mercantil, por ser presumiblemente la vía judicial mucho más económica para quien cuanto menos ya está soportando la insatisfacción del crédito que mantiene con su deudor en proceso de “evasión”. Y todo ello a la espera de la concreción de los honorarios del experto ante la absoluta indefinición del Anteproyecto.

A esta crítica de política legislativa se debe añadir otra de técnica legislativa. Efectivamente, el texto prevé en el número 4 del art. 272-49 que no se exija provisión de fondos adicional si con posterioridad se presentan nuevas solicitudes de nombramiento de experto independiente. Surge entonces una primera cuestión cuya solución no se explicita: ¿quién es el deudor de la retribución del experto independiente en el caso de que concurren varios solicitantes? Téngase en cuenta que el precepto utiliza expresamente el término provisión de fondos, lo que sugiere un adelanto sobre los honorarios a la espera de su concreción. La lógica nos sugiere que aunque la provisión de fondos haya sido adelantada por uno solo, el resto de solicitantes también pudieran ser deudores frente al experto independiente, permitiendo así distribuir entre varios la carga económica que implica activar este procedimiento. Sin embargo, no

ocultamos que pudiera haber quién acogiendo al tenor literal de la norma defiende que la obligación de retribuir al experto independiente sea exclusivamente del primer solicitante. Por ello, sería deseable una más precisa regulación en este punto, en el caso de que la propuesta del Anteproyecto alcanzará la naturaleza de norma.

Ahora bien, si admitimos que existe una pluralidad de deudores, hemos de determinar si la obligación es solidaria o mancomunada. Si calificamos la obligación de retribuir al experto independiente como mercantil, la respuesta es fácil, pues en el mismo Anteproyecto se establece la solidaridad de las obligaciones mercantil (art. 415-1). Sin embargo, a nuestro modesto entender estamos ante un mero arrendamiento de servicios con un profesional, por lo que parece más acorde la calificación de la obligación como civil. Consiguientemente, siguiendo el principio general, la obligación debiera ser mancomunada. Solución que es de nuevo conflictiva, pues pudiera suceder que uno de los solicitantes no satisficiera la retribución al experto independiente. Las dudas aparecen otra vez, pues se podría defender que cómo la propuesta normativa a quién obliga a hacer la provisión de fondos es al primer instante, es éste quien debe soportar las consecuencias; pero también podría llegarse a la paralización del procedimiento en aplicación analógica de la previsión del 272-49.2. Soluciones todas ellas, a nuestro juicio, insatisfactorias.

En fin, tampoco encontramos una previsión sobre que sucede con los honorarios del experto en el caso de que el procedimiento derive en un concurso de acreedores. Ciertamente tres son las posibles soluciones: el experto puede cobrar íntegramente los honorarios que genere la posterior declaración del concurso en el que sea nombrado administrador concursal; el experto ha de deducir lo cobrado de su retribución como administrador, pero puede percibir la diferencia en el caso de que el arancel autorice una cantidad superior para su función como administrador concursal; en fin, y la tercera, según la cual el experto no puede percibir suma alguna como administrador concursal. Todo dependerá de cómo se articule la relación entre la labor del experto en la fase registral y el posterior concurso. La indefinición en este punto suponemos que tendría que ser precisada reglamentariamente, pero una cuestión de tanta transcendencia es deseable que fuera prevista en norma con rango de Ley.

6.4. El contenido del informe del experto

El art. 272-52 del Anteproyecto de Código mercantil ha sido dedicado a explicitar las menciones que ha de contener el informe del experto independiente a depositar en el Registro mercantil.

En primer lugar, la previsión normativa exige que se indique si, a juicio del informe del experto independiente, procede el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores. Se debe pues concretar a qué acciones se refiere, dada la mención genérica de la propuesta legislativa. Por un lado, parece inexcusable que se incluya aquí la acción individual y la acción contenida en el art. 272-12 del Anteproyecto de Código mercantil bajo la rúbrica de responsabilidad solidaria de

los administradores por infracción de los deberes legales en orden a la disolución por pérdidas⁹. Así pues, el informe debe analizar los concretos presupuestos de las acciones de responsabilidad de los acreedores instantes, pues pudiera haberse incurrido en responsabilidad con carácter genérico, pero no respecto de estos acreedores. Baste pensar en una demora en la actuación de los administradores a la hora de solicitar la disolución, pero que la deuda del acreedor instante lo fuera durante el período de liquidación. Sentado lo anterior, de la genérica mención del art. 272-52 del Anteproyecto parece deducirse que el informe debe igualmente pronunciarse sobre los presupuestos genéricos de la responsabilidad de administradores y liquidadores.

También parece necesario que el experto analice los presupuestos de la acción social de responsabilidad contra administradores y liquidadores. Aquí la paradoja se manifiesta en que si se estimase viable una acción social de responsabilidad social y, posteriormente, ésta fuera ejercida por la administración concursal dentro del concurso, tal y como parece prever el Anteproyecto, será bastante probable que quien ha asumido los gastos del procedimiento registral no vea ni siquiera estos reintegrados. Habrá que aplicar la prelación de créditos establecida en la legislación concursal a la que habrá que estar con el dinero que entre en el patrimonio social fruto del ejercicio de la acción social. Quizá se pueda paliar esta frustración intentando una extensión analógica del art. 84.2.2º de la Ley concursal y entender que el informe del experto al formar parte de la documentación remitida al juzgado para la declaración del concurso es un crédito contra la masa al ser “un gasto necesario” para la solicitud y declaración del concurso.

Controvertido también resulta precisar si el análisis de la responsabilidad de los administradores y liquidadores puede restringirse a las estrictamente societarias o debe extenderse a las propias de otros ámbitos tales como el social o fiscal, e incluso el administrativo. Ambas interpretaciones pueden encontrar acomodo dada la actual redacción del precepto. Ciertamente, se puede llegar a una interpretación comprensiva de cualquier responsabilidad dado que su tenor literal no califica el tipo de responsabilidad. Pero tampoco obsta una interpretación sistemática que restrinja el estudio a las responsabilidades prevista en el Anteproyecto de Código mercantil¹⁰.

En fin, compartimos la opinión de quienes entienden que el informe del experto debe abstraerse de la hipótesis de que se hubiera declarado el concurso de la sociedad, por lo que emitirá su informe con independencia de tal eventualidad y que, además, comprenda a los antiguos administradores más allá de la restricción temporal de dos años que impone la legislación concursal¹¹.

La segunda parte del informe se ocupará de dictaminar si la apertura de un concurso de acreedores permitiría el ejercicio de alguna acción de reintegración y si ante una pieza de calificación sería previsible una condena a la cobertura total o parcial del déficit. Se pretende por esta vía, de modo similar a lo que sucede ya en el art. 176 bis de la Ley

⁹ Incluye estas dos acciones entre las cuestiones sobre las que se ha de pronunciar el informe del experto independiente QUIJANO, “La extinción de la sociedad...”, *op. cit.*, pp. 26-27.

¹⁰ QUIJANO, “La extinción de la sociedad...”, *op. cit.*, p. 26 estima que “se trata, ante todo, de acciones de responsabilidad patrimonial”.

¹¹ QUIJANO, “La extinción de la sociedad...”, *op. cit.*, p. 27.

concurzal, que se analice si la inexistencia de patrimonio puede revertirse a través de una reintegración de bienes en el activo o ante una exigencia de responsabilidad en la pieza de calificación.

Tampoco podemos obviar un problema común a todas las partes que conforman el informe: su escaso valor. Ciertamente, el informe puede motivar que se abra un concurso de acreedores, pero este informe no predetermina la solución del concurso. Igual sucede con el informe del experto si se acude al ejercicio de una acción de responsabilidad contra administradores o liquidadores en un procedimiento declarativo. En definitiva, el esfuerzo económico realizado por el acreedor, aun en el hipotético caso de que se vea recompensado por un informe favorable del experto, no conduce a ningún lugar certero, pues el informe no es más que una mera prueba preconstituida para un futuro procedimiento, pero que puede ser contradicha por otros medios de prueba e incluso obviada por el juez o incluso por el administrador concursal.

Positiva ha de ser la valoración de la expresa previsión de que el experto pueda recabar nueva información de la sociedad para desarrollar su función, más allá de la contenida en la escritura depositada. Por esta vía se puede paliar las dudas manifestadas sobre la documentación adicional a aportar junto con la escritura que origina el procedimiento registral.

En fin, nada prevé el Anteproyecto sobre una hipótesis también factible como es que el experto concluya su informe afirmando la existencia de bienes en el patrimonio de la sociedad. Si en la práctica concursal es frecuente que el inventario elaborado por los administradores sociales y aportado junto con la solicitud concursal sea modificado por la administración concursal, no creemos que deba descartarse de antemano que lo mismo acontezca respecto de la escritura otorgada por los liquidadores.

Ahora bien, la solución aquí tampoco es fácil. Por un lado, se puede llegar a argumentar que si es presupuesto ineludible del presente procedimiento la inexistencia de activo, su ausencia originaria debe conducir a la frustración del mismo a través de su archivo en el Registro mercantil. La sociedad volvería a ser una sociedad en fase de liquidación en la que los liquidadores debieran bien agotar el patrimonio e iniciar de nuevo el procedimiento registral mediante el otorgamiento de una nueva escritura o bien solicitar un concurso de acreedores. Por otro lado, tampoco es descabellado defender que es más ágil que el registrador remita la escritura y el informe del experto para que se inicie un procedimiento concursal donde se liquide el activo sobrevenido.

6.5. Los efectos del informe pericial

Los efectos del informe, como parece lógico, están supeditados a las conclusiones del mismo. Si el experto avala la actuación de administradores y liquidadores, conduce a la extinción de la sociedad con los efectos que analizaremos en el siguiente epígrafe. No obstante, llama la atención que nada se prevea respecto de la impugnación del informe¹², lo que en caso de discrepancia de los acreedores con la opinión del experto

¹² También QUIJANO, “La extinción de la sociedad...”, *op. cit.*, p. 28.

genera una nueva dificultad interpretativa sobre los posibles cauces procedimentales de un recurso.

En el caso de que el informe del experto fuera “positivo” o no pudiera emitirlo por falta de datos, el registrador remitirá al juzgado de lo mercantil tanto la escritura como el informe que harán las veces de solicitud de concurso voluntario.

A renglón seguido surge una primera cuestión en la que sería aconsejable apartarse de una interpretación excesivamente literalista del precepto. Efectivamente, el art. 272-54 relativo a la declaración de concurso afirma que “*si el informe fuera positivo o si el experto no hubiera podido emitir el informe por falta de datos*” se procederá a remitir el expediente al juzgado para la apertura del concurso de acreedores. La conveniencia de acudir al concurso parece evidente si es necesario ejercer una acción de reintegración o debe abrirse la pieza de calificación, pero no lo es tanta si se trata de ejercer la responsabilidad de los administradores o liquidadores¹³, pues al acreedor le pudiera interesar más ejercer directamente la acción de responsabilidad civil ante los tribunales que no tener que acudir a un concurso voluntario con sus consiguientes gastos y dilaciones. La interpretación correctora consistiría en exigir al experto que dictamine si existiendo responsabilidad de los administradores resulta factible y es conveniente acudir a un concurso voluntario. Se manifiesta nuevamente la compleja relación entre este procedimiento registral y el concurso de acreedores.

Tampoco compartimos con la propuesta normativa contenida en el Anteproyecto de Código mercantil que tras la emisión de un informe desfavorable por parte de un experto independiente que pone en evidencia a los administradores o liquidadores sea considerada la documentación como solicitud de concurso voluntario. Parece más aconsejable que se entendiera como necesario en una doble dirección. Los administradores o liquidadores serán apartados de la gestión y representación de la sociedad como solución natural. A su vez, se podría reconocer al instante o instantes del procedimiento registral un privilegio sobre su crédito. No hacerlo así parece incentivar que se otorgue la escritura sin que exista sanción en caso de informe positivo por parte del experto independiente.

En cuanto al subsiguiente concurso de acreedores el art. 272-54 del Anteproyecto establece como facultativo que el experto sea nombrado como administrador concursal, lo cual producirá evidentes beneficios al tratarse de una persona instruida en la situación de la sociedad. No hacerlo así, comportar el riesgo de que una persona distinta emita un juicio diferente y el concurso se vea abocado a su inmediata conclusión en atención a lo prevenido para los concursos sin patrimonio en el art. 176 bis de la Ley concursal.

¹³ Conforme con que no hubiera sido necesaria la declaración del concurso cuando el informe solo establezca la responsabilidad de los administradores o liquidadores QUIJANO, “La extinción de la sociedad..., *op. cit.*, p. 29.

7. LOS EFECTOS DE LA EXTINCIÓN REGISTRAL

El éxito de procedimiento registral, bien por transcurso del plazo sin que nadie solicite el nombramiento del experto o bien porque su informe sea negativo, conduce a la cancelación registral de la sociedad, sin que haya sido necesario en ningún momento acudir al concurso de acreedores. La liquidación patrimonial efectuada por los liquidadores es bendecida por este procedimiento registral al cancelarse la inscripción registral de la sociedad.

Ahora bien, una de las previsiones del Anteproyecto de Código mercantil que calificaremos al menos de llamativa reside en que la cancelación registral de la sociedad va acompañada de la extinción de los créditos insatisfechos, pero no de las garantías personales que se hubieran otorgado ni de las garantías reales que se hubieran constituido por terceros¹⁴.

8. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REFORMA

La premura de tiempo y la constricción en la extensión que entraña necesariamente un libro homenaje no autoriza a detenernos en algunas otras cuestiones de interés que suscita la nueva propuesta legislativa. Sin embargo, creemos que era conveniente apuntar, aun de modo sucinto, las principales críticas que nos han surgido de su lectura y, que a nuestro modesto entender, aconsejarían la retirada de esta sección de una futura reforma del Derecho societario articulada bien a través del preconizado Código mercantil, bien mediante su directa incorporación a la legislación societaria.

Las dudas hermenéuticas que generaría su hipotética promulgación entendemos que serían abundantes y sobre cuestiones cardinales, lo que dificulta la necesaria seguridad jurídica en el tráfico mercantil. Es cierto que algunas cuestiones podrían disiparse con un previsible desarrollo reglamentario y que otras se irían decantando progresivamente tras su entrada en vigor. Ahora bien, el tránsito se nos asemeja tormentoso sin que sea cierto el consenso final, lo que provocará cuanto menos una cierta inseguridad jurídica durante un lapso de tiempo.

No obstante, lo que nos parece más criticable es la misma esencia del procedimiento registral. Una regulación no puede obviar la realidad del país donde va a ser aplicada y, en el presente caso, la ausencia de controles efectivos y eficientes sobre la liquidación material del activo solo augura un abuso de la institución en perjuicio de los acreedores. Quizá la opinión de quien suscribe se encuentra condicionada por una negativa visión antropológica del deudor concursal, pero no conozco mucha gente discrepante.

¹⁴ Las dudas que nos plantea la solución son tantas y de tal intensidad que hemos optado por sacarlas de este trabajo para analizarlas más pormenorizadamente en otro artículo centrado en la problemática que suscita. No obstante, es de justicia señalar la interesante aportación en este punto efectuada en QUIJANO, "La extinción de la sociedad...", *op. cit.*, p. 23 al entender que la extinción tiene un alcance más subjetivo que objetivo.

A nuestro modesto entender, parece mejor camino emprender una reforma del art.176 bis de la Ley concursal -en particular ampliando la información que ha de aportarse junto con la solicitud de concurso en el caso de que se pretenda la conclusión del concurso-, que iniciar una nueva aventura legislativa como la que se nos propone. Un ajuste de la legislación concursal en este punto reportaría seguramente mejores soluciones tanto desde la óptica de la técnica jurídica como de la justicia material.

Perdónesenos, pues, por apartarnos del imperante discurso que considera prevalente solventar la insolvencia al margen del concurso de acreedores, pues entendemos que el juez no es un problema dentro de la insolvencia. Al contrario, nos situamos con quienes estiman que su participación mejora los resultados que pudieran ofrecer otras soluciones extrajudiciales. En especial en un supuesto como el ahora analizado en el que debe primar el ser garantista de los derechos de los acreedores frente a la premura en la cancelación registral de una sociedad que en cualquier caso está avocada a su extinción.

LA TUTELA DE LAS CLASES DE ACCIONES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA*

ANA BELÉN CAMPUZANO**

Resumen

Las acciones de la sociedad anónima confieren a su titular la condición de socio, lo que implica el reconocimiento de un conjunto de derechos, desde la premisa de que la sociedad debe dar un trato igual a los socios que se encuentren en condiciones idénticas, y sin que ello suponga que todas las acciones deban atribuir el mismo contenido de derechos. El principio de igualdad de derechos se exige no en cuanto a la totalidad de acciones que puede emitir una sociedad, sino en relación a un ámbito más limitado que viene determinado por la noción de clase de acción. Y una vez que una sociedad anónima ha decidido crear clases de acciones, para la adopción de modificaciones estatutarias que puedan lesionar los derechos de éstas, se exige un doble acuerdo: a la decisión de la junta general se añade la necesaria aprobación por la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada.

Contenido

1. La atribución de los derechos de socio. – 1.1. El principio de igualdad formal de derechos. – 1.2. Las acciones que atribuyen derechos diferentes. Las clases de acciones. – 2. La tutela de las clases de acciones. – 2.1. La junta especial o votación separada. – 2.2. La adopción de acuerdos en junta especial o votación separada. – 2.3. El acuerdo de la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada.

1. LA ATRIBUCIÓN DE LOS DERECHOS DE SOCIO

1.1. El principio de igualdad formal de derechos

La condición de socio se integra por un conjunto diverso de derechos, poderes, facultades e, incluso, atribuciones de legitimación procesal. Aunque no todos los atributos derivados de la condición de socio pueden ser considerados auténticos derechos subjetivos, se ha ido extendiendo y consolidando el uso del concepto de *derechos del socio*, comprensivo de derechos subjetivos y también de otros tipos de posiciones activas. En este sentido amplio se utiliza la expresión *derechos del socio* en el artículo 93 de la Ley de sociedades de capital, al establecer que, salvo en los casos previstos en la propia ley, el socio tendrá como mínimo, en

* El presente trabajo se ha elaborado en el seno del Proyecto de Investigación «Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: de la reestructuración en situación de insolvencia al fortalecimiento competitivo de la estructura societaria» (DER2012-37406), concedido por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica del Ministerio de Economía y Competitividad.

** Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad CEU – San Pablo.

los términos establecidos en esta ley, los siguientes derechos: participación en el reparto de las ganancias sociales, participación en el patrimonio resultante de la liquidación, asunción o suscripción preferente en la emisión o creación, respectivamente, de nuevas acciones u obligaciones convertibles en acciones o de participaciones, asistencia y voto en las juntas, impugnación de acuerdos sociales e información. El socio, que adquiere esta condición simplemente por ser propietario de una acción o de una participación social (art. 91 LSC), tendrá, *como mínimo*, el catálogo de derechos que recoge el precepto para los socios de la sociedad anónima y de la de responsabilidad limitada. Estos derechos, además, se ostentan *en los términos establecidos en esta Ley y salvo en los casos en ella previstos*. El precepto identifica la enumeración legal con el llamado contenido ordinario de la condición de socio, de forma que se entiende que las acciones y las participaciones ordinarias, por lo general, atribuyen estos derechos. El listado es, exclusivamente, eso: una enumeración de lo que la Ley considera los derechos ordinarios más importantes del socio. Pero, no predetermina su alcance, de manera que la diversidad de derechos que puede reconocerse a las acciones y a las participaciones (art. 94 LSC) se construye con la atribución, en forma distinta, de alguno de los derechos recogidos en este listado (v.gr. derecho a participar en las ganancias, derecho a la cuota de liquidación o derecho de voto). En definitiva, se trata de un listado de derechos que no es exhaustivo y de una enumeración legal que no implica que los socios disfruten en todo caso de los derechos incluidos, o que no disfruten de otros derechos no recogidos en ese listado pero reconocidos en la propia Ley o en los estatutos, o que éstos sean derechos exclusivos de los socios¹.

¹ Se trata de derechos mínimos, que no agotan el conjunto de derechos y facultades que se atribuyen al socio. En efecto, a lo largo del articulado de la Ley de sociedades de capital se reconocen al socio otros derechos de variada naturaleza y de no poca relevancia. Algunos de estos derechos se atribuyen, como los legalmente enumerados, por el mero hecho de detentar una acción o una participación. Así sucede, entre otros, con el derecho de separación (art. 346 LSC), el derecho de asignación gratuita de acciones (art. 306 LSC), el derecho de transmisión de acciones o participaciones (arts. 106 y ss. y 120 y ss. LSC), el derecho a solicitar la convocatoria judicial de la junta general ordinaria (art. 169.1 LSC), el derecho a solicitar el nombramiento de auditor por el registrador mercantil (art. 265.1 LSC), el derecho a examinar el libro registro de acciones nominativas y el libro registro de socios (arts. 105.1 y 116.3 LSC) y el derecho a obtener certificaciones acreditativas (arts. 105.2 y 116.5 LSC). Otros derechos o facultades, sin embargo, no son conferidos por una acción o una participación, sino por una cuota o porcentaje del capital social. Aunque cada acción y participación confiere, en sí misma, la posición de socio —son expresión de la condición de socio— determinadas facultades o derechos no se atribuyen por una acción o participación, sino por una cuota o porcentaje del capital social. Son los denominados derechos de la minoría: pedir la convocatoria de la junta (art 168 LSC), imponer al presidente que aporte la información requerida (arts. 196 y 197 LSC), impedir que se transija o renuncie la acción social de responsabilidad contra los administradores (art. 238 LSC), impugnar los acuerdos de los órganos colegiados de administración (art. 251.1 LSC), etc. A todos estos derechos deben añadirse, además, aquellos otros que pueden ser atribuidos en los estatutos y que no se encuentran legalmente recogidos. Además, hay que tener en cuenta aquellas situaciones en las que, por detentarse la mayoría del capital, o porque el resto del capital esté muy desperdigado, se disfruta de una posición de control: impedir modificaciones estatutarias, definir y nombrar administradores, etc. En segundo lugar, estos derechos se ostentan *en los términos establecidos en esta Ley*. Cada uno de los derechos mencionados se somete y sujeta a sus propias reglas que, además, no necesariamente han de ser idénticas en la sociedad anónima y en la sociedad limitada, ni en la sociedad anónima no cotizada y en la cotizada. En efecto, los derechos enumerados sólo se adquieren cuando concurren los supuestos de hecho previstos en la norma que los reconoce y regula, para que éste realmente surja en el patrimonio del socio y pueda ejercitarse. Así, será necesario que se acuerde la distribución de los beneficios del ejercicio para que surja el derecho al dividendo; que la sociedad se disuelva y se liquide para que quepa hablar del derecho a la cuota de liquidación; que se acuerde el aumento de capital para que nazca el derecho de suscripción o asunción preferente; que se convoque o celebre la junta para que haya derecho de asistencia, información y voto; que se adopten determinados acuerdos sociales para poder impugnarlos. De ahí que deba distinguirse entre la mera

Así, la acción y la participación social confieren a su titular la condición de socio, lo que implica el reconocimiento de un conjunto de derechos, desde la premisa de que la sociedad debe dar un trato igual a los socios que se encuentren en condiciones idénticas (arts. 97 y 514 LSC). En las sociedades de capital el ámbito de aplicación del principio de igualdad entre los socios se reconduce al análisis de dos perspectivas distintas: el principio de *igualdad formal* de los derechos incorporados a las acciones y a las participaciones sociales y atribuidos a los socios (art. 94.1 LSC) y el principio de *igualdad de tratamiento* de los socios, que rechaza el trato discriminatorio (arts. 97 y 514 LSC). La aproximación a lo que puede entenderse como trato discriminatorio se contempla en el artículo 293.2 de la Ley de sociedades de capital, al establecer que *se reputará que entraña trato discriminatorio cualquier modificación que, en el plano sustancial tenga un impacto, económico o político, claramente asimétrico en unas y otras acciones o en sus titulares*. Mientras la igualdad formal se mueve sobre el plano de los derechos que se confieren al titular de acciones y de participaciones, la igualdad de tratamiento se centra en el trato que la sociedad, en determinadas operaciones, dispensa al socio individual².

enunciación o reconocimiento en términos generales de ciertos derechos y su efectiva atribución al socio. Con este matiz puede, con todo, utilizarse la expresión *derecho abstracto* para referirse a esa declaración o manifestación legal de los derechos, poderes o facultades que pueden corresponder a los socios, pero cuyo verdadero alcance queda delimitado por la Ley y, en su caso, por los estatutos. Y siempre teniendo en cuenta que dicho reconocimiento no tiene en sí mismo más consecuencia que la de asegurar que los derechos enunciados sólo podrán ser limitados o excluidos por la sociedad en los términos previstos legalmente. En tercer lugar, estos derechos se reconocen en la Ley *salvo en los casos en ella previstos*. No todos los derechos enunciados son inderogables o irrenunciables, como tampoco lo son los derechos de socio que quedan fuera de la enumeración legal. En todo caso, en el listado de la Ley, frente a aquellos derechos que no pueden ser restringidos o limitados en medida alguna ni por la junta general ni en los estatutos de la sociedad (v.gr.: el derecho de información o el de impugnación de acuerdos sociales), hay otros que sí pueden ser *excluidos, suprimidos o no atribuidos*, en los términos previstos en la propia Ley. Así, sucede, de un lado, con el derecho de voto, ya que se reconoce la creación, bajo determinadas condiciones, de acciones y participaciones sin voto (arts. 98 a 103 LSC). Y, de otro lado, con el derecho de suscripción o asunción preferente de nuevas acciones o participaciones, que no existirá cuando el aumento obedezca a la absorción de otra sociedad o de todo o parte del patrimonio escindido de otra compañía o a la conversión de obligaciones en acciones (art. 304.2 LSC) o que podrá ser excluido por decisión mayoritaria cuando el interés de la sociedad así lo exija (art. 308 LSC). En cuarto lugar, algunos de los derechos enumerados no corresponden en exclusiva a los socios. Así sucede con el derecho de impugnar los acuerdos sociales, dado que se atribuye también legitimación a los administradores sociales y a los terceros que acrediten un interés legítimo (art. 206 LSC). También ocurre esto con el derecho a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo, que corresponden al usufructuario (art. 127 LSC) o con el derecho de asistencia a las juntas generales de la sociedad anónima, que corresponde también, por ejemplo, al comisario del sindicato de obligacionistas (art. 427.2 LSC). JIMENEZ SANCHEZ, G.: «La acción como parte del capital y como conjunto de derechos en la Ley de Sociedades Anónimas», *DN*, 1990-91, pp. 238-243; SANCHEZ ANDRES, A.: «La acción y los derechos del accionista», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. Uría, R./Menéndez, A./Olivencia, M.), T. IV, Vol. 1º, Madrid, 1994; SANCHEZ GONZALEZ, J.C.: «La acción como fundamento de la condición de socio y como conjunto de derechos», en *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación* (Garrido de Palma, V. y otros), Madrid, 1990; CAMPUZANO, A.B.: «Derechos del socio (art. 93)», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (dir. Rojo, A./Beltrán, E.), T. I, Madrid, 2011.

² MARTÍNEZ FLOREZ, A.: «Igualdad de trato (art. 97)», en A. Rojo-E. Beltrán [dirs], *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, I, Madrid, 2011. La prohibición de trato discriminatorio entre los accionistas de la misma condición exige una igualdad de oportunidades y veda privilegios y beneficios en favor de unos y detrimento de otros, principio expresamente establecido en la Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital. En efecto, el artículo 46 de la referida Directiva 2012/30/UE establece que «para la aplicación de la presente Directiva, las legislaciones de los Estados miembros garantizarán un trato igual de los accionistas que se encuentren en condiciones

Respecto al principio de igualdad formal de derechos, parte de que las acciones y las participaciones confieren a sus titulares iguales derechos, lo que coloca a estos en un claro plano igualitario a la hora de determinar su peso específico en la marcha y control de la actividad social. Se establece así una presunción de igualdad de los derechos atribuidos por acciones y participaciones. Ahora bien, esta presunción puede ser desplazada. La afirmación de que las acciones y las participaciones atribuyen a sus titulares iguales derechos exige, para ser comprendida en sus justos términos, dos importantes matizaciones. De un lado, que estamos ante una regla puramente formal. Realmente, quien posee un considerable paquete de acciones o de participaciones que le asegure, aunque sea de hecho, el control de la sociedad, o quien, aunque privado individualmente de una participación mayoritaria adquiere el control en virtud de pactos parasociales, no puede decirse que tenga iguales derechos respecto a los otros socios. Los socios mayoritarios no sólo ostentan un mayor poder, sino que en la mayoría de los casos, detentan el gobierno de la sociedad. De otra parte, es una regla formal que, además, puede ser alterada en el acto constitutivo o en sucesivas modificaciones al mismo. En efecto, se atribuyen a los socios los mismos derechos, con las excepciones establecidas al amparo de la ley. La emisión de acciones o la creación de participaciones con derechos diferentes se configura, fundamentalmente, como un instrumento de recolección de capitales o como una técnica de defensa de las relaciones de poder preexistentes en una sociedad. La consecución de alguno de estos objetivos justifica la mayor parte de las acciones o participaciones con derechos diversos, sin que sea necesario que el fin perseguido se encuentre determinado de antemano. Las acciones o participaciones con derechos diferentes emitidas o creadas en su origen con una finalidad protectora de las relaciones de poder preexistentes, pueden convertirse en un eficaz instrumento de financiación de la sociedad, y viceversa. No es posible separar radicalmente los objetivos. Por el contrario, cuando una sociedad emite acciones o crea participaciones con derechos distintos lo habitual es que lo haga atendiendo, simultáneamente, a razones financieras y de protección de las relaciones de poder preexistentes. Como instrumento de financiación resultan útiles, de un lado, para luchar contra la falta de disponibilidades financieras (saneamiento). Una empresa amenazada de crisis difícilmente va a conseguir que los potenciales inversores suscriban las acciones o asuman las participaciones, pero puede captar nuevos fondos si ofrece ventajas a quien realice el desembolso. De otra parte, son un instrumento idóneo para lograr la expansión de las actividades de la empresa. El ofrecimiento a los inversores de acciones o de participaciones con derechos distintos facilita su captación.

idénticas>> (principio ya recogido en el artículo 42 de la Segunda Directiva en materia de sociedades, Directiva 77/91 CEE, de 13 de diciembre de 1991; Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2002). La desigualdad entre los accionistas no puede tener un componente cualitativo; dándose las mismas circunstancias no pueden corresponder a los socios cargas o ventajas distintas. El trato diverso sólo es admisible si deriva de la posesión de distintas acciones o del sometimiento de la situación a disposiciones diferentes (GIRÓN, J.: *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, p. 294; VELASCO SAN PEDRO, L.A.: «Acciones propias e igualdad de los accionistas (cuestiones de Derecho de sociedades y del Derecho del mercado de valores)», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, III, Valencia, 1995, pp. 3879-3951, 3904-3905; DE EIZAGUIRRE, J.M^a: «La condición de socio de la sociedad de responsabilidad limitada», en F. Rodríguez Artigas-R. García Villaverde-L. Fernández de la Gándara-A. Alonso Ureba-L.A. Velasco San Pedro-G. Esteban Velasco [coords.], *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I, Madrid, 1996, pp. 319-320; GARRIDO DE PALMA, V.: «Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, II. Sociedades mercantiles, Madrid, 1996, pp. 1869-1881, 1880).

1.2. Las acciones que atribuyen derechos diferentes. Las clases de acciones

La atribución de derechos diversos se reconoce tanto para las participaciones sociales de la sociedad limitada como para las acciones de la sociedad anónima, aunque sólo respecto a estas últimas —y no así para las participaciones de la sociedad limitada— se establece que las acciones que tengan el mismo contenido de derechos constituyen una misma clase, término acogido en la legislación española y que resulta sinónimo al de categoría de acciones, recogido en otras legislaciones. Es en el marco de la sociedad anónima donde se ha elaborado la noción de clase y se ha articulado y desarrollado su régimen jurídico propio. Y, de hecho, en nuestra legislación el concepto de clase sólo se establece en relación a esta forma social, aunque, ciertamente, el carácter capitalista de la sociedad comanditaria por acciones permita trasladar a ésta las conclusiones obtenidas en esta materia para la sociedad anónima. Por el contrario, el concepto de clase no se extiende a la diversidad de derechos de socio en la sociedad de responsabilidad limitada. Aunque se admite expresamente la diversidad de derechos en las participaciones sociales, no se consagra el concepto de clases de participaciones³.

La admisión de clases de acciones supone la modificación del carácter absoluto del principio de igualdad de derechos. La igualdad se convierte en un principio de naturaleza relativa. En la sociedad anónima, entre una igualdad absoluta, que parece excesiva, y un tratamiento diverso a cada socio, que iría en contradicción con la naturaleza propia de las grandes sociedades de capital, se impone una igualdad relativa. El principio de igualdad de derechos se exige no en cuanto a la totalidad de acciones que puede emitir una sociedad, sino en relación a un ámbito más limitado que viene determinado por la noción de clase de acción. Es éste un término objetivo que no presupone ni preferencia ni especialidad, sino que simplemente agrupa las acciones que atribuyen idéntico contenido de derechos. Comúnmente una clase es un número de individuos, objetos o asuntos que se caracterizan por la posesión de

³ Las participaciones sociales pueden otorgar derechos diferentes, con lo que se acoge la ruptura del principio de igualdad de derechos correspondientes a las participaciones. No obstante, a diferencia de lo que sucede en la sociedad anónima, no se recoge expresamente que esta diversidad de derechos sea constitutiva de una clase de participaciones. Se admite que tanto las participaciones como las acciones puedan otorgar derechos diferentes, pero, sólo respecto a las acciones se determina que aquellas que tengan el mismo contenido de derechos constituyen una misma clase. Esta diferencia implica, con carácter general, que las clases de acciones de la sociedad anónima se sometan a un sistema de tutela colectiva (art. 293 LSC), mientras que los derechos individuales de cualquier socio de una sociedad de responsabilidad limitada se sujeten a tutela individual (art. 292 LSC). Aunque en el supuesto de participaciones sin voto, aún sin acogerse el concepto de clase, cualquier modificación estatutaria que les lesione se somete al acuerdo de la mayoría de las participaciones afectadas (art. 103 LSC). La creación de participaciones con derechos diversos posibilita a las sociedades de responsabilidad limitada diseñar, con mayor flexibilidad, el régimen de derechos de sus socios, lo que le permitirá adoptar sistemas distintos en función de sus necesidades. La posibilidad de introducir diferencias se reconoce, expresamente, en el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales (art. 95 LSC), en el derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación (art. 392 LSC) y en el derecho de voto (arts. 98 y 188 LSC). En este mismo sentido se pronuncia el Reglamento del Registro Mercantil que, además, regula la concreción de los derechos diversos que atribuyan las participaciones, cuando la diversidad afecte al voto, al dividendo o a la cuota de liquidación (respectivamente, 184.2-1º y 2º RRM). Cuestión distinta es si también es posible introducir diferencias sobre otros derechos que se atribuyen al socio. En principio, el carácter flexible que se predica de la sociedad limitada y la introducción en el mencionado artículo 184.2 del Reglamento del Registro Mercantil de un apartado 3º que prevé que «en los demás casos, se indique el contenido y la extensión del derecho atribuido», debieran servir de referente para admitir diferencias en otros derechos, siempre que el articulado legal no lo impida expresamente (vid. prohibiciones art. 96 LSC) o no contradiga los principios configuradores del tipo social.

determinadas características. Pues bien, en el seno de una sociedad anónima se entiende que hay una clase de acciones cuando todas ellas atribuyen los mismos derechos que son, además, diferentes a los conferidos por otras acciones agrupadas, a su vez, en clases distintas.

El concepto de clase de acciones se caracteriza por su *relatividad*. De un lado, porque la igualdad de derechos que caracteriza a una clase sólo es posible constatarla en un análisis comparativo con otras acciones que atribuyan derechos distintos y que, en consecuencia, constituyan otra clase. Si todas las acciones de la sociedad confieren los mismos derechos no debería hablarse de clase de acciones, ya que ésta se constituiría para diferenciar a las acciones que tienen el mismo contenido de derechos, de otras acciones que, constituidas en otra clase, tienen los mismo derechos, pero diferentes a los de otra clase de acciones. Así, en aquellas sociedades cuyo capital no esté dividido en clases de acciones pervivirá el carácter absoluto del principio de igualdad de derechos; todas las acciones de la sociedad atribuirán iguales derechos y obligaciones a sus titulares, y en la misma medida. Cuando se lleve a cabo la división del capital en diferentes clases de acciones, la presunción de igualdad absoluta será desplazada. Ello permite la existencia en una sociedad de varios grupos de acciones con un régimen distinto, creadas simultánea o sucesivamente al origen de la sociedad o a lo largo de su existencia. La igualdad absoluta sólo reina en el interior de cada clase entre todas las acciones pertenecientes a la misma clase. En cambio, entre las distintas clases de acciones existentes en la sociedad la igualdad es relativa. De otro lado, porque la relatividad debe predicarse, igualmente, respecto al contenido de la clase. Es indiferente, en efecto, que la diversidad de derechos consista en un plus o en un minus respecto de los derechos de socio «ordinarios». En consecuencia, constituyen clase tanto las acciones ordinarias como las *acciones privilegiadas* como las *acciones postergadas*. En definitiva, el término clase hace referencia al conjunto de acciones que atribuyen los mismos derechos a su titular, derechos que son diversos, cualitativa o cuantitativamente, de los atribuidos por acciones de otras clases⁴.

Los requisitos que deben concurrir para que pueda hablarse de clase de acciones son, en primer lugar, que se trate de una diversidad de derechos atribuidos por acciones, es decir, de derechos derivados de la condición de socio, de los que las acciones son expresión. Se trata de una igualdad *objetiva* y no subjetiva. El principio de igualdad de derechos recae sobre la acción y no sobre el accionista. La expresión igualdad de los socios no es más que una traducción de la situación jurídica a la que corresponde. Es más exacto hablar de igualdad entre acciones y no entre los titulares de las mismas; en suma, de igualdad de derechos y

⁴ CUESTA, J.M^a.: «Clases especiales de acciones y su problemática», *RDF*, 106-107, 1973, pp. 913-982; BROSETA, M. «Acciones: clases y régimen jurídico», en *La reforma del derecho español de sociedades de capital* (coor. Alonso Ureba, A. y otros), Madrid, 1987; MENÉNDEZ, A./BELTRÁN, E.: «Las acciones sin voto», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. Uría, R./Menéndez, A./Olivencia, M.), T.IV. Vol.1^o, Madrid, 1994; BELTRÁN, E.: «Las clases de acciones como instrumento de financiación de las sociedades anónimas», en *Estudios de derecho bancario y bursátil, Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, T.I, Madrid, 1994; CAMPUZANO, A.B.: *Las clases de acciones en la sociedad anónima*, Madrid, 2000; CAMPUZANO, A.B.: «Diversidad de derechos (art. 94)», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (dir. Rojo.A./Beltrán, E.), T. I, Madrid, 2011; OLAVO CUNHA, P.: *Os direitos especiais nas sociedades anónimas: as açoes privilegiadas*, Coimbra, 1993; PORFIRIO, L.J.: «Acciones privilegiadas y acciones sin voto tras las Leyes 37 y 50 de 1998», *DN*, núm. 106-107, julio-agosto de 1999, pp. 1-14; AGUILERA, A.: «Clases y series de acciones. Las acciones privilegiadas», en *Derecho de sociedades anónimas. Capital y acciones* (coor. Alonso Ureba, A./Duque, J. y otros), II, Vol. I, Madrid, 1994.

obligaciones atribuidos a cada una de las acciones de una misma clase o, en su defecto, a cada una de las acciones que en su totalidad forman el capital social. De esta manera lo que se rechaza es la existencia de discriminación entre acciones con una posición jurídica idéntica, posición que ahora viene determinada por la pertenencia a una determinada clase. Por esta vía, se excluyen del concepto de clase aquellos valores que confieren a sus titulares derechos de crédito frente a la entidad emisora (v.gr. obligaciones), aquellos derechos que no se disfrutan por la titularidad de acciones sino por otras circunstancias (v.gr. derechos de fundador) y aquellos supuestos en que la diversidad de derechos se vincula no a las acciones, sino a los accionistas (v.gr. ventajas particulares). La diversidad constitutiva de una clase sólo surge cuando la distinta atribución de derechos trae causa de la acción entendida como valor mobiliario representativo del capital, y no cuando se produce en función de la persona titular de la misma. El concepto de clase no incluye aquellos supuestos en los que se lleva a cabo una diversa atribución de derechos en atención a condiciones concretas de la persona que los va a detentar. Quedan fuera del concepto de clase las ventajas particulares concedidas específicamente a uno o más accionistas en contrapartida de servicios especiales. Mientras estas ventajas particulares se establecen en consideración a la persona, por lo que no pueden transmitirse junto a la acción, los derechos atribuidos por las acciones de una clase se incorporan a éstas y se transmiten con ellas. Tampoco se incluye en el concepto de clase la diversidad establecida sobre las prestaciones accesorias. La Ley permite que en los estatutos se establezcan para todos o algunos socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital. Ello supone que pueden establecerse prestaciones accesorias sólo para determinados socios, incluyendo a los titulares de clases de acciones. Ahora bien, esta posibilidad, por sí misma, no es susceptible de constituir una clase de acciones. Y ello porque las prestaciones accesorias se imponen a los accionistas y no a las acciones. Este parece ser el carácter que la legislación española otorga a estas obligaciones, refrendado por el hecho de que la disciplina legal hable de prestaciones establecidas para todos o alguno de los socios y no para todas o alguna de las acciones. Además, las prestaciones accesorias se someten a un régimen específico de tutela que descarta la aplicación de la técnica de tutela propia de las clases de acciones (art. 89 LSC). En fin, la existencia de autocartera tampoco determina, por sí sola, una distinción entre dos clases de acciones⁵.

En segundo lugar, para que pueda hablarse de clase de acciones se exige que se apoye realmente en un diverso contenido de derechos de socio y no se trate, simplemente, de una diversidad de hecho. La clase está formada por aquellos valores mobiliarios que presentan, en cuanto a los derechos incorporados, características comunes. Teniendo en cuenta que cuando se habla de derechos, el término se utiliza en su acepción más amplia de relación jurídica, de forma que, al menos en abstracto, una clase agrupa a las acciones que incorporan los mismos derechos. Ahora bien, el concepto no se extiende a otros aspectos secundarios de la acción, que quedan encuadrados bajo la expresión «tipos» o «modalidades» de acciones. Aunque el legislador español no da un concepto de tipos o modalidades de acciones, sino que se limita a

⁵ Así lo mantiene la *resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1998* al disponer que «*la existencia de autocartera no determina por sí sola una distinción entre dos clases de acciones, por más que las que integren aquélla quedan sujetas a un régimen jurídico especial, de suerte que los acuerdos que afecten a las mismas hayan de adoptarse en forma independiente conforme exige, cuando de distintas clases de acciones se trata, el artículo 148 de la Ley, acuerdo que sería imposible al estar en suspenso el derecho de voto correspondiente a las acciones propias*».

distinguir entre series y clases de acciones⁶, se entiende que el tipo o la modalidad, a diferencia de la clase, hace referencia a características externas de las acciones, fundamentalmente, a la modalidad de representación de las mismas —acciones nominativas o al portador— y a su régimen de transmisión. Cualquiera de estas diferencias carece en sí misma de la entidad suficiente para constituir una clase de acciones. Sólo las acciones que atribuyen iguales derechos forman una clase. Aquellas acciones que incorporen iguales derechos y que, además, presenten alguna diferencia adicional en otro aspecto, conforman una clase en la medida en que su contenido de derechos es idéntico y no por el hecho de presentar determinadas características en cuanto a su transmisión, representación o ejercicio de los derechos. Por consiguiente, no constituyen clase las acciones representadas mediante títulos y mediante anotaciones en cuenta, las acciones que coticen en bolsa y las que no coticen, las acciones nominativas y al portador, las acciones liberadas en dinero y liberadas *in natura*, las acciones íntegra y parcialmente desembolsadas —o desembolsadas en diferente cuantía o cuyo plazo para la liberación sea diferente— o las acciones de diferentes emisiones y/o de diferente valor nominal, que constituyen series de acciones.

⁶ Mientras el término clase hace referencia al conjunto de acciones que atribuyen los mismos derechos a su titular, derechos que son diversos, cualitativa o cuantitativamente, de los atribuidos por acciones de otras clases, el vocablo serie alude al grupo de acciones que poseen igual valor nominal. Para delimitar los conceptos de clase y serie la técnica legal es distinta. El concepto de clase se establece sin remisión a ningún otro término, mientras que la noción de serie queda reducida a una subclasificación dentro del concepto más amplio de clase. Las acciones han de poseer igual valor nominal en cada una de las series que es posible constituir dentro de una clase. Se admite, en definitiva, la creación de series distintas en el seno de una clase de acciones, con el límite de que todas las acciones pertenecientes a la misma serie posean el mismo valor nominal. Incluso es admisible, en cuanto no se prohíbe y por carecer de efectos negativos, que acciones con igual valor nominal e idéntico contenido de derechos se constituyan en series distintas por motivos de oportunidad o conveniencia. Siempre que se respete el límite de la igualdad de valor nominal en la serie, la sociedad es libre para crear tantas series como estime conveniente. En este sentido se pronuncia la *resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de febrero de 1991*, al sostener que la determinación de varias series dentro de una misma clase de acciones no tiene que ser consecuencia de la existencia de diferencias intrínsecas entre las acciones, por más que se exija que las de una misma serie tengan igual valor nominal. La presencia dentro de una misma clase de varias series con el mismo valor nominal no plantea consecuencias negativas. En el recurso se debatía acerca de si, con ocasión del aumento de capital social de una sociedad anónima, podía emitirse una nueva serie de acciones que tuviera igual valor nominal e idéntico contenido de derechos políticos y económicos que los de la serie ya existente. La Dirección General de los Registros y del Notariado mantiene que «*la cuestión carece de verdadera relevancia sustantiva. Ciertamente el artículo 37 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 presuponía alguna diferencia entre las acciones pertenecientes a dos series o clases distintas; pero no cabe olvidar que este precepto identificaba los términos serie y clase mientras que en lo sucesivo —por imperativo del artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, que aunque no estaba en vigor al tiempo de plantearse la cuestión no puede ser desconsiderado— la serie queda reducida a una subclasificación dentro de la más amplia categoría que es la «clase» (que agrupará necesariamente a todas las acciones que atribuyan el mismo contenido de derechos) y que el establecimiento de varias series dentro de una clase no tendrá que obedecer a diferencia intrínseca alguna entre las acciones respectivas (por más que se exija que las de la misma serie deban tener igual valor nominal). Si a ello se añade que la existencia dentro de una misma clase de varias series de acciones todas ellas con idéntico valor nominal, no planteará consecuencias negativas de ningún tipo (es absolutamente indiferente que el sistema para la numeración correlativa de las acciones se base exclusivamente en guarismos o en una combinación de guarismos y letras conforme a los criterios alfabético y decimal) no procede estimar hoy que dicha circunstancia constituya ya obstáculo suficiente para denegar la inscripción del aumento del capital social calificado».* SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: «La acción y los derechos del accionista», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. Uría, R./Menéndez, A./Olivencia, M.), T. IV. Vol. 1º, Madrid, 1994, pp. 250-251; CRUZ LAGUNERO, J.M.: «Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de febrero de 1991», *RJN*, 1992, pp. 195-201, 198-200.

Las acciones de una misma clase tienen, en definitiva, que atribuir iguales derechos. A estos efectos, es irrelevante para la constitución de una clase tanto el número de acciones que la compongan como el número de sus titulares. La creación de una clase es válida con la emisión de una única acción (dimensión objetiva) y con la existencia de un único accionista (dimensión subjetiva). Esta igualdad resulta exigible en el ámbito de la clase con respecto a la totalidad de los derechos atribuidos a los accionistas. No cabe defender su vigencia, únicamente, sobre aquellos reconocidos como derechos mínimos por el legislador. El principio de igualdad es exigible a todos y cada uno de los derechos atribuidos a los accionistas a lo largo de todo el articulado legal. Esta interpretación extensiva es la que responde al espíritu de la Ley. La igualdad debe predicarse respecto de todos los derechos del accionista, que no son únicamente los recogidos por el legislador en el artículo 93 de la Ley de sociedades de capital. Estos derechos sólo son un mínimo que la acción confiere. Además han de tenerse en cuenta todos aquellos derechos que la propia ley, en otros preceptos, o los estatutos sociales, hayan establecido.

Ello no significa que la diversidad de derechos característica de las clases de acciones pueda predicarse de todos los derechos que integran la condición de socio, ya que el carácter instrumental de algunos derechos de socio impide o limita su atribución en forma diversa (vid. prohibiciones art. 96 LSC). Lo habitual es que la desigualdad se produzca en los derechos de naturaleza estrictamente patrimonial: participación en las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación (comúnmente denominadas acciones privilegiadas o acciones preferentes; arts. 95; 498 y 499.1 LSC). La desigualdad en los derechos de naturaleza política o administrativa se encuentra mucho más limitada: derecho a conservar la condición de socio (las acciones rescatables, cuya emisión se limita a las sociedades cotizadas; arts. 500 y 501 LSC), derecho de voto (las acciones -y participaciones- sin voto, cuya emisión y creación se encuentra sometida a condiciones mínimas; arts. 98 a 103 y 499.2 LSC)⁷ y el derecho de suscripción preferente, que reúne elementos patrimoniales y políticos o administrativos (limitada a una prioridad en el ámbito de la diversidad de derechos atribuidos a su titular; arts. 96.2 y 3 y 499.2 LSC)⁸. En cualquier caso, una vez creadas clases de

⁷ MENÉNDEZ, A./BELTRÁN, E.: «Las acciones sin voto (Comentario a los artículos 90 a 92 del Texto Refundido de la Ley de sociedades anónimas)», *RDM*, núm. 191, 1989, pp. 7-44; id. «Las acciones sin voto», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. Uría, R./Menéndez, A./Olivencia, M.), T. IV. Vol. 1º, Madrid, 1994; DUQUE, J.: «Absentismo del accionista y acciones sin voto», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. VII, Consejo General del Notariado, 1988; ALONSO ESPINOSA, F.J.: «Acciones sin voto y obligaciones convertibles en acciones en la financiación de la sociedad anónima (primeras anotaciones a los artículos 90-92 y 292-294 de la Ley de Sociedades Anónimas según el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre)», *RGD*, núm. 546, 1990, pp. 1433-1449; PORFIRIO, L.J.: *Las acciones sin voto en la sociedad anónima*, Madrid, 1991; id. «Acciones privilegiadas y acciones sin voto tras las Leyes 37 y 50 de 1998», *DN*, núm. 106-107, julio-agosto de 1999, pp. 1-14; GOMEZ MENDOZA, M.: «Acciones sin voto», *RdS*, núm. 13, 1999, pp. 13-59; TAPIA, A.J.: «Las acciones sin voto», *RDBB*, núm. 40, 1990, pp. 749-833; SAGASTI, J.J.: *El régimen jurídico de las acciones sin voto en el derecho español y comparado de sociedades y de valores*, Madrid, 1997; LOBATO, M.: «Sobre las participaciones de voto plural y sobre las participaciones sin voto. Estudio del artículo 534 de la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», *La Ley*, 1, 1996, pp. 1782-1786; CACHON, J.E.: «Las acciones sin voto», *AC*, núm. 32, 1990-3, pp. 469-475; FARRANDO, I.: «Las acciones sin voto y el valor del derecho de voto (pequeña contribución a la crítica de las acciones sin voto)», *RDM*, núm. 206, 1992, pp. 767-797; MEJIAS, J.: «Las acciones sin voto», en *Estudios sobre el régimen jurídico de la sociedad anónima* (coor. Cachón, E.), Madrid, 1991; PESO DE OJEDA, G.: «Las acciones sin voto», en *Contratos sobre acciones*, Madrid, 1994.

⁸ La Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 se refiere en varios de sus preceptos a la existencia de varias categorías de acciones. Y, en particular, alude a la diversidad de

acciones, deben figurar en los estatutos, recogiendo los derechos que se atribuyen a cada una de las acciones en las que se encuentra dividido el capital social (art. 23 letra «d» LSC; art. 122 RRM).

2. LA TUTELA DE LAS CLASES DE ACCIONES

2.1. La junta especial o votación separada

Existen modificaciones sociales cuya realización incide de forma especial en los intereses de los socios, o de algunos socios, motivo por el que se reconocen diversas técnicas protectoras especiales para determinadas modificaciones estatutarias. Entre ellas se encuentran aquellas modificaciones estatutarias que lesionen los derechos de una clase de acciones, para las que se exige un doble acuerdo: a la decisión de la junta general se añade la necesaria aprobación por la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada, aprobación que podrá realizarse en junta especial o en votación separada dentro de la junta general⁹. La *junta especial* se configura como un instrumento jurídico, creado por el derecho positivo, que tutela de forma colectiva los intereses de aquellos accionistas que poseen los mismos derechos y que, por tanto, pertenecen a la misma clase. En este sentido, la junta especial se convierte en un filtro de los acuerdos de la junta general que puedan perjudicar los intereses de una o varias clases de acciones. El accionista de una clase no va a determinar individualmente el destino de sus derechos, sino que la decisión corresponde a la clase, grupo homogéneo que adopta sus acuerdos por mayoría, vinculando a la minoría. Con la junta especial se dota al conjunto de titulares de clases de acciones de un sistema de formación de la voluntad común semejante al dispuesto para la generalidad de los accionistas de la sociedad anónima. Cuando se trata de resolver sobre sus derechos diversos, los accionistas de la clase se organizan

derechos que pueden atribuir <<al permitir que cuando el capital suscrito de una sociedad, que tenga varias categorías de acciones para las que sean diferentes el derecho de voto o el derecho de participación en las distribuciones en el sentido del artículo 17 o en el reparto del patrimonio social en caso de liquidación, sea aumentado por la emisión de nuevas acciones en una sola de estas categorías, el ejercicio del derecho preferente por parte de los accionistas de las demás categorías solo tendrá lugar después del ejercicio de tal derecho por los accionistas de la categoría en que se emitan las nuevas acciones>> (art. 33.2.b).

⁹ La existencia en una sociedad de clases de acciones plantea, desde su origen, un arduo debate sobre cuál ha de ser la protección que el derecho de sociedades dispense a los titulares de acciones con derechos diversos. La necesidad de proteger al titular de clases de acciones es evidente en la medida en que la modificación de sus derechos no puede dejarse sin más en manos de la mayoría. Pero la necesidad de ese régimen tuitivo de las clases de acciones no puede desconocer la también necesaria protección del resto de las acciones y de los propios intereses de la sociedad, que pueden verse seriamente perjudicados si se protege en exceso la posición de los titulares de clases de acciones. La pugna entre el interés de los accionistas pertenecientes a una clase y el interés social, de acuerdo al mismo tiempo con los intereses generales, se resuelve a impulsos de la doctrina mercantilista alemana del siglo XIX, que aboga por la creación de una junta especial que, adoptando sus acuerdos por mayoría, reúna en su seno a todos los accionistas que perteneciendo a una misma clase se vean afectados por una decisión de la junta general. La clase, como agrupación formada por aquellas acciones que atribuyen iguales derechos, posee unos intereses que prevalecen sobre los de sus miembros. De la misma manera que la junta general canaliza y protege los intereses de los accionistas ordinarios, se diseña una junta especial, que a semejanza de ésta, tutele la posición jurídica de aquellos accionistas con un contenido de derechos diverso sin paralizar la propia actividad de la sociedad. MIGNOLI, A.: *Le assemblee speciali*, Milano, 1960; GIRÓN, J.: *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952; BEKKER, E.J.: «Beiträge zum Aktienrecht», *ZHR*, núm. 16, 1871, pp. 32-85 y núm. 17, 1872, pp. 379-465; PACCHI PESUCCI, S.: *Autotutela dell'azionista e interesse dell'organizzazione*, Milano, 1993.

corporativamente a través de la formación mayoritaria de la voluntad común. La *votación separada* implica también la reunión de los accionistas de la clase perjudicados para que decidan por mayoría, pero no en una asamblea convocada a tal efecto sino en el seno de la propia junta general y, por tanto, en presencia del resto de los accionistas de la sociedad, por medio de la realización de una votación separada de los mismos¹⁰.

En todo caso, la junta especial o la votación separada dentro de la junta general, es una técnica de protección específica para la posible lesión de los derechos atribuidos a una clase de acciones. La atribución de derechos diversos se reconoce tanto para las participaciones sociales de la sociedad limitada como para las acciones de la sociedad anónima, aunque sólo respecto a estas últimas —y no así para las participaciones de la sociedad limitada— se establece que las acciones que tengan el mismo contenido de derechos constituyen una misma clase. Aunque se admite expresamente la diversidad de derechos en las participaciones sociales, no se consagra el concepto de clases de participaciones. Esta diferencia implica, con carácter general, que las clases de acciones de la sociedad anónima se sometan a un sistema de tutela colectiva (art. 293 LSC), mientras que los derechos individuales de cualquier socio de una sociedad de responsabilidad limitada se sujeten a tutela individual (art. 292 LSC)¹¹.

¹⁰ KOENIGE, H./PINNER, A./BONDI, F.: *Staub-Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Erster Band, Berlin und Leipzig, 1921; RENSZNER, «Verordnung der Ministerien des Innern, der Finanzen, des Handels, der Justiz und des Ackerbaues vom 20. September 1899, mit welcher ein Regulativ für die Errichtung von Umbildung von Aktiengesellschaften auf dem Gebiete der Industrie und des Handels verlautbart wird», *ZHR*, 1900, pp. 308-341.

¹¹ Esta diversidad tuitiva es la que también se consagra en la reducción de capital con devolución del valor de las aportaciones cuando no afecte por igual a todas las participaciones o a todas las acciones de la sociedad. En el primer caso será preciso el consentimiento individual de los titulares de esas participaciones sociales. En el segundo supuesto se requiere el acuerdo separado de la mayoría de los accionistas interesados, adoptado en la forma prevista en el artículo 293 (art. 329 LSC). La reducción de capital con amortización no paritaria de acciones, mediante reembolso a los accionistas establece la remisión expresa al sistema del doble acuerdo del artículo 293 de la Ley de sociedades de capital (vid. también art. 170.2 RRM), configurando así una modificación estatutaria cuya validez queda sujeta a la observancia de requisitos adicionales. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1998, sin entrar en su análisis, señala «*que la situación de reembolso a los accionistas, de no ser igualitario, exigiría el acuerdo separado de los afectados a que se refieren los artículos 164.3 de la Ley de Sociedades Anónimas y 170.2 del Reglamento del Registro Mercantil*». La previsión —que ya se recogía en el artículo 164 de la Ley de sociedades anónimas de 1989 y en el artículo 100, párrafo segundo, de la Ley de sociedades anónimas de 1951— remite a la técnica del doble acuerdo, típica de la tutela de las clases de acciones, de una forma muy peculiar. De un lado, el doble acuerdo no está conectado a la lesión o perjuicio a una clase de acciones. Se alude a una medida que no afecte por igual a todas las acciones y no a una medida que afecte a una clase de acciones. De otra parte, no hay referencia a un perjuicio sino, en abstracto, a una medida que no afecte por igual a todas las acciones. El supuesto no es, por tanto, similar al previsto en el artículo 338 de la Ley de sociedades de capital, que al regular la reducción mediante adquisición de participaciones o acciones propias para su amortización, dispone que «*si el acuerdo de reducción hubiera de afectar solamente a una clase de acciones, deberá adoptarse con el acuerdo separado de la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada, adoptado en la forma prevista en el artículo 293*». En este caso sí que la previsión está referida a una clase de acciones. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1998 establece «*que la reducción del capital social mediante la amortización de acciones adquiridas por la propia sociedad puede concurrir por dos vías distintas: una, partiendo del acuerdo de reducción y, una vez adoptado, y en ejecución del mismo, procediendo a la adquisición de las acciones que se han de amortizar; la otra, siguiendo el orden inverso, adquiriendo previamente las acciones propias y acordando, con posterioridad, la reducción del capital mediante su amortización. El primero ha de ajustarse, aparte de las reglas generales sobre reducción de capital social, al rígido procedimiento que establece el artículo 170 de la Ley, a través del que se trata de salvaguardar el principio de igualdad de trato entre todos los accionistas, evitando un trato discriminatorio entre ellos, al punto de que si hubiera de afectar a una clase determinada de acciones será necesario el acuerdo mayoritario de los afectados conforme exige el artículo 148 de la misma Ley. El segundo, por el contrario, y sin perjuicio de que también haya de atenerse a las reglas generales de todo acuerdo de reducción del capital social, tan solo*

está sujeto al requisito de la previa existencia de la autocartera». Por el contrario, en el caso de reducción con devolución del valor de las aportaciones, se alude a una medida que no afecte por igual a todas las acciones y no a una medida que afecte a una clase de acciones. CUESTA, J.M^a.: «Clases especiales de acciones y su problemática», *RDF*, 106-107, 1973, p. 976; id. «El aumento y la reducción del capital social», en A. Rojo [dir.], *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1987, p. 216; GARCÍA LUENGO, R.B.: *Régimen jurídico de las juntas especiales en la sociedad anónima*, Salamanca, 1980, p. 44; CÁMARA, M.: «La reducción de capital de la sociedad anónima en el Anteproyecto de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directrices de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades», *Noticias/CEE*, núm. 30, 1987, pp. 97-106, 103.

En la *sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid de 20 de diciembre de 2012* se establece que «*La amortización no paritaria de acciones es una herramienta permitida en nuestro derecho que puede responder a diversas finalidades. Dado que las causas de separación y de exclusión de socios aparecen tasadas en la Ley o en los estatutos sociales, puede convenir en ocasiones al interés social facilitar la salida de determinados socios de la sociedad. La amortización no paritaria de acciones puede producir ese efecto y en el caso de que su objeto sea amortizar todas las acciones de un socio, es evidente que implica la pérdida de la condición de tal, por lo que la adopción de ese tipo de acuerdo debe ir revestido de suficientes garantías a fin de evitar que por esta vía se produzca un trato discriminatorio, pues, como ha indicado la doctrina, en la reducción de capital social la paridad de trato se presenta como problemática en aquellos procedimientos que llevan incorporada una carga discriminatoria en lo relativo a la selección de los accionistas afectados o en la determinación del precio de reembolso; cuando, en lugar de seguir el sistema de la reducción del valor nominal de todas las acciones, se prefiere el de la amortización de algunas de ellas sin que la operación se ofrezca por igual a todos los accionistas. Es por ello que para que pueda defenderse la validez de este tipo de acuerdo es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos, que ya habían sido enunciados por la Dirección General de Registros y del Notariado en su resolución de 23 de noviembre de 1992: a) El de legitimación causal: el acuerdo de amortización forzosa debe ser conforme a las exigencias del interés social pues de lo contrario incurre en la nulidad. b) El de legitimación procedimental: el acuerdo debe producirse con pleno respeto de las reglas y trámites del procedimiento de modificación de estatutos con modificación perjudicial de una clase de acciones. c) El de legitimación patrimonial: el debido respeto a las cautelas y garantías que la ley prevé, en orden a la fijación y pago del valor que haya de desembolsarse a los titulares de las acciones amortizadas, a cuya observancia queda supeditada la inscripción de la reducción.(...).* El siguiente requisito se refiere a la legitimación procedimental. Desde el punto de vista formal el procedimiento para la adopción del acuerdo viene determinado en el artículo 329 de la Ley de Sociedades de Capital que establece que cuando la reducción de capital con devolución del valor de las participaciones no afecte por igual a todas las acciones se exigirá el acuerdo de la mayoría de los accionistas interesados, conforme a lo establecido en el artículo 293, que a su vez contempla un acuerdo adoptado en junta especial de los afectados o una votación separada dentro de la propia junta. Se exige, por tanto, una doble votación: la de la junta general y la de los accionistas interesados, sin el voto favorable de ambas no es posible adoptar válidamente el acuerdo. Como ya decíamos en el auto de medidas cautelares, la junta especial y el acuerdo mediante votación separada tienen por objeto proteger de modo colectivo los intereses de accionistas titulares de una determinada clase de acciones que pueden verse afectados de modo especial por un acuerdo de la Junta general. De esta forma, la junta especial o la votación separada se convierte en un instrumento de control y refuerzo de los intereses de una o varias clases de acciones afectadas, exigiéndose que junto al acuerdo de la Junta general, se adopte el de los accionistas afectados. La junta especial o la votación separada dentro de la junta general son, por tanto, una técnica de protección específica para la posible lesión de los derechos atribuidos a una clase de acciones. Aparentemente ese requisito se cumplió, pues hubo una votación separada, el problema es determinar quien debió votar en esa votación separada; la cuestión es determinar quién o quienes se ven afectados por la decisión por estar en la idéntica situación, lo que constituye un aspecto fáctico que habrá que dilucidar en cada caso concreto y que enlaza con el principio de igualdad de trato del accionista consagrado en el artículo 97 de la Ley de Sociedades de Capital que establece que la sociedad deberá dar un trato igual a los accionistas que se encuentren en condiciones idénticas. El precepto tiene su origen en la Directiva 77/91/CEE, en concreto en su artículo 42 que dispone que: para la aplicación de la presente Directiva, las legislaciones de los Estados miembros garantizarán un trato igual de los accionistas que se encuentren en condiciones idénticas. Principio inspirado por el último Considerando de la Directiva en el que se indica que: es necesario, a la vista de los objetivos mencionados en la letra g) del apartado 3 del artículo 54, que, en los aumentos y reducciones de capital, las legislaciones de los Estados miembros garanticen el respeto y armonicen la aplicación de los principios que garanticen el trato igual a los accionistas que se encuentren en condiciones idénticas y la protección de los titulares de deudas anteriores a la decisión de reducción. Nuestro legislador acogió ese principio que opera como un principio general que debe inspirar las relaciones entre los socios y la sociedad y que aparece consagrado, actualmente, en el artículo 97 de la Ley de Sociedades de Capital. Son el interés o fin común y la

Aunque en el supuesto de participaciones sin voto, aún sin acogerse el concepto de clase, cualquier modificación estatutaria que les lesione se somete al acuerdo de la mayoría de las participaciones afectadas (art. 103 LSC).

Así, en la sociedad anónima, la clase, como agrupación formada por aquellas acciones que atribuyen iguales derechos, posee unos intereses que prevalecen sobre los de sus miembros. De la misma manera que la junta general canaliza y protege los intereses de los socios ordinarios, se diseña una *junta especial* o *votación separada*, que a semejanza de ésta, tutele la posición jurídica de aquellos socios con un contenido de derechos diverso sin hipotecar la propia actividad de la sociedad. La noción de clase hace referencia a un conjunto de personas cuya afinidad de derechos les permite trazar una defensa conjunta de sus intereses, y a pesar de carecer de personalidad jurídica y actuar en momentos determinados y

vinculación compartida por todos los socios en una misma empresa bajo forma social los que obligan a tratar a todos de forma paritaria. Ahora bien, ese tratamiento no implica una identidad plena de derechos, sino que determina que la igual o distinta posición de los socios tenga un fundamento admisible en la organización de la sociedad. Como se ha indicado por la doctrina, la igualdad se justifica desde diversas perspectivas. En el ámbito interno, porque la participación de distintos sujetos en una misma persona jurídica parte de que todos ostentan la condición de socio de la que derivan muchos de los principios de organización de la sociedad, lo que tiene su origen en la voluntad de los participantes en el contrato de sociedad. A todos se les atribuyen derechos idénticos y, el ejercicio de esos derechos por cada uno de ellos se proyecta sobre el resto. Ello no quiere decir que su concreta participación en el capital social pueda aparejar una mayor intensidad en el ejercicio de esos derechos. Lo relevante será que la disparidad en el trato a los accionistas encuentre una fundamentación legítima. Es en ese punto en el que debemos enlazar con la exigencia de votación separada y la clase o socios afectados por la decisión o como dice el artículo 329 los accionistas interesados. La demandada identificó accionistas interesados con accionistas cuyas acciones, las de la clase A, se amortizaban. Desde esa premisa el acuerdo separado lo debían votar tanto los socios que iban a ser excluidos como los que no lo eran, es decir, el socio mayoritario. Ello supone ignorar el sentido de lo dispuesto en el artículo 329 que tiende a proteger al minoritario en este tipo de operaciones, obligando a ser extremadamente celoso en determinar cuál es el interés afectado y en qué medida se ven afectados los distintos socios en orden a contar o no con su voto en esa votación separada, cuestión de las que ya se preocuparon las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1958 y la más reciente de 3 de octubre de 2002. Si el objeto de la reducción de capital con devolución de aportaciones no era otro, tal y como se infiere de los escritos rectores de las partes, que excluir a los socios minoritarios, a fin de que el capital fuera íntegramente de la sociedad matriz, lo correcto es que el acuerdo separado hubiese sido adoptado solo por los socios cuya acciones iban a ser íntegramente amortizadas y, en consecuencia, separados de la sociedad, perdiendo definitivamente la condición de socio. La sociedad al permitir votar conjuntamente a quienes dejaban de ser socios y a quienes permanecían en la sociedad, por más que ambos vieran amortizadas sus acciones, vulneró el principio de igualdad de trato, pues trato de modo igual a quienes no estaban en situación idéntica. El efecto fue, sustancialmente, reproducir en la votación separada la votación de la Junta general, cuando lo correcto era que votaran solamente los socios cuyas acciones iban a ser íntegramente amortizadas y perdían la condición de socio, pues ese extremo debía ser expresamente aceptado por ellos, si no individualmente sí como grupo. Incluso es posible, desde un punto de vista formal, realizar otra votación separada entre accionistas, en este caso el mayoritario, que ven amortizadas solo parte de sus acciones, algo que permite el artículo 293 de la Ley de Sociedades de Capital. Lo que no es admisible es juntar a unos y a otros. No estamos, como pretende la parte demandada, ante un caso de tiranía de la minoría. Estamos analizando una situación extrema que comporta, de facto, la exclusión de los socios, por lo que hay que ser especialmente escrupuloso con todos los requisitos. Lo que se juzga aquí no es el comportamiento del minoritario que, lógicamente, tendrá sus intereses, sino el de la sociedad demandada. Si tiene problemas para mantener sus fuentes de financiación deberá encontrar el modo de solucionarlos, pero respetando los derechos de los socios, de todos ellos, mayoritarios y minoritarios. En el presente caso la sociedad vulneró el principio de paridad en el trato del socio, lo que motivó que no se observará el requisito de la votación separada de los accionistas interesados que exige el artículo 329 de la Ley de Sociedades de Capital y determina, de conformidad con lo establecido en el artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la nulidad del acuerdo de reducción de capital por infracción del procedimiento legalmente previsto para su adopción». CAMPUZANO, A.B.: «La reducción de capital con amortización no paritaria de acciones (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 20 de diciembre de 2012)», *RDM*, núm. 287, 2013, pp. 305-324.

en relación a asuntos específicos, su protección colectiva a través del instituto de la junta especial o votación separada surge como una opción legal singular, sin otra finalidad que la de servir de cauce para una defensa más equilibrada de los intereses en juego (art. 293 LSC)¹².

Mientras, en la sociedad limitada, la diversidad de derechos que puede atribuirse a las participaciones sociales se remite a la vía de la tutela individual: cuando la modificación afecte a los derechos individuales de cualquier socio de una sociedad limitada deberá adoptarse con el consentimiento de los afectados (art. 292 LSC)¹³. Aunque, con la excepción de las participaciones sociales sin voto. Y ello porque expresamente la legislación de sociedades de capital establece que toda modificación estatutaria que lesione directa o indirectamente los derechos de las participaciones o acciones sin voto exigirá el acuerdo de la mayoría de éstas afectadas (art. 103 LSC). No se distingue entre protección de los derechos de las participaciones y de las acciones sin voto, sometiendo, en ambos casos, las modificaciones estatutarias lesivas al acuerdo de la mayoría de las participaciones o acciones sin voto afectadas. Y el sometimiento al mismo régimen llama la atención, ya que esta regla no constituye más que la aplicación a un caso particular de la técnica general de protección de las clases de acciones (art. 293 LSC). Así, en el supuesto contemplado se establece expresamente este sistema de tutela tanto para las participaciones como para las acciones sin voto, sin que en ningún momento previo se haya extendido a las participaciones de la sociedad limitada ni el concepto de «clase» (art. 94.1 LSC) ni la técnica general de protección para las clases de acciones (art. 293 LSC). En efecto, mientras que la aplicación de esta técnica de protección — junta especial o votación separada— es consecuencia del concepto de clase de acciones, por lo que se refiere a las participaciones sin voto, legalmente no se acoge el concepto de clase de participaciones, por lo que la aplicación de este sistema de protección no puede ser consecuencia del mismo¹⁴. Y aunque ello es así con carácter general, en relación con las

¹² MIGNOLI, A.: *Le assemblee speciali*, Milano, 1960; GARCIA LUENGO, R.B.: *Régimen jurídico de las juntas especiales en la sociedad anónima*, Salamanca, 1980; GÓMEZ MENDOZA, M.: «Juntas especiales: organización y funcionamiento», en *Estudios de derecho mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, Vol. I, Valladolid, 1998); PEÑAS, B.: «La tutela colectiva de los derechos de los titulares de clases de acciones en la sociedad anónima (art. 293)», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (dir. Rojo.A./ Beltrán, E.), T. II, Madrid, 2011.

¹³ MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «La tutela individual de los derechos del socio en la sociedad de responsabilidad limitada (art. 292)», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (dir. Rojo.A./Beltrán, E.), T. II, Madrid, 2011.

¹⁴ La *resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado* de 21 de mayo de 1999, en el debate sobre el alcance del artículo 71.1, párrafo segundo, de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, relativo a la modificación estatutaria que afecte a los derechos individuales de los socios, relacionado con el artículo 5 del mismo texto legal, referido a la posible creación de participaciones con derechos diversos, sostiene que: «es cierto que aquel precepto legal tiene su origen en el trámite parlamentario de dictamen de la Comisión de Justicia e Interior en el Congreso de los Diputados, en el que se acogió la ruptura del principio de igualdad de derechos correspondientes a las participaciones por la admisión de las excepciones referidas en el artículo 5, y ello pudiera revelar que en la «mens legislatoris» la expresión derechos individuales se emplea en el sentido de derechos especiales o privilegiados (y que son los que en el seno de las sociedades anónimas están protegidos, mediante la distinción entre clases o categorías de acciones, por la exigencia de votación separada). Pero, si se tiene en cuenta que la norma no distingue, han de incluirse en aquel concepto todos los derechos esenciales que configuran la posición jurídica de socio y que no pueden ser suprimidos o modificados por acuerdo mayoritario de la junta, si no concurre el consentimiento de su titular, de modo que la protección legal ahora debatida está justificada por el perjuicio que la alteración estatutaria produzca sobre aquéllos. Tales derechos no son únicamente los atribuidos por disposición estatutaria, o la medida o proporción en ésta fijada, sino también los reconocidos “ex lege” con carácter inderogable a cualquier socio, de suerte que el consentimiento individual ahora cuestionado será exigible no sólo cuando se trate de una modificación estatutaria que afecte al contenido

participaciones sin voto no hay duda de que éste es el sistema de tutela de sus derechos frente a modificaciones estatutarias lesivas, porque la indicación legal al respecto es clara: se produce la remisión expresa al sistema del doble acuerdo de la mayoría de las participaciones sin voto afectadas. No existe, es cierto, concepto de clase de participaciones, ni con carácter general la Ley sujeta a las participaciones con derechos diferentes a este sistema de doble acuerdo, pero, en particular, en relación con la protección de los titulares de participaciones sin voto, si hay una remisión expresa al sistema de tutela de las clases de acciones. Ello lleva a plantearse si la aplicación de la técnica de protección de la junta especial o votación separada queda limitada a la tutela de las participaciones sin voto o se puede extender a la protección de otras participaciones con derechos diversos. A este respecto, si tradicionalmente la aplicación del consentimiento individual para la protección de los socios con participaciones con derechos diversos se justificaba por la falta de previsión legal de la junta especial o votación separada, ahora que ya hay una disposición expresa al respecto —aunque lo sea sólo para las participaciones sin voto— lo lógico es entender que la misma puede ser prevista en los estatutos para otros supuestos de diversidad de derechos. No existe, es cierto, concepto de clase de participaciones, pero si hay una remisión a un sistema de tutela que ya no es el diseñado para la protección de derechos individuales, sino de clases de participaciones. Una vez que este tránsito o evolución se ha producido con las participaciones sin voto debe poder aplicarse a otras participaciones con derechos diversos, a través de su previsión estatutaria. Ello resulta, además, coherente con el régimen de flexibilidad que informa las sociedades limitadas¹⁵.

2.2. La adopción de acuerdos en junta especial o votación separada

La validez de una modificación de los estatutos que lesione los derechos de clases de acciones con o sin voto —y de participaciones sin voto— se condiciona no sólo al cumplimiento de los requisitos formales previstos para toda modificación estatutaria, sino también al acuerdo adicional mayoritario de las acciones —o participaciones sin voto— afectadas, acuerdo que debe adoptarse en junta especial o a través de votación separada en la junta general. La aplicación de esta técnica de protección de la junta especial o votación separada supone que el acuerdo de la mayoría de las clases de acciones con y sin voto —y de las participaciones sin voto— es necesario cuando la junta general adopta, formalmente, una modificación estatutaria que lesiona directa o indirectamente sus derechos. Cuando la Ley habla de modificación de estatutos lesiva, debe entenderse que la expresión «modificación de estatutos» se está utilizando en su acepción más amplia, incluyendo tanto las modificaciones estatutarias como las estructurales, mientras que la «lesión» o el «perjuicio», desde una perspectiva general, se produce en aquellas situaciones en las que se causa un daño, teniendo en cuenta que es una cuestión de hecho, susceptible siempre de ser demostrada, que encierra un problema de

de derechos de participaciones privilegiadas preexistentes o que pretendan alterarlo mediante la creación de nuevas participaciones privilegiadas que afecten a los privilegios de las anteriores, sino, igualmente, cuando no existe previa desigualdad entre las posiciones jurídicas de los socios y la modificación estatutaria implique la introducción de diferencias en el contenido de derechos».

¹⁵ CAMPUZANO, A.B.: «Modificaciones estatutarias lesivas (art. 103)», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (dir. Rojo.A./Beltrán, E.), T. I, Madrid, 2011.

medida y grado y que exige un análisis casuístico¹⁶. El presupuesto, por tanto, para la constitución de la junta especial o la realización de una votación separada en la junta general, es la existencia de una modificación de los estatutos acordada por la junta general, lesiva para los derechos de las clases de acciones o de las participaciones sin voto.

Del tenor legislativo se infiere que el legislador persigue que el acuerdo de las clases afectadas se adopte, necesariamente, en junta especial o votación separada en la junta general, cerrando el paso a otros hipotéticos sistemas de adopción de estos acuerdos. En efecto, no se contempla la posibilidad de que se introduzca en los estatutos una disposición contraria y, además, utiliza la expresión «habrá de adoptarse», término que indica imperatividad. Ahora bien, la interpretación no debe ser tan rígida que excluya un acuerdo adoptado combinando los dos sistemas legales, junta especial y votación separada. Ello no supone una alteración del régimen legal, sino una mera combinación de los métodos previstos en la propia Ley (art. 293.3 LSC).

La concreta elección de uno u otro sistema, junta especial o votación separada, puede recogerse en los estatutos de la sociedad o, a falta de previsión estatutaria, debe realizarse por los administradores, que optarán antes o durante la celebración de la junta general en la que se adopta la modificación estatutaria lesiva. La elección por parte de los propios socios, resolviendo por mayoría en caso de desacuerdo, no parece la interpretación más acorde con la remisión general que en materia de protección de diversidad de derechos se hace al régimen previsto para la junta general.

En consecuencia, las clases de acciones o las participaciones sin voto lesionadas por la modificación estatutaria proyectada por la junta general han de adoptar un acuerdo adicional en votación separada o en junta especial. El precepto se limita a exigir la necesidad de este acuerdo sin precisar ni el plazo ni el momento en que ha de llevarse a cabo. De aquí cabe inferir que la decisión puede acordarse cuando resulte conveniente al interés de los participantes, aunque es aconsejable que la propia junta general fije este término para evitar una excesiva demora, y que es indiferente que se adopte antes o después del acuerdo de la

¹⁶ El rechazo a la técnica del doble acuerdo cuando el perjuicio recae sobre todos los accionistas por igual fue mantenido en la *sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1973*, respecto al artículo 85 de la Ley de sociedades anónimas de 1951. En referencia a una conversión de acciones nominativas en acciones al portador, dice el Tribunal Supremo que *«la no aplicación del artículo 85 está justificada porque se trata de tema distinto al previsto en dicho precepto; el mencionado artículo exige, cuando de modificación estatutaria se trata, acuerdo por separado de los accionistas perjudicados, pero en el presente caso no existe perjuicio específico del acuerdo para una minoría determinada; pues, por encima de los gastos de documentación, que toda decisión social legalmente tomada entraña, estos afectan a todos los accionistas por igual»*.

Por otro lado, la *sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1998* señala el carácter lesivo a los derechos de una clase de acciones de una modificación de los estatutos acordada por la junta general, aunque no entra en la sanción aplicable por la ausencia del acuerdo adicional de la mayoría de las acciones afectadas, al declararlo anulable por otro motivo. Así, establece el Tribunal Supremo que *«teniendo en cuenta que el artículo 49 de la Ley de sociedades anónimas prevé la posibilidad de distintas clases y series de acciones, con efectos importantes respecto al nombramiento de administradores, según el artículo 123, por la junta general, con sistema proporcional, artículo 137, fijado en los estatutos, en su artículo XVIII, la modificación de éste eliminando tal sistema proporcional, afecta a los derechos de los accionistas de clase o serie A y B. La suspensión de tal sistema, permitido en la antigua y en la nueva Ley, no es una adaptación a la nueva Ley de Sociedades Anónimas sino una modificación estatutaria: en consecuencia, no bastaba el quórum que prevé la disposición transitoria quinta de la Ley de Sociedades Anónimas, sino que se exigía el quórum reforzado que preveía el antiguo artículo XVIII de los estatutos; este último no se dio en la junta general de 8 de mayo de 1992 y, por tanto, este concreto acuerdo de adaptar el antiguo artículo XX y aprobar el nuevo XVIII, debe ser anulado conforme al artículo 115.2, segundo inciso, de la Ley de Sociedades Anónimas»*.

junta general. Basta con que ambas decisiones se produzcan para que se cumpla el supuesto de hecho. En caso de optarse por junta especial, a ésta se aplicará, por expresa remisión legal, lo dispuesto para la junta general. Así, salvo que se establezcan en los estatutos requisitos específicos para el funcionamiento de las juntas especiales, se aplica a éstas el régimen previsto para las juntas generales. Y en el supuesto de decantarse por la fórmula de votación separada en el seno de la propia junta general y, por tanto, en presencia del resto de los socios de la sociedad, se producirá la reunión de los socios afectados, para que decidan, por mayoría, a través de la realización de una votación separada (art. 159 RRM). La adopción de este acuerdo por los afectados, sea en junta especial o en votación separada, se somete también legalmente a los mismos requisitos previstos para la modificación de los estatutos sociales (arts. 285 y ss. LSC), lo que supone su sujeción a los quorums de constitución y de votación previstos para éstos (arts. 194 y 201 LSC). Mientras no se obtenga ese acuerdo adicional la modificación acordada por la junta general quedará en suspenso. Y una vez adoptado, como cualquier acuerdo social, puede ser impugnado; la decisión es impugnable tanto si la mayoría de las clases de acciones o participaciones sin voto aprueba la modificación acordada por la junta general como si la rechaza.

En todo caso, la previsión legal es clara: esta decisión adicional siempre será necesaria para que la modificación estatutaria lesiva proyectada sea válida¹⁷. Ni siquiera en el supuesto de que la modificación estatutaria se adopte en la junta general por unanimidad y con la presencia de todo el capital social, debe considerarse exonerado el requisito de su aprobación por la mayoría de las acciones o participaciones afectadas. No existe base legal para ello, dado que el legislador no condiciona la técnica del doble acuerdo al número de socios que ratifiquen la modificación de los estatutos, sino al hecho de que ésta perjudique a los derechos de las clases de acciones o de las participaciones sin voto. Es incuestionable, por tanto, que la ausencia de este acuerdo adicional va a afectar a la decisión adoptada por la junta general, que será impugnable, ya que el trámite del doble acuerdo se configura como una *condicio legis*; el acuerdo adicional de las acciones o participaciones lesionadas conforma la formulación legítima de la modificación estatutaria proyectada¹⁸.

Incluso, cuando sean varias las clases afectadas, será necesario el acuerdo separado de cada una de ellas (art. 293.1 *in fine*). Y, si la modificación sólo afecta a una parte de las acciones pertenecientes a la misma y, en su caso, única clase y supone un trato discriminatorio entre ellas, se considerará que constituyen clases independientes las acciones afectadas y las no afectadas por la modificación, siendo preciso, por tanto, el acuerdo

¹⁷ La ausencia de este acuerdo adicional va a afectar a la validez de la decisión adoptada por la junta general. Así lo declaró la *sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1958* en relación a una amortización que no afectaba por igual a todas las acciones. Dice el Tribunal «*que para que el acuerdo sea legal debe ser tomado no sólo con la concurrencia de socios y de capital previstos en el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, sino con el acuerdo, además, de la mayoría de las acciones que resultaron afectadas; ...era para ello indispensable, a efectos de la validez del acuerdo que se produjera el segundo, aunque fuese redundante, por exigido en la Ley, y ser además necesario para la modificación estatutaria a realizar, toda vez que uno solo de tales acuerdos es insuficiente para verificarla*».

¹⁸ La *sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1987* consideró lesiva para la preferencia económica de las clases de acciones, la modificación estatutaria que autorizaba destinar a la dotación de reservas voluntarias una mayor cantidad de beneficio, porque podría llegar a anular el privilegio en materia de dividendos suplementarios que disfrutaban previamente las acciones especiales. Así considerada esta modificación, a pesar de no lesionar ni directa ni indirectamente los derechos de una clase de acciones, el Tribunal Supremo exigía su sometimiento al acuerdo de la mayoría de las acciones afectadas (art. 85.2 LSA 1951).

separado de cada una de ellas (art. 293.2 LSC). Esta última previsión está directamente relacionada con el principio de igualdad de tratamiento y, en particular, con el posible trato discriminatorio entre acciones de una misma y, en su caso, única clase, que en lugar de rechazarse se somete al acuerdo separado de cada una de ellas, como si formaran clases independientes las acciones afectadas y las no afectadas por la modificación, que se reputa entraña trato discriminatorio cuando en el plano sustancial tenga un impacto, económico o político, claramente asimétrico en unas y otras acciones o en sus titulares. No se limita, por tanto, a contemplar modificaciones que entrañen trato discriminatorio únicamente sobre las acciones, sino también sobre los titulares de las mismas.

2.3. El acuerdo de la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada

El acuerdo adoptado en junta especial o en votación separada tiene que ser expreso, en la medida en que debe cumplir todo un conjunto de requisitos formales, que requieren un comportamiento activo de los accionistas de la clase lesionada. Deben rechazarse, en consecuencia, los sistemas de aprobación tácita y de silencio positivo.

La validez de esta decisión se condiciona a la observancia de los requisitos previstos para las modificaciones estatutarias (arts. 293.3 y 286 y ss. LSC). Y, entre éstos, el quórum aplicable para la adopción del acuerdo es el recogido en los artículos 194 y 201, teniendo en cuenta que se permite que los estatutos sociales eleven los quórum y mayorías previstos. Ello debe entenderse en el sentido de que es admisible, por no existir ninguna limitación al respecto, que en los estatutos se eleve el quórum para la adopción de acuerdos de la clase, siempre que no se llegue a exigir unanimidad (art. 200 LSC). El recurso a la unanimidad ha de limitarse a las situaciones expresamente previstas en la Ley y, en estos supuestos, la protección de derechos de carácter individual limita de forma absoluta la voluntad mayoritaria de la junta general. En todo caso, la elevación en los estatutos de los quórum y mayorías previstos en la Ley debe ir referida expresamente a los acuerdos adoptados por la clase lesionada. Y ello, porque si el endurecimiento de este quórum sólo hace referencia a los acuerdos adoptados por la junta general no será extensible a las decisiones de la clase. No hay que olvidar que, técnicamente, se trata de dos acuerdos distintos y que la remisión normativa se hace a los requisitos legales. El acuerdo de los accionistas de la clase debe adoptarse con los requisitos de los artículos 194 y 201, sin que les resulte aplicable el régimen estatutario más rígido, salvo que, expresamente, se prevea en los estatutos su extensión a los acuerdos de la clase.

En los términos indicados, la validez de la modificación estatutaria que afecta directa o indirectamente a los derechos de la clase de acciones, quedará condicionada a su aprobación por la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada (art. 293.1 LSC) lo que ha sido interpretado en el sentido de que no es suficiente con la mayoría de las acciones presentes o representadas en la junta, sino que se exige el voto favorable de la mayoría del capital afectado por la modificación. Aunque la dicción literal del artículo 293 de la Ley de sociedades de capital parece respaldar esta tesis, lo cierto es que una interpretación integradora de esta norma con las reglas establecidas para la adopción de acuerdos, aplicables por expresa remisión legal a las decisiones de la clase, conduce a la solución contraria. Y es que al referirse a la tutela de las clases de acciones, se exige que las modificaciones que les

afecten directa o indirectamente se acuerden, además, por la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada. Pero esta previsión sólo consagra en sus líneas maestras la técnica del doble acuerdo, remitiendo el régimen específicamente aplicable en estos casos a otros preceptos legales. Así, el sistema de adopción de acuerdos se remite a la observancia de los requisitos establecidos para las modificaciones estatutarias que, a su vez, en materia de quórum y mayorías remite a los artículos 194 y 201. Y este último, en su párrafo segundo, computa la mayoría sobre el capital presente o representado en la junta.

Adoptado el acuerdo, la inscripción registral de la modificación estatutaria tiene que hacerse conforme al artículo 159 del Reglamento del Registro Mercantil. En este sentido, si el acuerdo se adoptó en junta especial, la escritura de modificación perjudicial para una clase de acciones ha de incluir los datos relativos a su convocatoria y constitución, con expresión de la identidad del presidente y del secretario. Si el acuerdo se adoptó en votación separada, ha de indicar el número de accionistas pertenecientes a la clase afectada que hubieran concurrido a la junta general, así como el importe del capital social de los concurrentes, el acuerdo o los acuerdos de la clase afectada y la mayoría con que en cada caso se hubieran adoptado (art. 159.2 y 3 RRM).

En fin, el acuerdo adoptado por los accionistas de la clase puede ser impugnado en los términos previstos en la Ley de sociedades de capital para la impugnación de acuerdos sociales. La decisión de la clase es impugnabile tanto si la mayoría de las acciones aprueba la modificación acordada por la junta general como si la rechaza. No sólo pueden impugnarse los acuerdos que atenten contra la Ley o se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad, sino también los que lesionen los intereses de la clase en beneficio de uno varios socios o de terceros. Aunque, en general, el accionista de la clase ha de actuar en consonancia con los intereses propios de la clase a la que pertenece, hay que tener en cuenta que el accionista puede encontrarse en una situación de conflicto de intereses, no sólo porque puede detentar acciones de otras clases, sino también porque en su cualidad de socio forma parte de un grupo más amplio constituido por todos los participantes en la sociedad. Nada se prevé para estos supuestos, lo que lleva a entender que no existe un deber de abstención del socio que se encuentra en esta situación. Salvo que se introduzca una cláusula estatutaria que imponga al accionista el deber de abstenerse en los supuestos de conflicto de intereses, el accionista es libre para votar en uno u otro sentido sin que la manifestación del socio implique, por sí misma, un propósito ilícito. Ahora bien, así como no es posible controlar a priori el ejercicio del derecho de voto de los accionistas de la clase, si cabe el control a posteriori a través de la impugnación del acuerdo, si éste lesiona los intereses de la clase en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros. Este proceso de impugnación exige la concurrencia de una doble circunstancia. De un lado, la lesión al interés de la clase, como colectividad que agrupa a los titulares de una determinada clase de acciones. De otra parte, la obtención por uno o varios socios de la clase o un tercero de un beneficio económico o político-social. Entre la lesión del interés de la clase y la obtención del beneficio debe existir una relación de causalidad.

La acción de impugnación de los acuerdos sociales caduca en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caduca ni prescribe. Se discute si esta impugnación debe recaer sólo sobre el acuerdo adoptado por los accionistas de la clase o si

debe impugnarse de forma conjunta con el acuerdo de la junta general del que trae origen. La impugnación por separado es rechazada por una parte de la doctrina que opta por defender una impugnación conjunta. El acuerdo adoptado por los accionistas de la clase no puede considerarse independiente. La existencia en una sociedad de clases de acciones aumenta el número de intereses en juego. Para su adecuada protección se refuerza el sistema de formación de la voluntad social, exigiendo un acuerdo adicional al de la junta general, que forma parte del acuerdo social. Cada uno de estos dos acuerdos constituye elementos singulares de un acto complejo. No basta, por tanto, con impugnar por separado la decisión de la clase, sino que es necesario impugnar el acuerdo completo de modificación de estatutos, con independencia de que el vicio se encuentre en el acuerdo de la junta general o en la votación especial¹⁹. No obstante, también se ha defendido la impugnación por separado del acuerdo de la clase, lo que parece más ajustado al sentido y finalidad de la técnica de la junta especial o votación separada, en la que la clase adopta un acuerdo mayoritario en defensa de sus derechos, de forma autónoma. Se trata de dos decisiones de naturaleza unilateral, de manera que la impugnación recae específicamente sobre aquella que se adoptó infringiendo la Ley, los estatutos, el reglamento de la junta o el interés de la clase, al objeto de considerar no verificada la condición de la que depende la eficacia del acuerdo de la junta general²⁰.

Para la impugnación de estos acuerdos han de seguirse los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 207 LSC). Entre esas normas se encuentran las relativas a las medidas cautelares, que en materia de suspensión de acuerdos sociales impugnados, requiere que el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 % del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial. La cuestión es si el cómputo de este porcentaje debe referirse al capital total de la sociedad o sólo al capital afectado. Pues bien, si la razón de ser de la norma estriba en evitar, dada la trascendencia que para el devenir de la sociedad puede tener la suspensión de los acuerdos adoptados, que personas sin una participación significativa del capital social puedan instar este tipo de medida cautelar, lo lógico es que el cómputo de estos porcentajes se realice sobre el capital efectivamente significativo. Y el capital efectivamente significativo cuando hablamos de acuerdos adoptados por clases de acciones en protección de sus derechos es, precisamente, el capital representado por éstas y no el total de la sociedad. Exigiendo el capital total de la sociedad se frustraría el objetivo de la medida y, sobre todo, se desconocería el funcionamiento de la técnica de protección de las clases de acciones. Ciertamente, en caso de modificación de estatutos lesiva a una clase de acciones, el acuerdo o acuerdos adicionales de las acciones pertenecientes a la clase o clases afectadas se remite en su adopción al régimen de las modificaciones estatutarias, se adopte en junta especial —que

¹⁹ GARRIGUES, J./URÍA, R.: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. II, Madrid, 1953, p. 200; GIRÓN, J.: *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, p. 226; MENÉNDEZ, A./BELTRÁN, E.: «Las acciones sin voto (Comentario a los artículos 90 a 92 del Texto Refundido de la Ley de sociedades anónimas)», *RDM*, núm. 191, 1989, p. 44; GARCÍA LUENGO, R.B.: *Régimen jurídico de las juntas especiales en la sociedad anónima*, Salamanca, 1980, pp. 73-75.

²⁰ MIGNOLI, A.: *Le assemblee speciali*, Milano, 1960, p. 298; FURTADO, P.: *Deliberações dos sócios*, Coimbra, 1993, p. 273; DUQUE, J.: *Tutela de la minoría*, Valladolid, 1957, pp. 105-107; GÓMEZ MENDOZA, M.: «Juntas especiales: organización y funcionamiento», en *Estudios de derecho mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, Vol. I, Valladolid, 1998, p. 428.

reenvía a lo dispuesto para la junta general— o en votación separada en junta general. Y esta técnica de reenvío plantea algunas cuestiones que no quedan bien delimitadas o resueltas con estas remisiones. Pero lo que no parece dudoso es que la clase adopta acuerdos, como agrupación, en defensa de sus derechos e intereses colectivos, y de plantearse una impugnación contra ellos o solicitar la suspensión temporal, el capital a tener en cuenta para el cálculo de los porcentajes debe ser el representado por las acciones que pertenecen a la clase afectada que tiene la competencia para la adopción del acuerdo. Y ello con independencia de que el acuerdo adoptado e impugnado, contra el que se solicita la suspensión como medida cautelar, haya sido acordado en junta especial o votación separada. La opción por el mecanismo de votación separada agiliza la toma de decisiones, puesto que evita la convocatoria, constitución y celebración de otra asamblea, ya que los accionistas afectados proceden a la votación del acuerdo lesivo de la junta general, por separado, pero en el marco de una junta general, de una reunión colectiva de todos los socios. Lo que se altera, por tanto, es la forma o modalidad en la que la decisión, absolutamente imprescindible para la validez de la modificación estatutaria lesiva proyectada, puede ser adoptada. Pero no hay variación en cuanto al dato mismo de que se adopta un acuerdo separado por parte de las acciones que pertenecen a la clase o clases afectadas. Se trata de acuerdos separados, distintos del acuerdo de origen, aunque éste sea el que los provoca y los requiere para adquirir validez, y, como tales, sus requisitos de adopción e impugnación deben exigirse y valorarse específicamente respecto a las acciones que integran la clase y deben emitir el acuerdo²¹.

²¹ En el *auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid de 12 de marzo de 2012* se solicitan medidas cautelares, coetáneas a la demanda consistente en anotación preventiva de demanda de impugnación de acuerdos sociales en el Registro Mercantil, la comunicación de la misma como hecho relevante a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y al Banco de España y la suspensión de los acuerdos sociales impugnados, en relación a los adoptados en junta general de accionistas de la sociedad demandada. En la resolución judicial, al margen del examen de la concurrencia de los requisitos para la adopción de la medida cautelar, se discute sobre la legitimación activa de la solicitante. En particular, sobre el capital social que ha de tenerse en cuenta para el cómputo del porcentaje requerido para solicitar la suspensión de un acuerdo social —uno o cinco por ciento según que la sociedad hubiera emitido o no valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial— por tratarse de la impugnación y petición de suspensión cautelar del acuerdo separado adoptado por los titulares de una clase de acciones ante una modificación estatutaria que afecta a sus derechos. La resolución indica que «(...) la impugnación y petición de suspensión cautelar se refiere a un acuerdo separado de los regulados en el artículo 329 en relación con el artículo 293 de la Ley de Sociedades de Capital. La junta especial y el acuerdo mediante votación separada tienen por objeto proteger de modo colectivo los intereses de accionistas titulares de una determinada clase de acciones que pueden verse afectados de modo especial por un acuerdo de la Junta general. De esta forma, la junta especial o la votación separada se convierte en un instrumento de control y refuerzo de los intereses de una o varias clases de acciones afectadas, exigiéndose que junto al acuerdo de la Junta general, se adopte el de los accionistas afectados. La junta especial o la votación separada dentro de la junta general son, por tanto, una técnica de protección específica para la posible lesión de los derechos atribuidos a una clase de acciones. De ese modo, cuando como es el caso del artículo 329, la reducción de capital con devolución del valor de las participaciones no afecte por igual a todas las acciones se exigirá el acuerdo de la mayoría de los accionistas interesados, conforme a lo establecido en el artículo 293. Se exige, por tanto, una doble votación: la de la junta general y la de los accionistas interesados, sin el voto favorable de ambas no es posible adoptar válidamente el acuerdo. Dado que el artículo 293.4 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que a las juntas especiales les será de aplicación todo lo establecido en la presente ley para la junta general, incluidos los requisitos relativos a quórum de asistencia para la válida constitución y adopción de acuerdos, que serán independientes, lógicamente, de los de la propia junta general de la sociedad; también deberán valorarse separadamente los requisitos para la posible impugnación de los acuerdos de esa junta especial, que deberán referirse a los de la junta en que se adoptó y no a los de la junta general. Lo anterior nos conduce a considerar que, en el caso de solicitud de una medida cautelar de suspensión de un acuerdo social adoptado en una junta especial, el requisito de titularidad de un uno por ciento del capital social, debe referirse al capital afectado, que se constituye en junta especial y no al capital total de la sociedad, pues si se exigiera

sobre el total haría imposible, en muchos casos, la tutela cautelar de los derechos de accionistas afectados, que es, precisamente, lo que pretende evitar el sistema de doble acuerdo diseñado en la Ley de Sociedades de Capital. El problema surge cuando el sistema de tutela adoptado es el de votación separada en la propia junta y no en junta especial, ya que la previsión del artículo 293.4 parece referirse, exclusivamente, a las juntas especiales y no a la votación separada que se produce en el seno de la propia junta general. No obstante, la identidad de razón permitiría la aplicación analógica a los supuestos de votación separada en la propia junta (art. 4.1 del Código Civil), si bien ese modo de cálculo solo serviría para los acuerdos generados como consecuencia de esa votación separada y no para los demás acuerdos adoptados en la junta general. En el presente caso los solicitantes son titulares de acciones que representan, según se infiere del acta notarial aportada, el 7, 48052% del capital afectado por el acuerdo, por lo que cumple con creces el requisito legalmente exigido para solicitar la medida cautelar interesada, si bien solo podrá referirse al que fue objeto de votación separada, es decir el incluido en el punto número 2 del orden del día de la junta, si bien, dado que la Ley en estos supuestos exige una doble mayoría, una hipotética suspensión del acuerdo de los accionistas afectados, paralizaría el acuerdo de reducción de capital». CAMPUZANO, A.B.: «La solicitud de suspensión cautelar del acuerdo adoptado en junta especial o en votación separada (Comentario al AJM núm. 7 Madrid de 12 de marzo de 2012)», RDM, núm. 284, 2012, pp. 387-398.

CORRUPCIÓN EMPRESARIAL: RELEVANCIA PENAL DE LA INFRACCIÓN DE LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES REGULADOS EN NUEVO CÓDIGO MERCANTIL*

ABRAHAM CASTRO MORENO**

Resumen

El nuevo Código Mercantil ha definido y concretado las diferentes manifestaciones en las que se descomponen los distintos deberes de los administradores de las sociedades mercantiles, en la línea ya iniciada por la reforma de la Ley de Sociedades de Capital. Al tiempo, la legislación penal ha caminado de forma paralela, incrementándose muy notablemente en los últimos tiempos los delitos relativos al mundo de la actividad empresarial y, muy especialmente, a los delitos cometidos por administradores y directivos de empresas, precisamente, mediante la infracción de los deberes que concreta el nuevo Código Mercantil. Es por ello que el presente trabajo se ocupa de la relevancia de la infracción de dichos deberes mercantiles en el ámbito penal.

Contenido

1. Introducción. – 2. Correlación entre la infracción de los distintos deberes de los administradores de sociedades mercantiles y los ilícitos penales. – 2.1 Derecho penal a infracción del deber de administración diligente. – 2.2 Derecho penal e infracción del deber de administración leal.

1. INTRODUCCIÓN.

En los últimos tiempos se ha venido produciendo una agudizada tendencia en la legislación mercantil a la concreción de los deberes generales de diligencia y lealtad que tradicionalmente se imponen a los administradores sociales. Ya se dieron algunos avances en este terreno en las derogadas Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, respecto de las anteriormente vigentes, y de forma más acusada con la reciente Ley de Sociedades de Capital de 2010, modificada hace escasos días por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (BOE, 4 diciembre), de reforma de la anterior, que especifica y sistematiza las distintas manifestaciones de las que se componen los deberes generales de diligencia y fidelidad. Marcando con ello la misma tendencia que recoge el nuevo Código Mercantil para las distintas sociedades comerciales.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D MINECO, Referencia DER 2013-46523-R.

** Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid.

La infracción de cada una de estas manifestaciones de dichos deberes tiene en muchos casos, como es natural, fiel reflejo en la legislación penal, tipificando como delito tales conductas. Por ello, en las páginas que suceden, se establece la correlación existente entre las vulneraciones de tales deberes mercantiles y los distintos ilícitos penales que las reprenden.

2. CORRELACIÓN ENTRE LA INFRACCIÓN DE LOS DISTINTOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES MERCANTILES Y LOS ILÍCITOS PENALES

Con carácter general, vale decir que las obligaciones y deberes que atañen a los administradores de empresas presentan una doble vertiente. Por un lado, la interna o de gestión, a la que afectaría de lleno la infracción de los deberes de administración diligente u ordenado empresario. Y por otro, la vertiente externa o de representación, relativa a las relaciones con terceros, a la que atañe directamente la infracción del deber de lealtad o de fidelidad. Ésta era la esencia del viejo artículo 127 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas¹, de modo que los administradores debían ser diligentes en la gestión y leales en la representación.

Obviamente, cada uno de estos dos deberes generales o categoriales, se puede descomponer en numerosas obligaciones concretas que dotan de contenido específico a los mismos. Y así, es claro que cuando el nuevo Código Mercantil se refiere a los deberes del administrador mercantil de tener una dedicación adecuada al cargo o a la adopción de las medidas para garantizar la adecuada marcha y control de la empresa (artículo 217-7.2), o el deber de control del Consejo de administración respecto de la actuación de los ejecutivos de la empresa (artículo 231-99), en realidad, todo ello es subsumible dentro del deber general de diligencia que es exigible a un ordenado empresario.

Del mismo modo, cuando los artículos 215-9, 215-10 y 283-46 CM contemplan la prohibición de los administradores sociales de aprovechar los bienes sociales, las oportunidades sociales de negocio, o la información social privilegiada en beneficio propio, no está haciendo nada distinto de fijar el contenido del deber de lealtad. Lo mismo que cuando regula las obligaciones de comunicación y abstención de los administradores incurso en casos de conflicto de intereses en el artículo 215-11 CM, o los supuestos y régimen de la interdicción de concurrencia competitiva en el artículo 215-12 CM.

Por ello, seguidamente, abordaremos la correlación existente entre los distintos delitos atinentes a la infracción genérica del deber de diligencia, en sus distintas manifestaciones concretas, para hacer posteriormente lo mismo respecto de la confluencia entre la infracción del deber de fidelidad o lealtad y los delitos relativos a ésta, en sus distintas manifestaciones concretas, y que básicamente se centran en los

¹ Reflejo, a su vez, del artículo 79 Ley de Sociedades Anónimas de 1951, en conjunción con el artículo 61 de la derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

delitos de apropiación indebida y de administración desleal de sociedades, y en los delitos relativos al aprovechamiento de información de la empresa en beneficio propio o ajeno y de forma contraria al interés social.

2.1 Derecho penal e infracción del deber de administración diligente

Como se ha indicado, el artículo 215-7 del nuevo Código Mercantil regula el deber de diligente administración, debiendo desempeñarse el cargo teniendo en cuenta la naturaleza y las funciones atribuidas a cada administrador, cumpliendo con los deberes derivados de las Leyes y los Estatutos sociales con la diligencia de un ordenado empresario. Debiendo asimismo tener una dedicación adecuada al cargo y función desempeñado y adoptar las medidas necesarias para la buena marcha y control de la actividad social. Todo ello, en la línea del artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital, en su redacción dada por la reciente Ley de 3 diciembre 2014 (BOE, 4 diciembre).

En principio, puede afirmarse con carácter general que la responsabilidad penal y los delitos relacionados con la actividad empresarial no están directamente dirigidos a la sanción criminal de comportamientos negligentes de los administradores. Como es sabido, en Derecho Penal, los delitos son exclusivamente dolosos salvo que expresamente se prevea su posible comisión culposa (artículo 12 Código Penal), lo que no sucede en los concretos delitos relativos a la actividad empresarial, ni en general, en lo que se ha dado en llamar Derecho Penal Económico y de la Empresa.²

Dicho de otra forma, el Derecho penal no entra en juego para dar respuesta a posibles daños causados a la sociedad o a terceros por infracción de deberes de diligencia por parte de los dirigentes sociales, en mérito del principio de intervención mínima o *ultima ratio*. Los delitos no sancionan el mero hecho de ser un mal administrador o un administrador torpe, sino el abuso o aprovechamiento consciente y fraudulento de las facultades o ventajas que facilita el cargo para la obtención de un lucro personal o ajeno al interés social.³

Es verdad que, a menudo, la frontera entre la administración negligente, que en su caso daría lugar a un ilícito mercantil con la consiguiente generación de

² Con puntuales excepciones como es el caso de los delitos contra la seguridad e higiene de los trabajadores por imprudencia (artículo 317 Código Penal) o del delito de blanqueo de capitales por imprudencia (artículo 301.3 Código Penal), que por otra parte, no está necesariamente dirigido a los administradores o directivos de empresas, aun cuando en la práctica forense se suele apreciar casi exclusivamente para sujetos que infringen deberes profesionales de prevención y control de blanqueo de capitales.

³ Así, por ejemplo, la STS 29 julio 2002 (RJ 2002, 6357), dictada en el conocido Caso Banesto, señaló que: «El administrador se sitúa en el punto de contacto o confluencia entre ambos círculos y desde esta posición puede desarrollar diversas y variadas conductas. En el caso de que proceda ajustándose a los parámetros y normas marcados por los usos y necesidades de la sociedad que administra, comportándose fiel y lealmente, su postura resulta como es lógico atípica. Tampoco nos encontraríamos ante ninguna figura delictiva en los casos en que el administrador realiza operaciones erróneas o de riesgo que entran dentro de las previsiones normales de desenvolvimiento del mundo mercantil.

Si, por el contrario el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaleciendo de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal.»

responsabilidad de esta clase, y el administrador fraudulento, del que sí se ocupa el Derecho penal, se presenta de forma difusa.

Sin perjuicio de la teórica vigencia del principio *in dubio pro reo*, no es menos cierto que existe una tendencia jurisprudencial especialmente agudizada en los últimos años, a difuminar muy notablemente la señalada frontera subjetiva entre ambas clases de administradores, de la que resulta buena muestra, por ejemplo, la conocida doctrina de la ignorancia deliberada⁴, por un lado, y la previsión y el anunciado establecimiento de nuevos delitos que sancionan comportamientos rayanos en la imprudencia, así como el nuevo régimen jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas instaurado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en vigor desde el 23 de diciembre de 2010.

Lo que determina que en la práctica, no pocos supuestos de actuación negligente de los administradores sociales terminen por ser tratados como comportamientos dolosos, con la consiguiente relevancia penal. Eso es lo que sucede con la mentada doctrina de la ignorancia deliberada, que permite la atribución dolosa –generalmente a título de dolo eventual– de un delito a una persona, porque no quiso saber determinados hechos cuyo conocimiento estaban a su alcance. Se imputa un comportamiento doloso, por tanto, a quienes pudiendo y debiendo conocer (infracción de deberes de diligencia), prefirieron no hacerlo.⁵ De modo que la infracción consciente del deber de conocer, termina sancionándose como dolo respecto de aquello que no se conoció. Lo que, en cierto modo, determina la imputación como dolosos de aquellos hechos ignorados por el administrador que ha infringido su deber de actuar con la diligencia de un ordenado empresario. Y, en fin, como decimos, termina convirtiendo la infracción de deberes de diligencia (como el de conocer o informarse), en un comportamiento doloso punible penalmente, en vez de tratarse como conductas imprudentes del administrador que, salvo excepciones, no tienen respuesta en Derecho penal.

Lo mismo sucede en la previsión de algunos nuevos delitos dirigidos a los administradores sociales, como el que pretende establecer el artículo 286 seis del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 2013⁶, en virtud del cual, se pretende sancionar penalmente al representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier empresa, que omita la adopción de medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la realización de conductas peligrosas tipificadas como delito.⁷

⁴ Esta doctrina jurisprudencial se basa en que: «Existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas.» Ver, por ejemplo, la STS 14 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7053) y la STS 13 de enero de 2006 (RJ 2006, 2413).

⁵ Un caso paradigmático de ello puede establecerse en el conocido «caso Bankia», de manifiesta actualidad, o en lo sucedido en general en la administración de diversas Cajas de Ahorros, a cuyos consejeros –generalmente no profesionales– se imputa haber permitido operaciones de alto riesgo, sin conocer detalles de esas operaciones ni tener, en algunos casos, siquiera una formación adecuada mínima para desempeñar tales cargo.

⁶ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, 4 de octubre de 2013, Núm. 66-1, pp. 1-100.

⁷ El artículo 286 seis Proyecto de reforma 2013 dispone que: «1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que

Como se observa, la conducta incriminada por el nuevo delito se dirige abiertamente a sancionar penalmente la infracción de deberes de diligencia por parte de los administradores de empresas, al omitir la adopción de medidas de vigilancia y control para evitar la comisión de delitos en el seno de la organización empresarial. Es ilustrativo de ello que en dicha infracción de las medidas de vigilancia y control se incluyen, entre otras, las relativas a la contratación y selección cuidadosa y responsable del personal –culpa *in eligendo*– y, las relativas a la vigilancia de inspección y control del personal –culpa *in vigilando*–. Lo que es coherente con el nuevo modelo impuesto por el artículo 215-7.2 del nuevo Código Mercantil, que obliga a los administradores a adoptar las medidas precisas para la buena dirección y control de la empresa, entre las que se encuentran, obviamente, las relativas a la prevención y evitación de comportamientos delictivos.

Con este sistema, lo que el prelegislador viene a indicar a los administradores y directivos de empresas, es que no pueden adoptar una posición neutra frente a la comisión de delitos en el marco de la organización empresarial que ellos dirigen. Pues, o bien han implantado un modelo eficaz de prevención y evitación de delitos (*Compliance Program*⁸) y, por tanto, la empresa estará exenta de responsabilidad penal por los delitos que puedan cometer «sus» personas físicas, o bien no han establecido dicho modelo de prevención y, en tal caso, tanto la propia empresa que ya no queda exenta de responsabilidad penal, como ellos mismos a título personal, como los empleados que han realizado el hecho criminal, todos ellos, responderán penalmente.

Es verdad, no obstante, que la mera omisión del modelo de prevención de riesgos penales no genera automáticamente la existencia de este delito, al prever el Proyecto una condición objetiva para su posible aplicación. En este sentido, la apreciación de este nuevo ilícito penal está condicionada a que se dé inicio (tentativa) a

carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.

Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis.

2. Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de tres a seis meses.3. No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas.»

⁸ Para que el indicado *Compliance Program* puedan evitar el nacimiento del delito contemplado en el artículo 286 seis Proyecto de reforma 2013, debe reunir como mínimo los elementos que establece el artículo 31 bis 5 Proyecto, a saber: (i), identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos –aspecto que en argot jurídico-penal habitual suele denominarse «*mapa de riesgos penales*»–, (ii) establecimiento de los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos, (iii) disposición de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos, (iv), imposición de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención, y (v), establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. Además de lo cual, todavía, deberán ser objeto de revisiones periódicas y eventuales modificaciones, al menos, siempre que (i) se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o (ii) se produzcan cambios en la organización o en la estructura de control, o en la actividad desarrollada que lo hagan necesario.

la ejecución de alguna de las conductas ilícitas que habrían sido evitadas o, al menos, seriamente dificultadas, si se hubiere empleado la diligencia debida. Pero, en suma, como se comprueba, lo que el pretendido nuevo delito sanciona es la mera infracción de deberes del administrador de actuación con la diligencia de un ordenado empresario.

Y de ahí que se dirija contra los representantes legales y administradores de hecho o de derecho de las empresas. Esto es, los mismos sujetos que al omitir su deber de control sobre los empleados que han realizado el hecho delictivo, han permitido con su negligencia que ese delito le pueda ser atribuido a la propia empresa, además de a la persona física que materialmente lo realizó.

Finalmente, la señalada infracción del deber de diligencia empresarial de los administradores, tiene consecuencias penales también para la propia empresa como persona jurídica. En efecto, es sabido que la LO 5/2010, de 22 de junio, vino a establecer un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos cometidos por sus empleados o dirigentes, cuya regulación básica se encuentra en el artículo 31 bis Código Penal.

Así, el artículo 31 bis 1 establece los dos supuestos en los que se puede atribuir a una empresa el delito cometido por sus empleados o dirigentes, lo que sucederá cuando (i) los sean cometidos en nombre o por cuenta de la empresa, y en su provecho, por sus representantes legales y sus administradores de hecho o de derecho, y (ii) cuando sean cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el apartado anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, atendidas las concretas circunstancias del caso.

Como se observa, la empresa responde penalmente del delito, en primer lugar, cuando éste ha sido cometido por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. Este supuesto tiene el sentido de que la actuación en nombre de la empresa por quien ostenta su representación legal (o real), es en realidad la actuación de la propia empresa. La empresa como tal, tiene que actuar necesariamente exteriorizando su voluntad a través de las personas físicas que la representan legalmente, de forma que cuando actúan sus administradores en su nombre, en realidad, es la propia empresa la que actúa. Y por ello debe responder penalmente por «sus» propios actos, exteriorizados a través de sus representantes legales y administradores. Se puede decir que, en tal caso, la empresa no está respondiendo por hechos ajenos, sino por hechos propios, realizados por ella misma a través de quienes legalmente la representan.

Cuestión distinta es el segundo supuesto generador de responsabilidad penal para la empresa, que acontece cuando el delito en cuestión ha sido realizado por quienes estando sometidos a la autoridad de los representantes legales o administradores, lo han podido cometer por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, atendidas las concretas circunstancias del caso concreto. En este supuesto, cabe preguntarse por las razones que justifican la condena penal a la empresa por actos realizados por meros empleados de la misma que carecen de facultades de representación legal y que, por tanto, no tienen capacidad para definir ni establecer la voluntad empresarial. Aquí sí parece establecerse una responsabilidad de la empresa por hechos ajenos, no propios como en el caso anterior, que presenta serios reparos desde el punto de vista del

principio de culpabilidad, en su vertiente de exclusión de la responsabilidad penal objetiva.

Para salvar la anterior crítica, el artículo 31 bis 1 Código Penal ha establecido como criterios de imputación a la empresa del hecho delictivo ajeno cometido por los subalternos, la infracción de deberes de vigilancia o control de los mismos por parte de los administradores o representantes legales. De tal forma que pueda atribuirse a estos últimos una infracción de deberes legales que permita hacer a la empresa culpable/responsable del hecho criminal realizado.

Con todo, no escapa a nadie que la infracción de tales deberes (cuyo contenido es extraordinariamente ambiguo e inseguro), ordinariamente será realizada por imprudencia –culpa *in vigilando* o incluso *in eligendo*– y, sin embargo, a la empresa le impondrán igual sanción que si el delito hubiere sido realizada por ella (a través de sus administradores o representantes legales) de forma dolosa o deliberada, al no prever el sistema sanciones diferentes para la empresa en atención al carácter subjetivo (doloso o culposo) de la atribución del delito. Lo que pugna frontalmente con los principios de culpabilidad y de proporcionalidad.

Por lo demás, todavía cabe añadir que la inmensa mayoría de los delitos contenidos en el catálogo de infracciones de las que puede responder penalmente una empresa,⁹ son exclusivamente dolosos, sin que puedan ser cometidos de forma imprudente. Como es sabido, el artículo 12 Código Penal dispone que todos los delitos

⁹ El Código penal no contiene una lista de posibles delitos que pueden ser objeto de atribución a las empresas como personas jurídicas. En aplicación del principio de legalidad penal, los delitos sólo pueden ser aplicados a las empresas cuando en ellos se prevea de forma expresa. Para saber si un delito es de posible aplicación a una empresa, simplemente hay que ver si en su regulación se indica esta posible aplicación específicamente, de forma que cuando no se prevea, no será de posible aplicación. A los efectos de facilitar la anterior labor, podemos destacar el catálogo de delitos en los que se prevé expresamente su posible aplicación a las empresas, no pudiendo exigirse responsabilidad penal a las personas jurídicas en el resto de delitos que contiene nuestro sistema legal. En consecuencia, las empresas sólo pueden responder penalmente, en los supuestos indicados en el texto, en los casos contemplados en el Código Penal en los delitos de tráfico y trasplante ilegal de órganos humanos (artículo 156 bis), trata de seres humanos (art. 177 bis), delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (artículo 189 bis), delitos de descubrimiento y revelación de secretos (artículo 197.3), delitos de estafa (artículo 251 bis), delitos de insolvencia (artículo 261 bis), delitos de daños informáticos (artículo 264.4), delitos relativos a la propiedad intelectual (artículo 288: artículos 270 y 271), delitos relativos a la propiedad industrial (artículo 288: artículos 274 a 277), delitos relativos al mercado y a los consumidores (artículo 288: artículos 278 a 286 bis), –tales como descubrimiento, revelación y uso de secretos de empresa (artículos 278 a 280), desabastecimiento ilícito de mercancías (artículo 281), publicidad engañosa (artículo 282), estafa de inversiones (artículo 282 bis), facturación fraudulenta (artículo 283), alteración fraudulenta de precios (artículo 284), abuso de información privilegiada (artículo 285), acceso ilícito a servicios de radiodifusión (artículo 286), corrupción entre particulares: empresarial o deportiva (artículo 286 bis)–, blanqueo de capitales (artículo 302.2), delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (artículo 310 bis), tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas (artículo 318 bis), delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (artículo 319.4), delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (artículo 328.6), delito de radiaciones ionizantes (artículo 343.3), delitos de estragos (artículo 348.3), tráfico de drogas (artículo 369 bis), falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (artículo 399 bis), cohecho (artículo 427.2), tráfico de influencias (artículo 430), corrupción en las transacciones comerciales internacionales (artículo 445), y captación de fondos para el terrorismo (artículo 576 bis). Junto a los anteriores delitos contenidos en el Código Penal, existen iguales previsiones en leyes penales especiales, para delitos tipificados fuera del Código penal como es en caso del delito de contrabando, regulado por la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, cuyo artículo 3.3 extiende el delito a las personas jurídicas, en su redacción dada por la Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio.

son dolosos sin que haya delito cuando la conducta en ellos descrita sea realizada de forma imprudente, salvo que en el propio precepto se prevea expresamente su posible comisión culposa. Lo mismo sucede con todos los delitos agravados, cuya atribución por imprudente es imposible en derecho penal (artículo 14.2 Código Penal).

Lo anterior dibuja un escenario ciertamente pintoresco para las empresas, que ven cómo les pueden ser atribuidos delitos exclusivamente dolosos y que no podrían ser cometidos por imprudencia, porque sus administradores o representantes legales han infringido su deber de diligencia al ser precisamente imprudentes, por no controlar debidamente la actuación del empleado que ha realizado el delito. Cuando, en correcta lógica penal, la imprudencia –culpa *in vigilando*– no debería ser título de atribución de la responsabilidad penal a la empresa por delitos que no se pueden cometer por imprudencia.

Por eso el sistema de atribución de la responsabilidad penal a las empresas que prevé el artículo 31 bis 1 Código Penal, en su segundo supuesto, resulta incluso más gravoso que el que rige con carácter general para las personas físicas, vulnerando principios esenciales del derecho penal que emanan directamente de la Constitución, como los principios de culpabilidad y proporcionalidad señalados. De hecho, en la regulación actual, cuando el administrador o representante legal de la empresa ha sido negligente en el control del empleado que comete del delito, se condena penalmente a la empresa y al referido empleado, pero no se sanciona a dicho administrador o representante legal negligente como persona física, porque ese delito no es punible en su comisión imprudente para las personas físicas.¹⁰ De modo que si lo que ese administrador o representante negligente ha hecho no puede servir para atribuirle a él mismo responsabilidad penal, no parece lógico que eso mismo sirva para atribuírsela a otro (a la empresa).

Con todo ello, el sistema descrito dibuja un escenario de triple sanción, en los casos en que un empleado de la empresa ha cometido un delito en el desempeño de sus funciones por no haber sido debidamente vigilado o controlado por los dirigentes sociales, que han infringido así su deber de diligencia. Y así, en primer lugar, del delito cometido responderá obviamente el empleado persona física que lo realizó, siguiendo el tradicional sistema de responsabilidad penal clásico de las personas físicas. Sin embargo, y en segundo lugar, tras la nueva regulación vigente desde diciembre de 2010, de dicho delito también responderá penalmente –y de forma independiente¹¹– la propia

¹⁰ La situación será diferente, si finalmente entra en vigor el señalado artículo 286 seis Proyecto de reforma 2013, que sanciona penalmente a los administradores de la empresa que no han adoptado las medidas adecuadas para vigilar e impedir la comisión de delitos por parte de los empleados o subalternos, conforme se ha visto arriba.

¹¹ En efecto, la atribución de responsabilidad penal a las empresas por los delitos cometidos por parte de sus representantes legales y administradores o de sus empleados, no exime de la responsabilidad penal que pueda corresponder por los mismos actos a estas personas físicas. En tal sentido, la persona jurídica responde penalmente, tanto si la persona física también es enjuiciada y condenada, como si no lo es (artículo 31 bis 2 Código Penal). La empresa no se ve libre de responsabilidad penal por el hecho de que ya se esté condenando al administrador que realizó el hecho delictivo, ni viceversa. Si bien, el propio artículo 31 bis 2 *in fine*, prevé la modulación de las penas de multa a imponer a cada uno (empresa y persona física) para evitar que resulte desproporcionada en atención a la gravedad del hecho, cuando a consecuencia de unos mismos hechos se imponga una multa a ambas partes.

empresa como persona jurídica, a quien se atribuirá el delito porque sus administradores o representantes legales no actuaron con la diligencia debida en la vigilancia y control del empleado. Y, en tercer lugar, de entrar en vigor el proyectado artículo 286 seis Proyecto de reforma en tramitación, la responsabilidad alcanzará de lleno al propio administrador de la empresa que con su comportamiento negligente, permitió la comisión del delito por omisión, al no haber adoptado las medidas de prevención adecuadas para impedirlo o dificultarlo, infringiendo con ello su deber de diligencia empresarial.

2.2 Derecho penal e infracción del deber de administración leal

Como anunciamos arriba, el mayor campo de responsabilidad penal en el ámbito de la infracción de deberes de los administradores de empresas, estriba precisamente en el ejercicio desviado de las facultades representativas del cargo y, en consecuencia, en la vulneración del deber de lealtad establecido en el artículo 215-8 del nuevo Código Mercantil, en sus diversas manifestaciones especificadas.

Antes de afrontar el comentario de la correlación entre la infracción de estas manifestaciones concretas del deber de lealtad/fidelidad y los diferentes delitos contemplados en nuestra legislación penal, es preciso efectuar una aclaración con carácter previo. Y es que, aunque el deber de lealtad impuesto por la legislación mercantil a los administradores de empresas tenga como marco de referencia las Leyes –en general– y los propios Estatutos sociales, en el ámbito penal sólo deben entenderse infracciones del deber de lealtad, aquellas vulneraciones de las Leyes –con o sin relevancia penal– realizadas en perjuicio de la sociedad o, por ser más preciso, no realizadas en beneficio o provecho de la empresa.

A la pregunta de si actúa lealmente el administrador de la empresa que comete un delito en beneficio de ésta, la respuesta –desde la óptica penal– es afirmativa. Otra cosa es que en otros ámbitos del Derecho, se pueda afirmar lo contrario, en tanto que la

Del mismo modo, la empresa responderá penalmente aunque no se pueda individualizar la concreta persona física que cometió el delito, siempre que se demuestre –claro está– que se trata de algunos de los dos supuestos generadores de responsabilidad penal del artículo 31 bis 1 Código Penal. Como también responderá, si no se puede perseguir penalmente a la concreta persona física que realizó el delito, por ejemplo, por encontrarse huida, desaparecida, en paradero desconocido o, simplemente, por haber fallecido.

El carácter independiente de la responsabilidad penal de las empresas respecto de la que corresponda a las personas físicas relacionadas con ella, se manifiesta también en que la responsabilidad penal de la empresa no se ve afectada ni alterada porque concurren en la persona física circunstancias que afecten a su culpabilidad o a su responsabilidad (artículo 31 bis 3 Código Penal). Así, por ejemplo, si la persona física realizó el hecho actuando bajo un estado de error de prohibición evitable, o si concurren en el mismo circunstancias agravantes modificativas de su responsabilidad criminal, ello no afecta a la determinación de la responsabilidad penal de la empresa, cuya concreta culpabilidad y responsabilidad se rige por reglas específicas. Sin perjuicio de que, en la práctica, será muy posible que dentro del concreto marco legal, circunstancias como las anteriores puedan ser tenidas en cuenta por el juzgador.

Lo anterior se traduce también en que el artículo 31 bis 4 Código Penal, prevé un catálogo específico de circunstancias atenuantes independiente del contenido en el artículo 21 Código Penal para las personas físicas. Aunque ello no impide el que, naturalmente, algunas de las circunstancias atenuantes contempladas para las personas jurídicas puedan coincidir, como de hecho sucede, con algunas de las previstas para las personas físicas.

comisión de delitos es siempre y en todo caso una actuación ajena al objeto social¹² –de otra forma estaríamos hablando de una asociación ilegal–. No sucede así lo mismo, en cambio, en el terreno estrictamente penal. Lo que determina, por ejemplo, que el empleo de recursos sociales para la comisión de delitos a favor de los intereses de la empresa no resulte sancionable por la vía de los delitos de apropiación indebida (artículo 252 Código Penal) o de administración desleal de sociedades (artículo 295 Código Penal), por mucho que se hayan empleado bienes sociales para la comisión de delitos, y ésta no forme parte del objeto social.¹³ Lo que no quita para que el delito que se comete mediante el empleo de aquellos bienes, sí sea naturalmente sancionable. Así sucedería, por ejemplo, cuando se «desviara» dinero de la sociedad para pagar la dádiva de un cohecho y conseguir un contrato público para la empresa. O, incluso, por los delitos cometidos para ocultar la utilización de los fondos sociales para fines ilícitos provechosos para la empresa, por ejemplo, mediante la realización de determinadas falsedades documentales para dar apariencia de legalidad u ofrecer cobertura a las disposiciones de fondos efectuadas por los administradores.

Entrando ya en las concretas manifestaciones del deber de lealtad definido en el artículo 215-8 del nuevo Código Mercantil, el Texto recoge en primer lugar la **prohibición de aprovechar bienes sociales** en beneficio propio, así como el **nombre de la sociedad** y la invocación de la condición de administrador de la empresa para la realización de operaciones por cuenta propia o de terceras personas vinculadas al administrador (artículo 215-9), de conformidad con lo señalado en el artículo 229.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Desde la perspectiva penal, el empleo del nombre de la sociedad o la invocación de la condición de administrador en la realización de negocios privados ajenos a la

¹² Así, por ejemplo, SÁNCHEZ RUS, H., *Objeto social*, en VV.AA., *Tipología empresarial: normativa especial*, t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España / Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992, p. 78, cuando define el objeto social como: «la actividad o conjunto de actividades posibles, *lícitas* y determinadas que desarrolla una sociedad, y a través e cuyo desenvolvimiento se trata de satisfacer la expectativa de ganancia característica de toda sociedad mercantil.»

¹³ En el marco del delito de corrupción entre particulares (artículo 286 bis Código Penal), consistente en el pago de sobornos a otros empresarios para conseguir adjudicaciones de contratos, se viene considerando que no es desleal con su empresa quien realiza estos pagos ilícitos a terceros (el bien jurídico protegido por el delito no es el deber de lealtad del administrador o directivo, sino las reglas de competencia en el mercado), lo que impediría aplicar a estos supuestos el delito de administración desleal o fraudulenta de sociedades, ni el delito de apropiación indebida, por la disposición de los fondos que constituyen la dádiva, ya que en el plano objetivo su abono no supone perjuicio para la sociedad que los paga al conseguir gracias a ellos un beneficio superior ni, en el plano subjetivo, existe tampoco dolo de causar el perjuicio a la propia sociedad que ambos delitos requieren. Por tanto, en estos supuestos, no existe colisión entre la conducta realizada y el interés social, sino que el ofrecimiento o del soborno está encaminado a satisfacer precisamente aquél.

En este sentido, cabe citar la SAN 31 marzo 2000 (RJ 2000, 107), dictada en el conocido Caso Banesto, que señaló que los pagos hechos por los administradores de una empresa con fondos sociales, aun cuando se hagan con fines ajenos al propio tráfico de la empresa administrada, redundan en provecho de ésta, no pueden dar lugar al delito de apropiación indebida, por tratarse de un delito contra el patrimonio de la sociedad administrada y haber resultado beneficioso para la misma los pagos realizados con los fondos sociales. Se trataba en aquél caso, del posible pago con fondos sociales de cantidades de dinero para «engrasar» voluntades a fin de conseguir una serie de exenciones fiscales que permitieran la constitución de una corporación industrial que separara el negocio empresarial de las sociedades participadas por el banco del negocio puramente bancario.

empresa no es, en sí mismo, constitutivo de infracción o delito alguno. Se trata de una infracción del deber de lealtad que debe ser corregida a través de los medios que la legislación mercantil societaria dispone al efecto. No sucede así, en cambio, en otros países, como es el caso de Francia, donde el artículo L-241-3 del Código de Comercio (para las sociedades de responsabilidad limitada), y el artículo L 242-6 del mismo (para las sociedades por acciones), sancionan como Ley penal especial, el hacer un uso de mala fe, no sólo de los bienes sociales, sino también del *crédito* de la sociedad, en el sentido del nombre comercial de la misma. Siguiendo, con ello, una larga tradición del Derecho mercantil-penal francés que ya sancionaba como delito el abuso del nombre social en la vieja Ley de 24 de julio de 1966 (artículo 437.3°).

En nuestro Derecho, como decimos, el uso indebido de la condición de administrador de una determinada empresa o, en parecido sentido, el uso mismo del nombre social para favorecer negocios privados, no es penalmente sancionable. Como veremos seguidamente, nuestra legislación penal sanciona el uso ilícito de los poderes o bienes sociales, pero no el uso indebido de la mera posición social del administrador, más allá del abuso de información privilegiada que deriva de dicha condición de administrador, por la vía del delito de los artículos 284.3° y 285 Código Penal,¹⁴ y del delito de aprovechamiento de secretos de empresa del artículo 279.II Código Penal, al que luego aludiremos, con ocasión de la prohibición del aprovechamiento de las oportunidades sociales de negocio establecida por el artículo 215-10.

En efecto, existen diferentes delitos que sancionan penalmente el aprovechamiento de los bienes sociales en beneficio de los intereses privados de los administradores de hecho o de derecho, o de los socios mismos, y en perjuicio de los intereses sociales, siendo especialmente relevantes los de apropiación indebida (artículo 252 Código Penal) y administración desleal de sociedades (artículo 295 Código Penal).

Como es sabido, el primero de ellos sanciona penalmente (con penas de prisión que oscilan entre los seis meses y los ocho años) al administrador que se apropia o distrae los bienes administrados, mientras que el segundo incrimina (con penas de prisión de hasta cuatro años o con multa), la conducta del administrador social¹⁵ que dispone fraudulentamente de los bienes sociales o contrae obligaciones a su cargo, causando así un perjuicio directo y económicamente evaluable a los socios, cuenta-partícipes, o titulares de los bienes, valores o capital administrados.

En correcta interpretación de los dos anteriores delitos, valdría decir que la apropiación indebida, que es un delito más grave en cuanto a su pena que la administración desleal de sociedades), se comete cuando el administrador se apropia de los bienes que administra, en el sentido de que se los queda, esto es, que expropia de los

¹⁴ Pero, nótese, que los delitos contemplados en los artículos 284.3° (alteración de precios) y 285 Código Penal, son delitos contra el mercado, que tienen a proteger más la competencia y las reglas del propio mercado que a sancionar la infracción de deberes de lealtad hacia la propia empresa administrada.

¹⁵ Si bien, el concepto penal de sociedad, a los efectos de este delito es bastante amplio, viniendo establecido por el artículo 297 Código Penal, en el que se comprenden no sólo las sociedades mercantiles en general, sino a toda mutua, cooperativa, Fundaciones, Cajas de Ahorro y Entidades de Crédito, Entidades Financieras, y cualesquiera otras que para el cumplimiento de sus fines participen de forma permanente en el mercado. Incluyéndose, así mismo, en virtud de lo establecido en el propio artículo 295 Código Penal, las sociedades mercantiles en formación, y doctrinal y jurisprudencialmente, a las sociedades mercantiles irregulares.

mismos a su legítimo dueño, para hacerlos suyos (se apropia) o destinarlos a un tercero (los distrae), con carácter permanente y definitivo. En cambio, la conducta del administrador desleal del artículo 295 Código Penal (menos grave desde el punto de vista de la pena contemplada), no consiste en apropiarse de dichos bienes que se administra, sino es disponer de ellos de forma ilícita, pero no apropiatoria. Esto es, lo que tradicionalmente se han venido denominando como «usos ilícitos no dominicales», o «apropiaciones de mero uso», realizadas al margen del interés social para favorecer intereses personales de los administradores o de terceras personas, en perjuicio de la sociedad, de sus socios o de terceros.

La citada STS 29 julio 2002 (RJ 2002, 6357), dictada en el conocido Caso Banesto, lo expresaba con enorme claridad, cuando señalaba que: «Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal (...), pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto aún proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida. (...) Por último cuando el administrador, prevaliéndose como es lógico de su cargo y de su posición en la entidad societaria realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente diferenciado de la administración desleal. (...) Es por tanto más grave la conducta del administrador que se apropia de los bienes administrados que la del que los administra deslealmente y causa así un perjuicio económico a la sociedad.»¹⁶

¹⁶ Es verdad, sin embargo, que tanto antes como después de esta importante STS dictada en el Caso Banesto, se han producido otras muchas que han mantenido distintas tesis de distinción entre los delitos de apropiación indebida y de administración. Y ello, con evidente desacierto, hay que decir. No sólo porque alguna de estas tesis sean dogmáticamente insostenibles con el Texto de la Ley en la mano, sino que el continuo cambio de criterio del Alto Tribunal, al utilizar unas y otras diferentes tesis, ha dado lugar a un grave desconcierto en los Tribunales «menores», que no tienen una pauta clara que seguir. Recuérdese, además, que en el ámbito penal, ni siquiera existe el recurso de casación por unificación de doctrina jurisprudencial, de modo que es muy habitual en la práctica que diferentes Audiencias y Juzgados de lo Penal apliquen tesis opuestas sobre la distinción entre ambos delitos, creándose con ello una situación de inseguridad y desigualdad jurídica ciertamente alarmante, de la que resultan principales responsables los vaivenes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia.

Y así, por hacer un breve recorrido por dicha jurisprudencia, cabe recordar que bajo la vigencia del anterior Código Penal, cuando no existía más que el delito de apropiación indebida (artículo 535), el Alto Tribunal venía considerando que los usos ilícitos no dominicales (no apropiatorios) o apropiaciones de mero uso de fondos sociales por parte de los administradores, no tenían cabida en el referido delito de apropiación indebida, so pena de transgredir el principio de legalidad penal. Siendo exponente, por ejemplo, la STS 25 julio 1971 (RJ 1971, 4936), señalaba que: «la posible inclusión dentro del delito de apropiación indebida de los denominados usos ilícitos no dominicales o apropiaciones de mero uso, por virtud de los cuales el poseedor del dinero o efectos, entregados por uno de los títulos señalados en el art. 535 del Código Penal, los utiliza para sí, sin ánimo de retención definitiva, fuera de las facultades y obligaciones pactadas y, por tanto, con el deseo de una restitución tardía, parece no poderse técnicamente efectuar, resultando por tanto atípica dicha conducta al faltar un precepto especial que castigara el abuso causado por la utilización desviada... al no poderse otorgar una interpretación extensiva en contra del reato de los verbos “apropiarse” y “distraer” utilizados en aquel precepto...»

Así, dentro del vigente delito de administración desleal de sociedades, tienen cabida las infracciones del deber de fidelidad en las que el administrador dispone de bienes sociales en su propio provecho sin intención apropiatoria, pero causando

Sin embargo, esa posición tradicional cambió radicalmente con la conocida STS 26 febrero 1998 (RJ 1998, 1196), dictada en el conocido «Caso Argentia Trust», al inventar un nuevo delito de administración desleal dentro del clásico delito de apropiación indebida, señalando que: «también ha de ser rechazada la pretensión... según la cual la administración desleal o fraudulenta, antes comprendida en el delito de apropiación indebida del art. 535 del CP derogado, hoy lo está únicamente en el art. 295 del vigente que sería de aplicación al acusado por resultarle más favorable. (...) El art. 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, que es justamente el que se produce en el caso que ha dado origen a este recurso, se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4.º del CP vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave...»

De este modo, el alto Tribunal negó abiertamente su anterior doctrina, para considerar que dentro del delito de apropiación indebida existen dos delitos en realidad, el puramente apropiatorio, al que se refiere el precepto con el verbo «apropiarse», y otro delito de administración desleal, al que se refiere el verbo típico «distrayere», que permite sancionar como apropiación indebida disposiciones de fondos sociales no apropiatorias. Al producirse dicho cambio jurisprudencial estando ya en vigor el vigente delito de administración desleal de sociedades (artículo 295 Código Penal), que había venido precisamente a sancionar estas conductas, se planteaba un evidente conflicto entre ambas normas, que en correcta técnica jurídica debería siempre ser resuelto por la regla 1ª del artículo 8º del Código Penal, de aplicación imperativa. Esto es, a favor del delito societario de administración desleal, por ser más especial, al estar dirigido específicamente a los administradores de sociedades que realicen la conducta sobre bienes sociales. Pero, como quiera que ello habría supuesto un efecto indeseado, ya que conllevaría que los mismos usos ilícitos no dominicales realizados en el ámbito empresarial tuvieran menos pena (administración desleal de sociedades) que los realizados por administradores no societarios (delito apropiación indebida por gestión desleal), el Alto Tribunal optó por ignorar la imperatividad del artículo 8.1ª Código Penal, estableciendo la resolución del concurso entre ambas normas a favor de la apropiación indebida por poseer más penalidad. Esto es, aplicando indebidamente la norma 4ª del artículo 8º, que el legislador reserva para supuestos distintos del comentado, en el que ninguno de los dos delitos en conflicto fuere más especial que el otro. Lo que, como hemos dicho, no es nuestro caso, al existir una evidente relación de especialidad del tipo específicamente societario respecto del tipo más general de la apropiación indebida.

Finalmente, con posterioridad, el Tribunal Supremo ha venido abandonando progresivamente la anterior tesis, no sólo en la mencionada sentencia del Caso Banesto donde mantuvo otra tesis totalmente diferente e incompatible con la anterior, sino en una tercera línea jurisprudencial iniciada con la STS 11 julio 2005 (RJ 2006, 5418), y consolidada posteriormente en la STS 17 julio 2006 (RJ 2006, 7697), dictada en el «Caso BSCH», en la que señala que pretende diferencias ambos delitos con una confusa doctrina, extraída de Alemania, según la cual el elemento diferenciador radica en si el administrador ha actuado dentro (administración desleal de sociedades) o fuera (apropiación indebida) de los límites de sus facultades. Y así, señala que: «cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal... Este delito se refiere... una serie de conductas con abuso de las funciones propias del cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace *dentro de los límites* que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal... El *exceso* que comete es *intensivo*, en el sentido de que su actuación se mantiene *dentro de sus facultades*, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida... supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que *supera las facultades* del administrador... Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación *fuera de lo que el título de recepción permite*, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades... que *no ha superado los límites* propios del cargo de administrador.»

conscientemente con ello un perjuicio a la sociedad. Por ejemplo, porque se hace prestar fondos sociales para un negocio privado en el que piensa obtener importante rentabilidad en poco tiempo, de modo que reintegrará a la sociedad los mismos, como efectivamente hace, pero resultando que a consecuencia de ese préstamo, la sociedad se ha visto impedida de realizar operaciones de su interés con el derivado perjuicio, o ha tenido que retrasar el pago de sus obligaciones fiscales o sociales, con los consiguientes recargos e intereses de demora, etc. En tal caso, la infracción del deber de lealtad del administrador no ha supuesto la apropiación de los bienes sociales, ni hubo nunca intención de ello, sino el empleo de los mismos de forma fraudulenta, en el sentido de que se ha causado un perjuicio a la empresa persiguiendo un interés privado del administrador. También se incluyen aquí, generalmente, las compra-ventas de bienes por/para la sociedad por precios diferentes de los de mercado,¹⁷ las contrataciones fraudulentas de bienes por precios de mercado, que se produce por ejemplo, cuando se obliga a comprar a la sociedad una cantidad excesiva de bienes que ésta realmente no necesita, a una sociedad proveedora en la que tiene intereses el administrador de la compradora,¹⁸ la constitución de garantías reales sobre bienes sociales, respecto de deudas privadas de los administradores, que perjudican el desarrollo de la actividad social al mermar su capacidad operativa y crediticia, o, en fin, la contratación de otras obligaciones a cargo del patrimonio social como, por ejemplo, mediante el afianzamiento de deudas personales de los administradores de hecho o de derecho, o de los socios de control, o la aceptación de letras de favor, etc.

En cambio, en el delito de apropiación indebida, tendrían cabida por ejemplo, el empleo definitivo de fondos sociales para atender a gastos personales o ajenos a la actividad social, la entrega de comisiones o retribuciones a los administradores de hecho o de derecho sin que exista prestación que la justifique, o cuando esta prestación ya está incluida en las funciones del propio cargo, o cuando no está incluida pero se remunera por encima del mercado (apropiación del exceso), el abono de dividendos ficticios o de dividendos no distribuibles que deben ser destinados a reservas.¹⁹

Finalmente, no quiero terminar el presente comentario sin referirme someramente a la trascendencia penal del abuso de la condición de administrador en las situaciones de conflicto de intereses contemplada por el artículo 215-11 nuevo Código Mercantil (y artículo 229 Ley Sociedades de Capital), y específicamente, en lo relacionado con la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio en beneficio propio que establece el artículo 215-10 del mismo. Lo que, a su vez, entronca directamente con la prohibición de competencia de los administradores (salvo autorización expresa), de dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituye el objeto social de la empresa administrada (artículo 229.1.f) Ley Sociedades de Capital). Situaciones de conflicto en las que, a mi juicio, se encuentra la esencia misma del deber de lealtad.

¹⁷ Si bien, creo más acertado tratarlos como supuestos de apropiación indebida del exceso del valor abonado por el bien que se obliga a adquirir a la sociedad, o por del mismo bien social vendido por precio muy inferior a su valor real.

¹⁸ Como sucedió en Francia a finales del siglo pasado, en el conocido «Caso del *Bon Marché*».

¹⁹ Normalmente, en concurso ideal con algún delito de falsedad en documento mercantil.

A este respecto, el Código Penal sanciona los supuestos de aprovechamiento de información empresarial, en dos ámbitos diferentes. Por un lado, respecto de las conductas de abuso de información privilegiada relativa al Mercado de Valores, ya sea con la voluntad de fijación de precios anormales o artificiales (artículo 284.3º)²⁰ –lo que presenta menor medida respecto de lo aquí tratado–, ya sea con la voluntad de obtener un beneficio derivado de la ventaja del uso de la información obtenida en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial (artículo 285) –que afecta de lleno a la infracción del deber de lealtad en el sentido que ahora nos ocupa–, y del que se ocupa el artículo 286-46 del nuevo Código Mercantil, dentro del Título VIII dedicado a las sociedades cotizadas.

Y, por otro lado, se sanciona el aprovechamiento de información secreta de la sociedad, en el artículo 279.II del Código Penal, con penas de prisión de dos a tres años, y de multa de doce a dieciocho meses, por quienes tuvieren legal o contractualmente obligación de guardar reserva.²¹ Teniendo cabida en este delito como uno de los supuestos más característicos, precisamente, aquel en el que el administrador o el directivo «pisa» un negocio a la sociedad.

La referencia del delito a la Ley como fuente de reserva, se encuentra ligada específicamente a la figura de los administradores sociales, a quienes ya se imponía tal deber impone tal deber en los artículo 127.2 de la vieja Ley de Sociedades Anónimas, en el artículo 61.2 de la vieja Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en el artículo 14.1 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico, en el artículo 64.1 de la Ley General de Cooperativas, y actualmente, en el artículo 228 b) de la Ley de Sociedades de Capital, recientemente modificado por la Ley de 3 diciembre 2014. Todo ello, en la línea del artículo 13.1 de la Ley de Competencia Desleal, que considera desleal la explotación sin autorización de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con el deber de reserva.

²⁰ En concreto, el artículo 284.3º del Código Penal, sanciona (con penas de prisión de seis meses a dos años o con multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente, mediador o informador), la utilización de información privilegiada, realizando transacciones o dando órdenes de operaciones susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda, o el precio de valores o instrumentos financieros, o se aseguraren utilizando dicha información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales.

²¹ La jurisprudencia penal ha considerado que por secreto de empresa se ha de entender todo «dato propio o ajeno, pero en poder de un determinado empresario, que el mismo no desea sea conocido por terceros y que por ello presenta un indudable valor o interés económico, sea directo o indirecto para él...» SAP Lleida, 11 febrero 2001 (ARP 2001, 154); «aquello que un titular quiere sustraer al conocimiento público, es decir, aquello que quiere que permanezca en el ámbito exclusivo de la empresa o sociedad» SAP Guipúzcoa 30 diciembre 1998 (ARP 1998, 4564); «aquella información que es confidencial y exclusiva de una determinada empresa, de tal manera que... pudiera afectar a la competitividad» SAP Tarragona 4 abril 2003 (JUR 2003, 210233); «el conocimiento reservado de ideas, producto o procedimiento que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, desea mantener oculto» SAP Madrid 28 abril 1999 (ARP 1999, 1880); «aquél que se encuentra relacionado con la actividad de la misma, y en cuyo mantenimiento tiene el empresario un interés económico» SAP Asturias, 14 julio 2003 (JUR 2003, 234896); Zaragoza 3 diciembre 1999 (ARP 1999, 3775); «por secreto deberá entenderse toda información relativa a la empresa, la cual es determinada con criterios de confidencialidad y exclusividad en aras a asegurarse una posición óptima en el mercado frente al resto de empresas competidoras y descendiendo a una clasificación enumera los secretos relativos a los sectores técnico-industrial, comercial, relacional y organizativo de la empresa». AAP Guipúzcoa 30 septiembre 2004 (JUR 2004, 308578).

A este respecto, debe tenerse en cuenta que las obligaciones y responsabilidades de los administradores de derecho se extienden igualmente a los administradores de hecho (artículo 236.3 Ley Sociedades Capital), entendiéndose por tales a toda persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias del administrador, como, en su caso, aquellas bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad. Del mismo modo que se extienden a las personas físicas que ejercen la administración en representación de la persona jurídica administradora (artículo 236.5 Ley Sociedades Capital).

La mención a los contratos como fuente de reserva, tiene su fundamento en las obligaciones asumidas por quienes no son administradores de hecho ni de derecho, pero que desempeñan funciones de alta dirección o, simplemente, que les permiten conocer secretos de empresa. Si bien, desde antiguo, la jurisprudencia penal²² viene exigiendo para aplicarles el delito cuando emplean el secreto conocido de forma desleal, que dicha obligación de reserva estuviera específicamente contemplada en sus contratos como cláusula específica, no pudiendo sin más derivarse, del deber general de buena fe establecido por el artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores.

²² SAP Madrid 28 abril 1999 (ARP 1999, 1880), SAP Barcelona 7 junio 1999 (ARP 1999, 4323), SAP La Rioja 23 octubre 2002 (JUR 2002, 16956), SAP Huesca, 15 septiembre 2003 (JUR 2004, 99598), SAP Córdoba 20 octubre 2005 (JUR 2005, 46949), entre otras.

LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL *

LUIS JAVIER CORTÉS DÓMINGUEZ**
ADORACIÓN PÉREZ TROYA***

Resumen

En este trabajo realizamos una aproximación a las novedades que contiene la regulación de las modificaciones estructurales en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. La inclusión de esta materia en el futuro Código constituye un “*trasvase normativo*” de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, aunque, sin perjuicio de ello, también se incluyen novedades de relieve y numerosas mejoras de perfeccionamiento normativo. En este trabajo efectuamos un primer estudio de los cambios proyectados, al tiempo que apuntamos la conveniencia de reflexionar sobre otros aspectos susceptibles de mejora que no han sido considerados por el momento.

Contenido

1. Introducción. – 2. La Ley sobre modificaciones estructurales y su “*trasvase normativo*” al Código mercantil. – 3. Ámbito de la regulación de las modificaciones estructurales. – 3.1. El ámbito objetivo. – 3.2. El ámbito subjetivo. – 4. Las operaciones “*apalancadas*”. – 5. El derecho de oposición de los acreedores sociales. – 6. La impugnación de las modificaciones estructurales. – 7. Oposición del gobierno a operaciones transfronterizas. – 8. Otras novedades en el régimen de las modificaciones estructurales. – 9. Consideraciones finales. – 10. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles es una de las materias incluidas en el ámbito del futuro Código mercantil español. Su aprobación determinará la derogación formal de la *Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, si bien una mayoría de sus preceptos se *trasvasarán* al Código, como se destaca, siguiendo el planteamiento de la Propuesta de

* Trabajo en homenaje al Prof. Rafael Illescas y enmarcado en el Proyecto de investigación Ref. DER2012-37406, financiado por el Min. Eco. y Competitividad.

** Catedrático de Derecho mercantil de la Univ. de Alcalá (Madrid).

*** Profesora titular de Derecho mercantil de la Univ. de Alcalá (Madrid)

Código, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de 30 de mayo de 2014¹. Queda claro, así, que, en esta materia, más que una modernización de la legislación vigente, lo que se quiere acometer es un perfeccionamiento de la misma, pues la Ley sobre modificaciones estructurales (en adelante, LME) ya supuso una renovación sustancial de esta materia. Además, esta Ley, que todavía no ha cumplido un lustro de vigencia, ha sido objeto de reformas posteriores que han profundizado en la modernización que supuso su aprobación. Sin embargo, estas reformas tampoco han culminado el objetivo de “*perfeccionamiento*” sobre el que se justificó la aprobación de la LME (Preámbulo I), anunciada, en su día, como “*una solución transitoria a la espera de que llegue el momento oportuno para una codificación*” (Preámbulo V). El planteamiento de *trasvase* y perfeccionamiento sobre el que se articula la acción codificadora es coherente con estos antecedentes, si bien podría ser más ambicioso y acometer una verdadera regulación general de las modificaciones estructurales, que continúan regulándose, como en la LME, de una forma parcelada, agrupando y unificando formalmente las distintas operaciones de modificación estructural². El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil no modifica este enfoque, sino que se limita a incorporar algunas mejoras a la Propuesta elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. Tampoco es de esperar, aunque sería deseable, que durante la tramitación parlamentaria se cambie el planteamiento de fondo. Lo que sí es previsible es que, a la vista de los distintos Dictámenes, Informes y enmiendas, se mejoren aún más distintos aspectos del régimen de las modificaciones estructurales³. Con la intención de contribuir a ello, aunque sea humildemente, abordaremos a vuela pluma la regulación proyectada, para lo que partiremos de unas consideraciones previas sobre la Ley que se *trasvasa* al Código⁴.

¹ El Anteproyecto fue aprobado por el Consejo de Ministros el 30.5.2014. Tiene su origen en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Secc. de Der. Mercantil de la Comisión Gral. de Codificación, Min. de Justicia, Madrid, 2013.

² En este sentido, se ha advertido, con razón, sobre la unificación “formal” que representa la agrupación de las distintas modalidades de modificación estructural en la vigente LME. Así, EMBID, J.M., “Consideraciones preliminares sobre la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en VÍTOLO, D., et al. (dirs.), *Derecho de Sociedades y Concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis*, ed. Comares, Granada, 2011, pp. 441, 447 y ss.; IBID, “Grupos de sociedades y modificaciones estructurales”, en AA.VV., *Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial*, Coord. GARRIDO DE PALMA, V.M., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 53 y ss.

³ *Vid.*, por el momento, CES, Dictamen 5/2014, Sesión ordinaria del Pleno de 25.6.2014, *Sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*; CNMC, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil* (IPN/DP/0010/14), de 17.7. 2014; CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley de Código Mercantil*, aprobado en el Pleno del CGPJ el 30.9.2014.

⁴ Con el mismo propósito remitimos en su día a la Comisión General de Codificación en nombre el Grupo de investigación “Derecho y Empresa” de la Univ. de Alcalá algunas Observaciones a la Propuesta de Código Mercantil durante el plazo de información pública abierto para la realización de sugerencias y alegaciones.

2. LA LEY SOBRE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES Y SU “TRASVASE NORMATIVO” AL CÓDIGO MERCANTIL

El Derecho español de las modificaciones estructurales fue hondamente modificado por la LME. Hasta entonces y desde la reforma general de nuestro ordenamiento societario llevada a cabo 20 años antes en virtud de la *Ley 19/1989, de 25 de julio*, que modernizó y adecuó el Derecho de sociedades español al europeo, la regulación de las modificaciones estructurales estuvo compuesta de piezas bastantes estables, especialmente en su núcleo principal, constituido por la LSA, que experimentó muy pocas reformas en materia de transformación, fusión y escisión, que eran las únicas operaciones de modificación estructural reguladas (Cap. VIII, arts. 223 a 259)⁵. Ni en la LSA ni en la posterior LSRL se reconocía el concepto de modificación estructural como categoría legal bajo la que englobar el conjunto de operaciones que, como suelen caracterizarse, van más allá de las modificaciones estatutarias y afectan, como rasgo común, a la estructura personal y/o patrimonial de las sociedades que las realizan⁶. La gran aportación de la LME en el año 2009 fue, precisamente, dar carta de naturaleza a dicha categoría legal y ordenar, con una mínima perspectiva unitaria, las distintas modalidades de transformación, fusión, y escisiones societarias, junto a otras operaciones que, por primera vez, se regularon sistemáticamente en nuestro ordenamiento, como la cesión global de activo y pasivo, que vino a reconocerse como técnica de transmisión del conjunto de la empresa, así como el traslado internacional del domicilio social, que se reguló en el doble sentido de traslado de sociedad española a otro país y de sociedad extranjera a España. Con ello, así como con el reconocimiento de algunas nuevas modalidades de operaciones conocidas (*vgr.* como nueva modalidad de escisión se reconoció la segregación), se amplió sensiblemente el perímetro de modificaciones estructurales realizables en nuestro país, bajo un marco, además, de garantías mínimamente homogéneas. La perspectiva unitaria se proyectó también en la comprensión de todas las sociedades mercantiles en el ámbito subjetivo de la Ley, pese a tratarse de operaciones más usuales entre las sociedades de capital.

La Ley española de 2009 fue, por tanto, más allá de la mera transposición de la Directiva 2005/56/CE sobre fusión transfronteriza, limitada a las sociedades de capitales, y que, con notable retraso, se incorporó entonces al ordenamiento español⁷.

⁵ *Cfr.* Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades (BOE n.º 178, de 27.7.1989); Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LSA (BOE n.º 310, de 27.12.1989).

⁶ Se debe a la doctrina la elaboración de las bases que más tarde permitirían la delimitación de las modificaciones estructurales como categoría legal. Principalmente, EMBID, J.M., “Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 293 y ss.; IBID., “En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fusión, escisión y otros procedimientos similares)”, *CDC*, n.º 9, 1991, pp. 13 y ss.; IBID., “Principios de tratamiento de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en el Derecho español”, *CDC*, n.º 28, 1999, pp. 35 y ss.

⁷ Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26.10.2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (DOUE L 310, de 25.11.2005).

Junto a esta Directiva, también se incorporó la Directiva 2007/63/CE, que había modificado las originarias Directivas de fusión interna y escisión, para permitir, en suma, que el preceptivo informe de experto independiente con que deben contar estas operaciones, que es una de las principales garantías de su validez, pueda exonerarse por acuerdo unánime de todos los socios, sin perjuicio de un pronunciamiento del experto sobre la realidad del capital de las sociedades resultantes⁸. La LME no culminó, sin embargo, una regulación con perspectiva general de las modificaciones estructurales, ni objetiva ni subjetivamente, por lo que puede afirmarse, en suma, que no superó el modelo en el que principalmente se inspiraba, que era el Derecho alemán tras la importante reforma llevada a cabo en este ordenamiento por la *Umwandlungsgesetz* de 1994. Pero sin perjuicio de ello, y de algunas deficiencias técnicas, resultantes, sobretodo de su tramitación parlamentaria, puede afirmarse, en síntesis, que su valoración de conjunto es positiva, pues preparó mejor nuestro Derecho para el creciente proceso de internacionalización de los operadores económicos, y, por otro lado, puso al alcance de gran número de sociedades españolas la posibilidad de fusionarse y de realizar operaciones distintas de cambio estructural, algunas nuevas, de forma más rápida y menos costosa que antes (*vgr. operaciones simplificadas*)⁹. El número de operaciones realizadas en los últimos años no deja de ser ilustrativo, aparte de reflejar que no sólo en tiempos de bonanza se realizan modificaciones estructurales, pues también pueden resultar idóneas para reestructurar empresas en crisis, como demuestra su protagonismo en el proceso de reestructuración del sector financiero español¹⁰. Las modificaciones estructurales realizadas en los últimos años también evidencian que las operaciones transfronterizas van dejando de ser una rareza para convertirse en un fenómeno cada vez más usual, aunque esté lejos del que representan las operaciones *internas*¹¹. A facilitar las operaciones de modificación estructural ha

⁸ Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13.11.2007, por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades (DOUE L 300, de 17.11.2007).

⁹ Opinión que ya avanzamos en CORTÉS, L.J./PÉREZ TROYA, A., “La Ley de modificaciones estructurales y el nuevo régimen de la fusión”, en GÓMEZ SEGADE, J.A./ GARCÍA VIDAL, A (dirs.) *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro hom. al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 125 y ss.

¹⁰ Según las estadísticas del Registro Mercantil, en el año 2012 se realizaron, en concreto, 1492 transformaciones y 1802 fusiones, además de otras operaciones, entre las que destaca la segregación como nueva modalidad de escisión que ha ido cobrando auge tras su regulación en la LME. Centrándonos en las fusiones, que continúan siendo las operaciones más numerosas, y comparando el dato con las realizadas en el año 2005, que fueron 1156, se observa un índice de crecimiento significativo. Sobre el papel de las modificaciones estructurales en el proceso de reestructuración del sector bancario español, nos permitimos remitir a PÉREZ TROYA, A., “Las modificaciones estructurales como técnicas de reestructuración preventivas o alternativas del concurso. Consideraciones sobre su régimen general y el régimen especial de las entidades de crédito”, en AAVV., *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, Dir. J.A., GARCÍA-CRUCES, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013, pp. 443 y ss.

¹¹ Como botón de muestra de la creciente importancia de las fusiones transfronterizas, cabe indicar, partiendo de un seguimiento de los datos publicados en el BORME, que en los últimos años, de 2010 a 2013, se han realizado al menos 39 fusiones transfronterizas europeas con participación de una sociedad española. Algunas de estas operaciones presentaron, además, aspectos de interés adicionales, como el caso de la absorción de una sociedad de los Países Bajos (“Brasilcel N.V.”) por una importante empresa

tendido, también, la reforma de la LME llevada a cabo en el año 2012 para, principalmente, incorporar la *Directiva 2009/109/CE*, que flexibiliza de un modo más general que la Directiva de 2007 las obligaciones de información y documentación de las fusiones y escisiones, además de modernizar su instrumentación a través de páginas webs y de comunicaciones electrónicas¹². Además, a fin de facilitarlas al máximo, la transposición de la Directiva 2009/109/CE se aprovechó para modificar el derecho de oposición de los acreedores, que ya no impide que la operación pueda proseguir pese a que existan acreedores que se opongan y no obtengan la correspondiente garantía de sus créditos.

En suma, puede entenderse que, dado el carácter reciente de la legislación española sobre modificaciones estructurales y su considerable “éxito” de aplicación práctica, la regulación del Código Mercantil, que tan novedosa resulta en otros campos (*vgr.* contratación mercantil), no traiga consigo grandes reformas en esta materia. Como, en efecto, manifiesta la Exposición de motivos del Anteproyecto, que coincide la Exposición de motivos de la Propuesta, la finalidad de la obra codificadora en esta materia se ciñe, principalmente, a un “*trasvase normativo*” (III- 72), consistente en “*incorporar al Código la Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles y sus modificaciones*” (III-68). Como resultado de ello, estas operaciones se regulan dentro del Libro II, relativo a las sociedades mercantiles (*Libro II: De las sociedades mercantiles*), dedicándoles, concretamente, un Título de los nueve que integran este Libro. Se trata del Título VI, ubicado entre el relativo a las modificaciones de estatutos (Tít. V) y el dedicado a la separación y exclusión de socios, que se regulan, junto con la disolución, liquidación y extinción, en el Tít. VII. La regulación de las modificaciones estructurales comprende, en concreto, los arts. 261-1 a 266-1 del Anteproyecto. Ahora bien, más allá de un trasvase formal de la LME, la ocasión aprovecha, como también se advierte en la Exposición de motivos para “*además de para integrar debidamente las reformas recientes en la materia, para adecuar, matizar o clarificar algunas cuestiones*” (III-73). Por ello, también se incluyen bastantes novedades, que son, como también se anuncia en la Exposición de motivos (III-73), tanto de “*sistemática*” como de “*contenido*”, si bien las de sistemática no son muy sustanciales y las de contenido, que son las más numerosas, sólo incorporan cambios de relieve en unos pocos aspectos.

española (“Telefónica, S.A”), en el que, entre otras particularidades, concurría la aplicación del art. 35 LME (operación “apalancada”). Dedicamos alguna atención a esta operación en nuestro estudio “La fusión de sociedades. Su regulación en España (tras la Ley sobre modificaciones estructurales”, en AA.VV., *Temas essenciais de direito empresarial. Estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa*, coord. L.F. MARTINS KUYVEN, Ed. Saraiva, San Pablo (Brasil), 2012, pp. 385 y ss.

¹² Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones (DOUE L 259, de 2.10.2009). *Vid.* RECALDE, A., “Reforma de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, *Diario La Ley*, N° 7853, Sección Doctrina, 8 Mayo 2012.

3. EL ÁMBITO DE LA REGULACIÓN DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

3.1. Ámbito objetivo

En cuanto al ámbito objetivo de la regulación de las modificaciones estructurales se mantienen las mismas operaciones, que son la transformación, la fusión, la escisión, la cesión global de activo y pasivo y el traslado internacional de domicilio. Pero se altera su orden de regulación actual, porque a la primera contemplada, que sigue siendo la transformación, que se reordena en sus supuestos como principal novedad, le sucede el traslado internacional del domicilio, que es la última regulada en la LME. De este modo, el traslado internacional del domicilio social pasa a ser en el Anteproyecto, manteniendo el criterio de la Propuesta en este punto, la segunda operación regulada, porque, según la Exposición de Motivos: “*Así, el traslado internacional de domicilio se ha colocado en un lugar más acorde con su significado y función*” (III-73)¹³. No es tan fácil, sin embargo, de ver que la razón de este cambio de orden sistemático tenga que ver con el significado y función específica del traslado internacional de domicilio, si bien, evidentemente, apunta al carácter *de facto* transformativo del tipo que puede tener en muchos casos el cambio del domicilio social de un país a otro, debido a la disparidad de los regímenes relativos a las formas societarias. En cualquier caso, se considere acertada o no la razón, ha de reconocerse que, al menos, así quedan al reguladas de forma seguida las operaciones en las que interviene una sola sociedad y no afectan a la estructura patrimonial societaria, regulándose tras ellas el grupo de operaciones de carácter plurilateral y que comportan una sucesión patrimonial universal entre los distintos sujetos que las realizan (fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo). Alternativamente, en el Código podía haberse aprovechado para ubicar el traslado internacional del domicilio fuera de la regulación de las modificaciones estructurales, en la medida que, según reconoce el Preámbulo de LME, el traslado “*no siempre presenta las características que permitan englobarlo dentro de la categoría de modificaciones estructurales*”¹⁴. Pero en el Anteproyecto se ha mantenido dentro del mismo ámbito, sea por considerar conveniente incluirla como operación putativa o porque se haya operado sobre la base de un concepto de modificación estructural distinto al previamente manejado en la LME, cuestión ésta que no puede contestarse con seguridad a la vista

¹³ Se retoma en este punto el criterio de la Propuesta de Código de sociedades mercantiles aprobada por la Sección de Derecho Mercantil el 6.6.2002 (Min. de Justicia, Madrid, 2002). En ella las operaciones reguladas eran, en este orden, la transformación, el traslado del domicilio social al extranjero, la fusión y la escisión.

¹⁴ Esta operación se incluyó en la LME no tanto porque se ajuste en rigor al concepto de modificación estructural del que parte la Ley, sino por su importancia en el contexto de internacionalización corporativa y por “*sus relevantes consecuencias en el régimen jurídico aplicable a la sociedad*” (Preámbulo LME). Por ello, en general la doctrina ha juzgado acertada la inclusión de esta operación en la LME. En este sentido, SEQUEIRA, A., “Traslado internacional del domicilio social”, *RdS*, nº 31, 2008, p. 83; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Traslado a España de sociedad extranjera. Traslado al extranjero de sociedad española. Proyecto de traslado. Informe de los administradores. Depósito del proyecto”, en AAVV., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Dirs. RODRÍGUEZ ARTIGAS et al., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, t. II, p. 58.

del texto codificador, que sigue sin establecer una definición de modificación estructural, y que, por otro lado, no contempla ninguna disposición general aplicable a las distintas operaciones que regula. Incluso el precepto que en la LME señala su “*ámbito objetivo*” (art. 1) y enumera las distintas modalidades de modificación estructural reconocidas desaparece en el futuro Código mercantil, que desaprovecha una ocasión histórica para superar el carácter parcelado de la regulación de estas operaciones en nuestro ordenamiento.

Más allá de lo anterior, cabe observar que desaparece la llamada “*operación asimilada a la fusión*” prevista en el art. 53 de la LME, seguramente porque, en realidad, no se distingue bien de la absorción de sociedad íntegramente participada (art. 49 LME). Y, por otro lado, también cabe advertir que desaparece una operación extraña, la llamada “*cesión parcial de activo y pasivo*”, añadida “por la puerta de atrás” al elenco de modificaciones estructurales en virtud de la reforma de la LME llevada a cabo por la Disposición final cuarta de la *Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas*¹⁵. Esta reforma se concretó en la adición a la LME de una Disposición adicional tercera, titulada “*Régimen aplicable a las operaciones de fusión, escisión, y cesión global de activos y pasivos entre entidades de crédito*”. Su fin era sujetar a esta Ley las distintas operaciones que pudieran realizar las entidades de crédito para, en el fondo, facilitarlas, pues se trata de una norma enmarcada ya en el proceso de reestructuración del sector bancario español iniciado en el año 2009¹⁶. En este contexto se explicaría también una previa referencia a la “*cesión parcial*” en el *Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito*¹⁷. La Propuesta y el Anteproyecto de Código no contienen ninguna referencia a ella, pero, no obstante, vuelve a referirse a esta operación la *Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito* (Disp. Ad. 12ª: *Autorización de operaciones de modificación estructural*)¹⁸.

3.2. Ámbito subjetivo

En cuanto al ámbito subjetivo se refiere, el Anteproyecto, siguiendo la Propuesta, parte de la misma perspectiva que la LME, que es regular las modificaciones estructurales de todas las sociedades mercantiles. Pero, de igual modo, tampoco existen normas generales, sino que se particularizan para unos u otros tipos sociales, de forma casuística, unas u otras reglas en función del aspecto correspondiente de cada operación. Así, más que de una “*concepción global*”, vuelve a tratarse de un “*planteamiento transversal*”, que es una expresión justamente utilizada por la Exposición de motivos

¹⁵ BOE núm. 315, de 31 de diciembre 2009.

¹⁶ *Vid.*, críticamente, FUENTES CRUZ, A.M., “Comentario a la DA 3ª de la Ley de modificaciones estructurales: Las modificaciones estructurales de las entidades de crédito”, *Rev. Aranzadi Doctrina*, nº2, mayo 2010, pp. 25 ss.

¹⁷ Arts. 7 y 8. BOE nº. 155, de 27.6.2009.

¹⁸ BOE nº. 156, de 27.6.2014.

del futuro Código (III-68), con la diferencia, no obstante, de que este planteamiento se contextualiza por la inclusión de la regulación de las modificaciones estructurales en el Libro 2º del Código mercantil (De las sociedades mercantiles), cuyos primeros preceptos definen qué se entiende por sociedades mercantiles y establecen algunas normas comunes para todas ellas.

En cuanto a sujeción al régimen de las modificaciones estructurales de las operaciones realizadas por las entidades de crédito, que, pensando particularmente en las Cajas de ahorro, quiso asegurar la reforma de la LME anteriormente referida, se da, no obstante, la paradoja de que una Ley posterior, la *Ley 9/2012 sobre resolución y reestructuración de las entidades de crédito*, vino a excluir la aplicación de la LME en ciertos casos, a fin de dar completa facilidad a los procesos de gestión de crisis de estas entidades¹⁹. La Ley 9/2012 anticipó, así, la transposición de una nueva reforma prevista de las Directivas de fusión y escisión, permitiendo, en suma, que en tales casos estas operaciones dejen de ser negocios basados en la libre autonomía de la voluntad y puedan imponerse administrativamente²⁰. Dado que en el Código no se prevé nada a este respecto, lo previsible que éstas operaciones se desarrollen de acuerdo con este régimen especial y, por tanto, sin sujeción al régimen general de las modificaciones estructurales.

4. LAS OPERACIONES “APALANCADAS”

Entre los concretos aspectos de mejora que se introducen, se encuentra la eliminación en relación a la fusión “apalancada” (art. 35 LME) del requisito de que el experto independiente se pronuncie en su informe, que en este caso resulta específico, sobre la posible existencia de asistencia financiera (art. 263-13). La desaparición de este requisito es una buena noticia, porque, como reiteradamente ha puesto de manifiesto la doctrina, no resulta claro y entraña una notable inseguridad jurídica²¹. Además, en la

¹⁹ Art 36 y Disp. Ad. 10ª. Apdo. 9. BOE nº. 275, de 15.11. 2012.

²⁰ Vid. Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) no 1093/2010 y (UE) no 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 173 de 12.6.2014).

²¹ Sobre este requisito y otras cuestiones que plantea el art. 35 LME, *vid.*, entre otros, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, «Fusiones apalancadas y asistencia financiera: el art. 35 de la Ley 3/2009, *El Notario del siglo XXI*, 30 (2010), pp. 156 y ss.; EMBID, J.M., «En torno al art. 35 de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (La fusión apalancada)», en AA.VV., *Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial*, Coord. GARRIDO DE PALMA, V.M., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 83 y ss.; HERNÁNDEZ SAINZ, E., «Fusión posterior a una toma de control o a una adquisición de activos relevantes con endeudamiento de la adquirente», AA.VV., BENEYTO, J.M./LARGO GIL, R. (Dirs.), *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010, pp. 486 y ss.; MARTÍ MOYA, V., «El Merger Leveraged Buy-Out o fusión apalancada a la luz de la Ley de modificaciones de las sociedades mercantiles», *RDM*, nº 276, 2010, pp. 607 y ss.; *IBID.*, «La fusión apalancada en España tras la aprobación de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», en AA.VV., *Derecho de sociedades y concurso. Cuestiones*

regulación proyectada también parece definirse más precisamente el supuesto de hecho que da lugar a la aplicación del régimen particular. Se trata, como hasta ahora, del caso en el que alguna de las sociedades que participa en la fusión hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de otra que participe en la operación o para adquirir activos -y aquí radica lo nuevo- “*de cualquiera de ellas, que fueran esenciales para el desarrollo del objeto social por parte de la adquirente o que representasen más del cinco por ciento del activo de esta*” (art. 263-13). No obstante, creemos que sería más acertado aprovechar la reforma para excluir del ámbito de aplicación de la norma los *asset LBO*, como sucede en la legislación italiana que le sirvió de inspiración, pues en estos casos, a diferencia de las adquisiciones de control societario (*stock LBO*), la fusión puede llevarse a cabo entre sociedades completamente independientes y que, por consiguiente, pueden velar por la salvaguardia de sus respectivos intereses²².

Asimismo, cabrían otras posibles mejoras, como la generalización del régimen de la fusión *apalancada* a otras operaciones de modificación estructural, cuya extensión por la vía interpretativa a otras modalidades de modificación estructural que pueden presentar los mismos o análogos peligros no resulta en la actualidad pacífica²³. Además, también podría aclararse mediante una previsión legal, contenida quizá en la Ley Concursal, como en la legislación italiana, que las operaciones realizadas con informes positivos quedan exceptuadas de una posible rescisión concursal si tras su realización sobreviniera una situación de insolvencia²⁴. Por último, parecería indispensable aclarar en el texto del art. 263-13 del Código que en estos supuestos, incluso cuando el acuerdo social sobre la operación se adopte por unanimidad en la Junta general, será necesario, no sólo el informe de expertos, como se exige en la actualidad y en el precepto proyectado, sino también el informe de los administradores, sobre el que nada se dice pero expresamente debería exigirse, dado que en este caso el informe de los administradores también cumple una función de tutela de los acreedores y otros interesados distintos de los socios²⁵. Además, si éste falta, dado que tiene un carácter

de actualidad en un entorno de crisis, Dirs. VÍTOLO, D./EMBED, J./LEÓN SANZ, F., Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 473 y ss.; RONCERO, A., «Fusión posterior a adquisición de sociedad con endeudamiento del adquirente», en AA.VV., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, T. I., Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS et al., Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 721 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO, J./FERNÁNDEZ TORRES, I., «Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del art. 35 LME)», *RDCP*, 2011, nº 14, pp. 125-126.

²² Para una más amplia consideración del punto, remitimos a nuestro trabajo “Fusión “apalancada” (Merger Leveraged Buyout) y rescisión concursal”, *Liber Amicorum Prof. Emilio Beltrán*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

²³ Así, por ejemplo, descarta la aplicación del art. 35 a la cesión global de activos y pasivos, HERNÁNDEZ SAINZ, E., «Fusión posterior», *op. cit.*, p. 535-536.

²⁴ En concreto, el legislador italiano, entre los actos que considera no rescindibles («*non sono soggetti all'azione revocatoria*»), incluye expresamente [art. 67, letra d) *Legge Fallimentare*] los *actos, pagos y garantías* concedidas para el saneamiento y reequilibrio financiero de la empresa cuya *razonabilidad* haya sido acreditada en el sentido exigido por el artículo 2501 bis del *Código Civile*, que es el precepto que regula la “*Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento*”.

²⁵ En este sentido, entre otros, ampliamente sobre la cuestión y el carácter prioritario del art. 35 LME, *vid.* EMBED, J.M., «En torno al art. 35», *op. cit.* pp. 89-96, para quien, en conclusión, admitir la no aplicación de algunas de las particulares exigencias del art. 35, en el caso de acuerdo unánime o fusión especial,

justificativo y debe contener, entre otros elementos, “*un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir*”, será más difícil valorar el juicio que los expertos emitan “*sobre la razonabilidad*” de la operación.

5. EL DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES SOCIALES

Aunque se introducen algunos cambios de redacción, el derecho de oposición de los acreedores a la fusión se mantiene en los términos resultantes de la reforma de la LME por la Ley 1/2012, que en este punto no puede considerarse que obedeciese a dictados comunitarios. En realidad, la transposición de la Directiva de 2009 se aprovechó para disminuir la eficacia de este derecho de los acreedores, que acaso destacaba en el panorama de Derecho comparado por amparar de un modo bastante poderoso a los acreedores que pudieran ver lesionados sus intereses por la operación, que podían, antes de esta reforma, paralizar, en última instancia, la realización de la operación. Entre los países de tradición cercana, tan sólo el Derecho italiano conserva un derecho de oposición de los acreedores incluso más vigoroso que el tradicional derecho de oposición español.

Sin embargo, si lo que se quería era restringir la eficacia de este derecho para no obstaculizar de manera innecesaria las operaciones de modificación estructural, pues una excesiva amplitud puede, en efecto, resultar injustificada, cabía, en vez del camino tomado, haber optado por delimitar más precisamente quiénes pudieran ser sus titulares, justamente como hace el Anteproyecto –y antes la Propuesta de Código mercantil- al regular el derecho de oposición de los acreedores en las reducciones de capital de las sociedades de capital, en cuyo caso se les reconoce este derecho “*siempre que justifiquen que la situación patrimonial de la sociedad pone en riesgo la satisfacción de sus créditos*” (art. 253-4). Además, resulta disarmónico y supone una diferencia que, a nuestro juicio, no parece suficientemente justificada, que en el supuesto de reducción de capital, en el que el Anteproyecto, siguiendo, asimismo, la Propuesta de Código mercantil, no distingue entre sociedades anónimas ni limitadas, no se permita realizar la operación sin enervar la oposición y que sí se permita en el supuesto de fusión.

En cualquier caso, siendo la tutela de los acreedores un aspecto tan importante de la regulación de las modificaciones estructurales, convendría, al menos, una revisión de tenor de los arts. 266-23 y 266-24 del Anteproyecto, que reproducen la Propuesta, pues el tema, desde la reforma de 2012, ha pasado a suscitar bastante polémica y ser objeto de distintas Resoluciones de la DGRN, sin que parezca suficiente la “mejora” de redacción que, frente a la LME (art. 44), incorpora la regulación proyectada, que, como novedad, pasa a ocuparse del tema en dos preceptos (art. 263.24.1. *Derecho de oposición de los acreedores*, y art. 263.24.2. *Efectos del ejercicio del derecho de oposición*), suprimiendo, además, el inciso del vigente art. 44 LME que induce a mayor

sería recortar garantías «*que constituyen el nervio esencial del régimen relativo a la fusión apalancada*” (p. 96). Contra *vid.*, entre otros, RONCERO, A., «Fusión posterior», *op. cit.* pp. 754 y ss.

equivoco (art. 44.3: “*En los casos en los que los acreedores tengan derecho a oponerse a la fusión, ésta no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad presente garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria*”)²⁶. Pero, en efecto, si la fusión, como establece la regulación proyectada, puede llevarse “*a efecto a pesar del ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición por acreedor legítimo*” (art. 263-24.2), tampoco acaba de entenderse bien que antes se disponga que “*la fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes*” (art. 263-23.1) para que “*dentro de ese plazo*” los acreedores puedan “*oponerse a la fusión hasta que se les garanticen esos créditos*” (art. 263-23.2). La formulación continúa, en nuestra opinión, resultando oscura.

Si el legislador está convencido de que lo mejor es desactivar el derecho de oposición tradicional y pasar, con todas las consecuencias, de un sistema de tutela *a priori* a otro *a posteriori*, lo deseable es que depure aún más la redacción de los nuevos preceptos, deje quizá de denominar el nuevo mecanismo como “*derecho de oposición*” y pase a llamarlo “*derecho a obtener garantía de los créditos*”, y, en fin, establezca, cosa que nos parece fundamental, qué puede ocurrir si dicha garantía, en los casos en que la operación implique un empeoramiento que ponga en riesgo el cobro de los créditos y no pueda hacerse efectiva, no llegue a prestarse por la sociedad obligada²⁷. En este caso, parece que habrá que entender, aunque no se aclara, a diferencia de otros ordenamientos, que la operación realizada *no resultará oponible* frente a los acreedores opuestos (vgr. art. L236-14 del Código de Comercio francés)²⁸. Confiar la tutela de los acreedores sólo a la “*sanción difusa de mercado*” que representa la publicidad registral que se consigue mediante la nota marginal que en la actualidad –y en el Código

²⁶ En el caso de la cesión global de activo y pasivo, se continúa estableciendo una remisión en este punto al régimen de la fusión (art. 265-11). Igual sucede en el caso del traslado (art. 262-11), mientras que en relación a la escisión la aplicación del régimen de la fusión en punto deriva de la remisión general que continúa estableciéndose a “*las normas establecidas para la fusión*” (art. 264-6). Sobre las dudas y distintos pareceres que suscita el reforma llevada a cabo en el art. 44 LME, *vid.*, entre otros, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “El derecho de oposición en las modificaciones estructurales. Una visión práctica tras la reforma de 2012 y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 9 de mayo de 2014”, *Diario La Ley*, nº 8411, Sección Doctrina, 31 de octubre de 2014, La Ley 7891/2014; ESCRIBANO, M.C., “La protección de los acreedores sociales frente a las operaciones de fusión y escisión de sociedades de capital a la luz de la reforma del artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales (Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo)”, *Diario La Ley*, Nº. 7855, Sección Doctrina, 10 Mayo 2012; ESTEBAN RAMOS, L., “El derecho de oposición de los acreedores sociales en las operaciones de modificación estructural tras la reforma operada por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital”, *RdS*, nº. 39, 2012, pp. 243 y ss. *Vid.* RDGRN 9.5.2014, 15.10.2014, 5.11.2014, 2.12.2014.

²⁷ Sostiene RECALDE, A., *op. cit.*, p. 11, que *a posteriori* el juez de lo mercantil podrá condenar a la sociedad a pagar o a ofrecer garantía adecuada, pero el problema se presentará cuando, tras ello, la sociedad, por no estar en condiciones, no pueda pagar u ofrecer garantía una vez realizada la operación.

²⁸ Entre otras posibles consecuencias que podrían anudarse a la falta de prestación de garantía por parte de la sociedad también se podría pensar en establecer, por ejemplo, el vencimiento anticipado de los créditos. De ésta forma la tutela preventiva del crédito fallida podría dar paso a la posibilidad de protección por otros medios, sin descartar, en última instancia, entonces, que los acreedores perjudicados pudieran acudir a procedimientos de ejecución individual o, en su caso, de ejecución colectiva (concurso de acreedores).

anteproyectado- puede solicitar el acreedor perjudicado e insatisfecho nos parece una débil protección, por no decir un brindis al sol²⁹.

6. LA IMPUGNACIÓN DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

En la LME el régimen para impugnar la fusión interna (art. 47 LME) es el mismo que para impugnar la fusión transfronteriza (art. 55 LME), aún cuando la Directiva sobre fusión transfronteriza prohíbe que tras la inscripción de la operación sea posible impugnar y anular la operación. Esta es una de las razones que empujan la revisión de este tema en el Código proyectado, junto a la oscuridad de redacción del art. 47 LME, y la conveniencia de acometer un replanteamiento más de fondo, que conecte, además, con otras reformas recientes, como la del régimen de impugnación de los acuerdos sociales, modificado en profundidad por la *Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*³⁰.

En este tema se observan diferencias relevantes entre la Propuesta de Código y el Anteproyecto, que cierra la posibilidad de impugnar las modificaciones estructurales inscritas. La Propuesta preveía un régimen diferenciado para la fusión interna y la transfronteriza. Para la interna disponía que: *“El acuerdo de fusión podrá ser impugnado antes de la inscripción en el Registro mercantil y, una vez inscrita, en tanto no transcurran seis meses”* (art. 263-29.2). Obsérvese que incluso ampliaba el plazo máximo de impugnación en tres meses, volviendo a la vieja solución del art. 246 LSA (seis meses). Para la fusión transfronteriza establecía, novedosamente, que *“una vez inscrita, la fusión transfronteriza no podrá ser impugnada”* (art. 263-49.1). Esta dualidad de régimen resultaba un poco extraña, pero también existe en algunos otros ordenamientos y no es disconforme con las Directivas³¹. No obstante, lo que en el marco de la regulación de las modificaciones estructurales con una mínima unidad resultaba una clara descoordinación es que se previera que *“una vez inscrita, el acuerdo de cesión global no podrá ser impugnado”* (art. 265-14). En punto a la impugnación de esta otra operación en la LME se hace una remisión al art. 47 y, por tanto, al régimen de fusión, del que se separaba, en cambio, la Propuesta. Por otro lado, mientras que el actual art. 20 de la LME establece que *“una vez inscrita, la transformación podrá ser impugnada en el plazo de tres meses”*, la Propuesta de Código silenciaba toda referencia al tema, lo que podía dar lugar, a la postre, a interpretaciones divergentes. Para el traslado internacional del domicilio social no preveía ninguna regla, como tampoco está

²⁹ Vid. con opinión contraria, PULGAR, J., “Modificaciones estructurales en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil”, en AA.VV., *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, coord. BERCOVITZ, A., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 185-186.

³⁰ BOE núm. 293, 4.12.2014. Sobre la impugnación según el régimen de la LME vid. CABANAS, R./BONARDELL, R., *Fusión de sociedades: inscripción, impugnación y régimen contable*, Ed. Bosch, Barcelona, 2013.

³¹ CORTÉS, L.J./ PÉREZ TROYA, A., “La impugnación de la fusión (art. 246 LSA y algunas consideraciones relativas a las fusiones transfronterizas europeas)”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho concursal, Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, T. I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 279 ss.

prevista en la LME. En suma, la Propuesta de Código mercantil no establecía un régimen común de impugnación para todas las modificaciones estructurales tras su inscripción, sino soluciones divergentes para unas operaciones y otras.

El Anteproyecto no ha pasado a establecer, como hubiera sido deseable, una regulación general en un capítulo *ad hoc* aplicable a las distintas modificaciones estructurales, pero, al menos, ha mejorado bastante la coherencia entre las distintas normas, optando, además, por establecer una regla que parece generalizarse para todas las operaciones y que consiste en excluir su impugnación una vez que hayan sido inscritas en el Registro mercantil. Así, con claridad, el art. 263-29, relativo a la “*impugnación de la fusión*”, dispone, en su primer apartado, que: “*El acuerdo de fusión podrá ser impugnado antes de la inscripción en el Registro Mercantil. Una vez inscrita, la fusión no podrá ser impugnada*”. Lo mismo se establece en el art. 263-49 para la fusión transfronteriza, así como el art. 265-14 en relación a la cesión global. Respecto a la transformación y al traslado internacional del domicilio social no prevé ninguna norma específica, pero habrá que entender, siguiendo lo dispuesto para las restantes operaciones, que tampoco cabe su impugnación una vez que se hayan inscrito.

Por otro lado, hay que destacar que el art. 263-31 del Anteproyecto, que reproduce su homónimo de la Propuesta, regula el “*derecho a la indemnización*”, previendo, en su primer apartado, que “*la nueva sociedad o la sociedad absorbente responderán de los daños y perjuicios que la fusión hubiera causado a los socios o a los terceros, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieran incurrido los administradores*”. Su apartado segundo establece que “*la acción para exigir a la nueva sociedad o a la sociedad absorbente la indemnización de los daños y perjuicios prescribirá a los cinco años desde la inscripción de la fusión*”. La norma resulta, por consiguiente, más precisa que la actualmente contenida en el art. 47.1 de la LME, que se limita a indicar que: “*Quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados*”. Sería deseable que también se incluyera una previsión sobre esta posible acción de indemnización de daños y perjuicios en el caso de la cesión global, o mejor, aún, que se generalizase su régimen a las distintas modificaciones estructurales³².

Asimismo, hay que destacar que en el Anteproyecto, siguiendo el criterio de la Propuesta, desaparece la previsión que, como novedad, se incorporó en el art. 38 de la LME reconociendo la posibilidad de que el socio que se considere perjudicado por la relación de canje pueda solicitar del registro mercantil el nombramiento de un nuevo experto independiente que fije la cuantía de una indemnización compensatoria, siempre que así se prevea en los estatutos o se decidiese expresamente por la junta que apruebe la fusión o la escisión. Como era previsible, este mecanismo, que se inspira lejanamente en el Derecho alemán, no ha tenido aplicación virtual en estos años de vigencia, porque,

³² La carencia en relación a la cesión global es advertida por el *Informe al Anteproyecto de Ley de Código Mercantil*, de 30 de septiembre de 2014, del Consejo General del Poder Judicial, p. 25, dónde, con razón, se señala que: “*Con la regulación actual, el art. 90 LME, en la medida en que se remite para la impugnación de la cesión global a lo previsto en el art. 47 LME para la impugnación de la fusión, permitía la acción de responsabilidad. Sería bueno prever también esta posibilidad, y regularla en igual sentido que en la fusión*”.

en suma, su actual diseño no encaja bien en nuestro sistema. Por ello, no hay que lamentar que desaparezca en la regulación proyectada, pues su correcto ensamblaje en nuestro ordenamiento requeriría una mayor reflexión sobre los distintos aspectos conexos que convendría regular para dotarlo de una correcta funcionalidad. El principal pasaría por determinar, como en el Derecho alemán, si el mecanismo resulta excluyente de la posibilidad de impugnar el acuerdo social mediante el que se apruebe la modificación estructural³³.

7. OPOSICIÓN DEL GOBIERNO A OPERACIONES TRANSFRONTERIZAS

Otro aspecto en el que se introducen novedades es en la regulación de la facultad del Gobierno español de oponerse, por razones de interés público, a ciertas operaciones de modificación estructural transfronterizas. En el Anteproyecto, al igual que en la Propuesta, esta potestad se integra como contenido único del último Capítulo del Título sobre modificaciones estructurales (Cap. VI, relativo, según su rúbrica, a la “*Oposición del gobierno a operaciones transfronterizas*”). Este Capítulo se compone de un solo precepto, el art. 266-1, intitulado “*Oposición del gobierno por razones de interés público*”. Como tal, el Capítulo no tiene precedente en la LME, si bien sí lo tiene el mecanismo previsto (art. 58 LME). De ahí, que no se justifique en la Exposición de Motivos propiamente como una novedad, sino como “*(...) un mecanismo limitado de oposición del Gobierno (...) asimilable al que ya está contemplado en otros supuestos de efecto equivalente*”. Se hace referencia al art. 58 de la LME y al mecanismo contemplado en la LSC ante el traslado del domicilio, de España a otro Estado miembro, de una SAE (art. 464 LSC), así como frente a la participación de una sociedad española en la constitución, mediante fusión, de una SAE (art. 466 LSC). Estas previsiones trajeron causa, respectivamente, de la Directiva 2005/56/CE sobre fusiones transfronterizas europeas (art. 4) y del Reglamento (CE) n° 2157/2001 sobre SAE (art. 19)³⁴. En concreto, el art. 266-1 del Anteproyecto dispone que: “*1. Las normas legales que permitan al Gobierno español o a otras autoridades administrativas competentes oponerse o imponer condiciones por razones de interés público a una fusión interna, serán también de aplicación a las fusiones transfronterizas en las que, al menos, una de las sociedades que se fusionan esté sujeta a la ley española y la nueva sociedad vaya a tener o la sociedad absorbente tenga su domicilio en otro Estado que no sea miembro de la Unión Europea. 2. El Gobierno podrá oponerse o condicionar el traslado del domicilio de una sociedad española fuera del territorio de la Unión Europea cuando*

³³ *Vid.*, para mayores consideraciones, CASTAÑER, J., “La solución extrajudicial de controversias acerca del tipo de canje en la fusión y escisión de sociedades de capital (análisis del Artículo 38.II LME)”, *RdS*, N° 39, 2012, pp. 129 y ss.; RECAMÁN, E., “La responsabilidad de los administradores en relación con la determinación del tipo de canje en la fusión”, *RdS*, N° 39, 2012, pp. 107 y ss.

³⁴ Sobre el art. 58 LME y el mecanismo de oposición en relación a la SAE, *vid.* TAPIA HERMIDA, A.J., “Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y Régimen jurídico Aplicable. Fusiones extracomunitarias”, en RODRIGUEZ ARTIGAS, F., et al. (Dirs.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, T. I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 846-848.

concurran los mismos supuestos en los que las normas legales permitan oponerse o imponer condiciones a las fusiones transfronterizas”.

La regulación proyectada presenta, a nuestro modo de ver, algunos aciertos frente al actual art. 58 LME, como es su incardinación sistemática en un Capítulo específico, la extensión de la potestad gubernamental a otras autoridades administrativas competentes, así como su mayor claridad de alcance, pues se permite no sólo “*imponer condiciones*” a las fusiones transfronterizas, como hasta ahora reconoce el art. 58 LME, sino también, como la Directiva permite, “*oponerse*” a las mismas³⁵. No obstante, también presenta dos aspectos discutibles, además de la dificultad operativa que puede tener la extensión del mecanismo de oposición al traslado internacional del domicilio “*cuando concurran los mismos supuestos*” que en la fusión. El primero es que ignora otras operaciones de modificación estructural reconocidas en nuestra legislación que igualmente pueden ser transnacionales, como la escisión y la cesión global de activos y pasivos (v. art. 264-6.2 y art. 265-4 APCM), y que, por supuesto, también pueden tener parecidos efectos de deslocalización nacional y afectar a los intereses públicos³⁶. El

³⁵ El requisito fundamental al que se condiciona la validez de la posible oposición gubernamental o administrativa a las operaciones transfronterizas es la concurrencia de una razón de interés público que también resultase relevante en el caso de las operaciones internas, lo que excluye una interpretación particularista en cada caso y supone la aplicación de las mismas circunstancias que permiten oponerse o condicionar las operaciones internas, lo que remite, acertadamente, a las “*normas legales que permitan al Gobierno español o a otras autoridades administrativas competentes oponerse o imponer condiciones por razones de interés público a una fusión interna*”. De ahí que, en nuestra opinión, no resulten convincentes las críticas de la CNMC, que en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil* señala a este respecto (pg. 14) que “*no se desarrollan siquiera mínimamente las causas que podrían alegarse (...)*”, recomendando “*a fin de evitar la existencia de un margen tan amplio de discrecionalidad*” que se subordinen las facultades de oposición a “*requisitos objetivos, expresos y suficientemente justificados*”. Entre otras normas que actualmente podrían permitir al Gobierno o autoridades administrativas condicionar u oponerse a la realización de operaciones internas por razones, en suma, de interés público, cabe recordar que se encuentra la Disp. Ad. 9^o de la *Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC*, relativa a adquisiciones en el sector energético y que considera “*activos estratégicos*” las centrales térmicas nucleares y las centrales térmicas de carbón de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional, así como las refinerías de petróleo, los oleoductos y los almacenamientos de productos petrolíferos. También cabe recordar, entre otras normas, la Disp. Ad. 12^a de la *Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*, que prevé la “*autorización de operaciones de modificación estructurales*” y atribuye al Ministro de Eco. y Competitividad la facultad de autorizar las operaciones de fusión, escisión o cesión global o parcial de activos y pasivos en las que intervenga un banco. En materia de defensa de la competencia, la potestad de oposición nacional hay que entenderla exceptuada, de conformidad con la Directiva [art. 4.1.b)] en el caso de las concentraciones de dimensión comunitaria, pues la competencia sobre su control corresponde a la Comisión Europea. *Cfr.* art. 21 del Regl. No 139/2004 del Consejo de 20.1.2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, que, por otro lado, menciona como “*intereses legítimos*” protegibles por los Estados “*la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales*”.

³⁶ Si nos atuviéramos sólo a la rúbrica del Cap. VI y del art. 266-1, el ámbito de la potestad de oposición nacional podría abarcar una mayoría de modificaciones estructurales, pues en principio no se hacen distinciones y cabe la realización de fusiones, escisiones (art. 264-6.2) y cesiones globales transfronterizas (art. 265-4), con independencia del traslado internacional de domicilio, que, por su propia idiosincrasia, es una operación transnacional. Sin embargo, el texto del artículo proyectado se circunscribe claramente a la fusión y al traslado internacional de domicilio, lo que es una solución discutible considerando el conjunto de operaciones de modificación estructural que, siguiendo el criterio amplio de la LME, acoge el Código. Ello probablemente se deba a un mimético doble *trasvase normativo*, en la medida que, por un lado, a nivel comunitario sólo se ha regulado la fusión como operación transfronteriza, aparte de las

segundo es que el Anteproyecto, restringiendo el ámbito del art. 58 LME y el criterio de la Propuesta de Código, circunscribe el mecanismo a las operaciones transfronterizas extraeuropeas, ignorando que los intereses públicos también podrían justificar una eventual oposición frente operaciones europeas. En este sentido, la propia Directiva sobre fusiones transfronterizas incluso aclaraba que de las legislaciones nacionales pueden resultar restricciones a la libertad de establecimiento o de circulación de capitales, siempre y cuando “*dichas restricciones se puedan justificar de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en particular, por razones de interés general, y sean necesarias y proporcionadas para el respeto de dichas exigencias imperativas*” (Considerando 3)³⁷.

Como consecuencia del planteamiento seguido en estos dos aspectos, el art. 266-1 del Anteproyecto viene a dejar algunas dudas abiertas. La principal es si cabría la extensión del mecanismo a las operaciones no expresamente incluidas y que de considerarse excluidas podrían servir para eludir su aplicación³⁸. Por ello, sería preferible una redacción del art. 266-1 más abierta, y que tuviera, por ejemplo, el siguiente tenor: *Las normas legales que permitan al Gobierno español o a otras autoridades administrativas competentes oponerse o imponer condiciones por razones de interés público a operaciones de modificación estructural internas, podrán ser de aplicación a las operaciones transfronterizas, en el marco de las normas de Derecho europeo*. De este modo, a los efectos de una oposición justificada en intereses públicos, resultaría indiferente la modalidad de operación de modificación estructural realizada, así como que ésta fuera intracomunitaria o extraeuropea, al tiempo que resultaría claro, aunque ello en rigor no resulte indispensable explicitarlo, que la potestad nacional

previsiones sobre la SAE, que también se refieren al traslado, y, por otro lado, la acción codificadora pretende, principalmente, trasvasar la LME, que se circunscribe en este punto a la fusión transfronteriza (art. 58 LME).

³⁷ Esta limitación es, quizá, más difícil de explicar que la primera, pues representa una solución más restrictiva frente al criterio de la LME (art. 58) y de la Propuesta de Código, que no distinguía entre operaciones intracomunitarias y extracomunitarias. El art. 266-1 de la Propuesta establecía que: “*1. Las normas que permitan al Gobierno español o a otras autoridades administrativas competentes oponerse o imponer condiciones por razones de interés público a una fusión interna, serán también de aplicación a las fusiones transfronterizas en las que, al menos, una de las sociedades que se fusionan esté sujeta a la ley española y la nueva sociedad vaya a tener o la sociedad absorbente tenga su domicilio en otro Estado distinto. 2. Cuando concurran los supuestos en los que las normas previstas en el apartado anterior le permiten oponerse o imponer condiciones a las fusiones transfronterizas, el gobierno podrá oponerse o condicionar el traslado del domicilio social de una sociedad de capital registrada en territorio español que suponga un cambio de legislación aplicable*”. El cambio de criterio en el Anteproyecto quizá se deba al deseo de orillar cualquier duda de compatibilidad con el Derecho europeo, pero una completa renuncia de soberanía nacional frente a operaciones europeas no se sustenta, en realidad, en los textos europeos, dado que, con las reservas que la propia Directiva establece, también cabría en ciertos casos oposición frente a operaciones europeas por razones de interés público.

³⁸ De mantenerse en sus actuales términos el art. 266-1, podría interpretarse que quedan, en principio, fuera de su ámbito tanto la escisión transfronteriza como la cesión global internacional, lo que corroboraría la Ex. de Motivos del Anteproyecto –antes también de la Propuesta–, pues en ella se destaca que se ha introducido como cuestión final un mecanismo limitado de oposición del Gobierno “*en ciertos casos de fusión y de traslado del domicilio*”. No obstante, la escisión y la cesión global, de considerarse excluidas, podrían servir para eludir la aplicación del mecanismo. Cuestión análoga podría plantearse en el caso de operaciones europeas, pues también se excluyen del ámbito del art. 266-1.

queda, en cualquier caso, subordinada a los límites que impone el marco de la Unión Europea.

8. OTRAS NOVEDADES EN EL RÉGIMEN DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

Otras novedades de la regulación proyectada que suponen modificaciones destacables respecto a la LME son las siguientes:

- a) En relación a la transformación, además de reordenarse, como habíamos indicado, los supuestos posibles (art. 261-2 a 261-6), se excluye de modo expreso la transformación de una sociedad con capital social no cubierto por el patrimonio social (art. 261-17.3), y, por otro lado, se prevé que aunque el acuerdo de transformación se adopte por unanimidad en junta universal, la información correspondiente debe ponerse a disposición de los socios al menos en el momento de constitución de la junta la correspondiente documentación (art. 261-8.3). Esta última norma contrasta con el actual artículo 9.3 de la LME, según el cual: *“No será precisa la puesta a disposición o envío de la información (...) cuando el acuerdo de transformación se adopte en junta universal y por unanimidad”*. El informe de los administradores también cambia algo de contenido (art. 261-8).
- b) En relación a la fusión se reduce el plazo de vigencia del proyecto de seis a tres meses desde su fecha (art. 263-8.3). En algunas operaciones tal reducción obligará a extremar los tiempos. Por otro lado, el contenido del proyecto de fusión, que fue ampliado por la LME (art. 31), presenta sólo cambios menores (art. 263-9). En concreto, cabe destacar que en la Propuesta se suprimía un aspecto que, aún sin relación con las condiciones económicas de la operación, cohonestaba su realización con otros avances recientes de nuestro Derecho, como la igualdad de género. En el Anteproyecto no se recupera la referencia a esta mención. No se entiende por qué se abandona, aunque se mantiene la referencia a la responsabilidad social corporativa, salvo que con ello quiera reflejarse un paso atrás en el avance con el que se relacionaba la mención (art. 75 Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres). El Anteproyecto sí ha armonizado con otras normas de nuestro ordenamiento la necesidad de que el tipo de canje se establezca sobre la base del *“valor razonable”* del patrimonio (art. 263-4.1) en vez de sobre la base de su *“valor real”*, que es lo que dispone el art. 21 LME y mantenía la Propuesta. El informe de los expertos independientes permanece regulado tal como quedó tras la reforma llevada a cabo por la Ley 1/2012, de 22 de junio, que pasó a exigirlo, para que nuestra legislación resultara más fiel a la Directiva sobre fusión, cuando alguna de las sociedades implicadas fuera anónima o comanditaria por acciones, y que, por otro lado, *reformó la reforma* llevada a cabo por la Disposición Final 3ª de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de capital, que pasó a hacer hincapié en las dos partes

diferenciadas del informe (justificación del tipo de canje e integridad del capital de la sociedad resultante). Una disposición nueva es el art. 263-27 (*Poderes*), que precisa que: “*Con la inscripción de la fusión se extinguirán los poderes que estuvieran vigentes en las sociedades que se extinguen, salvo que el proyecto de fusión establezca diversamente*”. Asimismo, se flexibiliza la fusión de sociedades en liquidación (art. 263-6), reconociéndose que puedan llevarse a cabo “*si no hubiera comenzado el pago de la cuota de liquidación entre los socios*” y que en este caso el acuerdo de fusión “*implica el de reactivación de la sociedad absorbente en liquidación*”. Por otra parte, cabe mencionar que el art. 263-21 reproduce el vigente art. 42 LME (*acuerdo unánime de fusión*), si bien sería deseable que se clarificarse, mediante una redacción más precisa, qué documentos en particular son prescindibles antes y después del acuerdo de fusión, así como que se suprimiera el requisito de que la junta en la que se adopte el acuerdo unánime tenga que ser, necesariamente, universal³⁹.

- c) En materia de escisión desaparecía de la Propuesta el art. 78 bis de la LME, que había sido añadido por la Ley 1/2012 y que primero introdujo el Real Decreto-ley 9/2012 en atención a lo dispuesto en el nuevo art. 22.5 de la Sexta Directiva sobre escisión tras su reforma por la Directiva de 2009. El art. 78 LME se titula “*simplificación de requisitos*” y dispone que en caso de escisión por constitución de nuevas sociedades, si las acciones, participaciones o cuotas de cada una de las nuevas sociedades se atribuyen a los socios de la sociedad que se escinde proporcionalmente a los derechos que tenían en el capital de ésta, no serán necesarios el informe de los administradores sobre el proyecto de escisión ni el informe de expertos independientes, así como el balance de escisión. Su desaparición planteaba una cuestión de adecuación comunitaria, por lo que el supuesto vuelve a reconocerse en el Anteproyecto (art. 264-12), que aclara, aunque en rigor resulte innecesario, que en el caso de constitución de sociedad anónima o comanditaria por acciones, es indispensable el informe de expertos sobre la realidad del capital social.
- d) *Cesión global*. En cuanto a la cesión global de activo y pasivo puede destacarse que, como novedad, siguiendo lo reclamado por la doctrina, se contempla la obligación de someter el proyecto de cesión a informe de experto independiente, que se exige cuando las sociedades cesionarias sean anónimas o comanditarias por acciones (art. 265-8). Con ello, la operación se equipara en mayor medida a la fusión y escisión, si bien la cesión continúa siendo, según el Anteproyecto, una operación que sólo exige, por regla, el acuerdo de la junta de socios de la sociedad cedente (art. 265-9), pero no así de la sociedad cesionaria.

³⁹ Vid. PULGAR, J., *op. cit.*, pp. 178-180; CABANAS, R., *Procedimientos simplificados de fusión de sociedades*, Bosch, Barcelona, 2010.

9. CONSIDERACIONES FINALES

La acción codificadora representa, como hay que concluir a la vista de los cambios que hemos visto que se incorporan, algo más que un mero “trasvase” del Derecho vigente, aunque sea cierto que en algunos aspectos se limite a trasladar la regulación contenida en la LME y ello resulte insuficiente. Así ocurre, señaladamente, además de con la traslación del art. 42 LME, a la que ya nos hemos referido, en punto a las “fusiones especiales”, que son las que antaño, denominábamos fusiones “abreviadas”, pero que ya no lo son tanto en la actualidad. El Anteproyecto no introduce modificaciones sustanciales en este subámbito, aún cuando quizá debería incorporar alguna para perfeccionar la regulación actual, pues se trata de un campo que, desde su previsión inicial en el escueto art. 250 de la LSA originario (absorción de sociedad íntegramente participada), ha ido experimentando adiciones de casos, en los que se profundizó al aprobarse la LME, dejando regulado el tema en cuatro preceptos más bien complejos y respecto de los que la doctrina, con toda la razón, viene indicando ciertas inconsistencias (arts. 49-52 LME)⁴⁰.

Por otra parte, algunas de las novedades y mejoras que se incorporan merecerían, como hemos visto, una revisión más a fondo, como sucede con el régimen de las operaciones *apalancadas* o el derecho de oposición de los acreedores. Lo deseable sería lograr “a la primera” un máximo acierto, pues no deja de ser preocupante que la LME haya resultado bastante más inestable que nuestro Derecho previo, y que sin llegar aún a un lustro de vigencia haya sido modificada en cinco ocasiones⁴¹. Puede que la inestabilidad sea más consustancial a los tiempos actuales que en el pasado, pero tampoco parecería muy propio de una obra codificadora que ésta fuera sometida a incesantes reformas recién aprobada. Por ello sería conveniente que antes de aprobarse el Código mercantil, que resulta, desde luego, una necesidad ineludible de cara a modernizar el conjunto de nuestro Derecho, se perfeccionase más si cabe el régimen de las modificaciones estructurales, primando soluciones que, ante todo, aporten la máxima seguridad jurídica. En este sentido, sería deseable, que, desde un punto de vista sistemático, se regulasen de modo común todos aquellos aspectos de las operaciones de modificación estructural susceptibles de previsión generalizada, como elementos del proyecto, los informes preceptivos, los acuerdos sociales, las operaciones apalancadas y las especiales, los derechos de titulares especiales distintos de las acciones o participaciones, el derecho de oposición de los acreedores, el régimen de impugnaciones, etc. Ello permitiría superar el carácter parcelado de la legislación actual y daría paso a una regulación de las modificaciones estructurales basada en una verdadera concepción global con la que nuestro ordenamiento ganaría en coherencia y seguridad jurídica.

⁴⁰ Vid. JUSTE MENCÍA, J., “Fusiones especiales”, en AAVV., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, RODRÍGUEZ ARTIGAS et al. (Dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, T. I, pp. 767 y ss.

⁴¹ La última en virtud *Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial* (Disp. Final 5ª, modificando el art. 50.1 LME en relación a las fusiones transfronterizas comunitarias).

EL ACCESO DE LA MUJER A LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES: IGUALDAD DE GÉNERO Y PODER DE DECISIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

MARÍA CRISTINA ESCRIBANO GÁMIR *

Resumen

En España, hoy día, la cifra de participación de las mujeres en los puestos de dirección de las empresas se sitúa en el 10% con relación a los puestos de los Consejos de Administración. En este estudio, se analizan las medidas de aceleración de este proceso que comprenden, tanto los Códigos de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, como las medidas legales de imposición o de proposición de cuotas de participación existentes en nuestro Derecho. Especial énfasis se otorga al estudio de la propuesta de Directiva COM (2012) 614 final, destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, y al análisis de las necesarias medidas que debieran adoptarse en el derecho español para su eventual transposición.

Contenido

1. Introducción. – 2. El Derecho de la Unión Europea: la propuesta de Directiva COM (2012) 614 final destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines. – 3. El Derecho español. – 3.1 Marco constitucional y jurisprudencia del TC. – 3.2 Informes y recomendaciones de Gobierno Corporativo. – 3.3 La Ley de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo. La norma del artículo 75. – 3.4 La trasposición de la Propuesta de Directiva al Derecho español: reflexiones.

1. INTRODUCCIÓN

La participación de las mujeres en los puestos de dirección de las empresas es, en general, un proceso que viene resultando lento, salvo excepciones en el entorno europeo. Tanto es así, que, como es conocido, no ha dudado, en calificarse de fracaso social. En España las mujeres apenas ocupan el 22% de los cuadros intermedios, el 11% de la alta dirección y algo más del 10% de los puestos en los Consejos de

* Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Administración¹. Por sectores el análisis es más elocuente, puesto que mientras en algunos el porcentaje se sitúa entre el 20 y el 22%, en otros, apenas el siete.

En nuestro país, ya en 2006 el Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas introdujo el debate público acerca de la necesidad de promover medidas para mejorar la presencia de mujeres en los órganos de dirección de las empresas, aunque no promovió cuotas ni umbrales mínimos. De este modo, otorgaba un amplio margen de maniobra a las empresas.

Sin embargo, resulta de interés el cambio de filosofía que se aprecia claramente en los redactores del texto. Sirvan las siguientes líneas del Código Conthe para introducir las páginas que siguen sobre esta materia:

Lograr una adecuada diversidad de género en los consejos de administración no constituye sólo un desafío en el plano de la ética, de la política y de la responsabilidad social corporativa; es también un objetivo de eficiencia que las sociedades cotizadas deben plantearse, al menos a medio plazo. Desaprovechar el potencial talento del 51% de la población –las mujeres- no puede ser económicamente racional en el conjunto de las grandes empresas de nuestro país.

2. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPA: LA PROPUESTA DE DIRECTIVA COM (2012) 614 FINAL DESTINADA A MEJORAR EL EQUILIBRIO DE GÉNERO ENTRE LOS ADMINISTRADORES NO EJECUTIVOS DE LAS EMPRESAS COTIZADAS Y POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS AFINES

Estudiar el Derecho de la UE, en su magnífica amplitud, excede el ámbito de estas páginas. A pesar de ello, resulta evidente su necesaria inclusión, por lo que vamos a intentar referirnos a él deteniéndonos un poco más en la Propuesta de Directiva 2012 que, seguramente, alumbrará el compromiso de todos los Estados de la Unión en materia de la composición equilibrada de géneros en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles.

Durante varias décadas, los Estados miembros (en adelante, EEMM) y las instituciones de la UE han realizado intentos numerosos para promover la igualdad de género en los Consejos de Administración de las empresas. La UE ha dictado varias Directivas y Recomendaciones. Sin duda ha resultado esencial el que el Tribunal de Justicia de la Unión haya declarado el derecho a la igualdad como un principio fundamental del Derecho comunitario, sobre todo si el mismo se ha acompañado de la prohibición de discriminación, como ha venido estando en el ordenamiento de la UE².

¹ Fuente El País, Negocios, 12-5-2013, p. 3. Vid., asimismo, entre otros el informe ISOTÈS, *La mujer directiva en España = Women as leaders*, PricewaterhouseCoopers, 2012, p. 14 y ss. Donde se subraya que tan sólo un 31% cuenta con alguna mujer en sus Consejos de Administración, a pesar de la Ley de Igualdad de 2007.

² Como señala HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación de los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles españolas (artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 108, el reconocimiento del principio de igualdad se produjo antes en la UE que el de la tutela de los derechos humanos. *La estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades*, publicada

El Tratado de Maastricht y el de Amsterdam avanzan en esta línea imparable, como es el caso del art. 12. Este último autoriza al Consejo a adoptar medidas contra la discriminación por sexo.

Ya en el cambio de siglo, la UE reiteró su apoyo para lograr una mayor participación de la mujer en puestos de responsabilidad en su Carta de la Mujer³.

El Parlamento de Europa ha pedido a empresas y EEMM que incrementen la inclusión de mujeres en los órganos de decisión, invitando, a su vez, a la Comisión a presentar propuestas legislativas para lograr que en el 2015 las mujeres participaran en los Consejos en un 30%, y, en 2020, ascender en una cuota del 40%.

El 5 de marzo de 2012 la Comisión comunica que está trabajando con distintas opciones para romper “el techo de cristal” en favor de las mujeres en los Consejos de Administración de las empresas. Sin embargo, en octubre, Bruselas paraliza la imposición del 40% de mujeres en los Consejos. La razón fue una división interna en la Comisión.

El 14 de noviembre de 2012 la Comisión propone ya un objetivo del 40% de presencia de mujeres en los Consejos de Administración de las empresas cotizadas para puestos no ejecutivos.

La Propuesta en la que, seguidamente, nos detendremos se propone alcanzar el objetivo del 40% en 2020.⁴ Por su parte, las empresas públicas contarán con un plazo menor: hasta el 2018.

El objeto de la Propuesta de Directiva⁵ es aumentar substancialmente el número de mujeres en los Consejos de Administración de toda la UE. Establece un sistema de cuota, en cuya virtud la presencia de las mujeres se exige en un 40% entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas.

La **base jurídica** de la Propuesta es el art. 157, apartado 3, del TFUE. Contribuye al respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En cuanto a esta última, la actuación de la UE se estima adecuada al fin, correcta en la valoración coste y beneficio y, finalmente, justificada.

En cuanto a la fuente formal, “se trata de una armonización mínima para fijar unos objetivos comunes, dejando a los EEMM la libertad suficiente para determinar cómo alcanzarlos mejor a nivel nacional”. De este modo, (considerando 38) “la Directiva no se excede de lo necesario (...)”.

Ya en cuanto al **régimen**, en el art. 1 de la Propuesta de Directiva se fija el sujeto destinatario de la acción: los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas en bolsa. Por lo que se refiere a la elección de la entidad, obsérvese que la norma habla de “empresa”, no de sociedades.

por la UE en el marco de su Agenda Social 2005-2010, así como el *Plan de trabajo para la igualdad entre mujeres y hombres para el período 2006-2010*, dan cuenta del interés de las Instituciones europeas en la materia.

³ COM (2010) 78 final.

⁴ El cálculo de empresas afectadas en la UE se estima en unas 5000

⁵ Las principales características de la Propuesta pueden verse, asimismo, en PÉREZ TROYA, A. , “La incorporación de la perspectiva de género en el Derecho Mercantil”, *RDM*, nº 288, abril-junio 2013, pp. 62-67.

La Directiva se adapta así perfectamente a la estructura de los Consejos de Administración tanto de sistema dualista, monista como mixto. Y, en cuanto a los administradores, la definición abarca a todos los no ejecutivos; con la finalidad de minimizar las injerencias en la gestión diaria de las empresas.

Siendo cierto lo anterior, la tendencia a equilibrar los Consejos desde la responsabilidad no ejecutiva -aunque comprensiva- no deja de causar cierta extrañeza. Es cierto que la norma comunitaria es de mínimos⁶ y, por ello, los EEMM podrán ampliar la obligación a otros o a todos los diferentes tipos de consejeros⁷. Sin embargo, son los ejecutivos donde se encuentra el núcleo del poder y decisión y es quizá aquí donde hubiera sido significativa la representación paritaria⁸.

El sujeto destinatario de la obligación es la cotizada, por tratarse de empresas con gran importancia económica, visibilidad y eje de la normativa del Derecho Privado.

La cuota establecida es del 40% para el género menos representado o la cifra más próxima a este porcentaje, pero sin exceder del 49%.

En consonancia con lo señalado por el TJUE⁹, la Propuesta hace referencia a la necesidad de conciliar los dos conceptos de igualdad formal de trato y acción positiva dirigidos a lograr la igualdad de hecho; ambos reconocidos en la Carta, así como en el artículo 157 del TFUE y el artículo 3 de la Directiva 2006/54/CE¹⁰.

La Propuesta se fija también unos plazos adecuados (art,5) : antes del 1 de enero del 2020 o, tratándose de empresas públicas, antes del 1 de enero del 2018.

Por lo que se refiere a las sanciones, el artículo 6 de la Propuesta no establece ninguna. Obliga, en cambio, a los EEMM a fijarlas. Éstas deberán ser efectivas, proporcionales y disuasorias y, entre ellas, podrán estipularse multas administrativas, así

⁶ Si bien en su Considerando 20 la Propuesta utiliza los términos “los objetivos cuantitativos establecidos en la presente Directiva **sólo deben aplicarse a los administradores no ejecutivos** con el fin de lograr un equilibrio adecuado entre la necesidad de aumentar la diversidad de género en los consejos (...) y la necesidad de minimizar las injerencias en la gestión diaria de la empresa (...)”.

⁷ Vid. El artículo 7 de la Propuesta –*Requisitos mínimos*–, según el cual los EEMM “podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables que las establecidas por la presente Directiva para garantizar una representación más equilibrada (...) en lo que se refiere a las empresas constituidas en su territorio nacional, a condición de que no generen una discriminación injustificada ni supongan un perjuicio para el buen funcionamiento del mercado interior”.

⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Consejeros independientes: sobre su retribución y otros aspectos importantes, tanto o más”, en EL BLOG DE JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, <http://jsanchezcalero.blogspot.com.es/2010/02/consejeros-independientes-sobre-su.html>.

Para las clases de Consejeros puede verse ESTEBAN VELASCO, G., “Reorganización de la composición del consejo: clases de consejeros, en particular los consejeros independientes (Recomendaciones 7 y 9 y 15)”, *RdS*, nº 27, 2006-2, pp. 107 y 108.

⁹ No podemos en estas páginas detenernos en la Jurisprudencia del TJUE, puede verse HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación...*, *op. cit.*, pp.145-156. Debe advertirse, con la autora, que, no obstante, la línea jurisprudencial del mencionado Tribunal, se le ha criticado por cierta rigidez, toda vez que utiliza términos poco flexibles e, incluso, en algún caso –Kalanke–, sentó unos límites rigurosos de la acción positiva legítima.

¹⁰ Estos criterios son:

- A) Las medidas deben referirse a un sector en el que las mujeres estén menos representadas.
- B) Sólo puede darse prioridad a las candidatas femeninas que tengan la misma cualificación que los candidatos masculinos.
- C) No deber darse prioridad automática o condicional a los candidatos que tengan la misma cualificación, sino que deben incluir una cláusula de salvaguardia que establezca la posibilidad de aplicar excepciones en casos justificados, teniendo en cuenta la situación individual, en particular, la situación personal de cada candidato.

como la nulidad o anulabilidad, pronunciada por órgano judicial, del nombramiento o elección “irregular”. Para la transposición de la norma los Derechos nacionales tienen un plazo de dos años desde la adopción.

Por fin, el 14 de octubre de 2013, la Comisión de los Derechos de la Mujer y la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento europeo, han votado por 40 votos a favor, 9 en contra y 2 abstenciones, el Proyecto.

3. EL DERECHO ESPAÑOL

3.1. Marco constitucional y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En el artículo 14 de la Constitución española (en adelante, CE) no sólo está recogido el principio general de la igualdad ante la ley, sino que contiene también una serie de motivos de prohibición de la discriminación que están cualificados por su motivación y entre los que aparece incluida la discriminación por razón del sexo¹¹.

En la STC 128/1987 de 16 de julio¹², ya se explica que la inclusión de esta discriminación en el art.14 CE obedece a la “voluntad de terminar con la histórica de situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina” (FJ 5). En esta misma Sentencia se afirma ya la constitucionalidad de medidas correctoras que vengan a paliar tal situación de inferioridad -que incluso pueden venir exigidas desde nuestra definición constitucional como Estado social y democrático de Derecho (art.1.1 CE)- y que conectan con el mandato contenido en el art.9.2 CE y dirigido a los poderes públicos para la promoción de condiciones que hagan que la igualdad sea real y efectiva¹³. Con más claridad y contundencia se expresará la STC 229/1992, de 14 de diciembre, en cuyo F.J.2, se señala el contenido paritario que implica la prohibición de discriminación entre sexos. Éste exige, de una parte, el respeto de las posiciones paritarias, cuando ya existen, y, de otra, legitima la adopción de medidas amparadas en el art.9.2 CE que conduzcan a dicha paridad real, hablando ya de un “derecho desigual igualatorio”. Por la claridad y contundencia de estas manifestaciones del TC merece la pena reproducirlas: “A diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya ex Constitutione que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de

¹¹ LÓPEZ GUERRA, L. “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978”, en *Mujer y Constitución en España.*, CEPC, Madrid, 2000, p. 24.

¹² BALAGUER CALLEJÓN, M. L. “Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico constitucional español”, en *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid, 2000, p. 389, destaca la introducción en esta STC del criterio de igualdad sustancial frente a anteriores sentencias (STC 81/82) basadas en el concepto de igualdad formal

¹³ LOPEZ-GUERRA, L., “Igualdad, no discriminación ...”, *op. cit.*, p. 33, destaca la importancia de esta triple conexión entre los arts. 14.1 y 9.2 CE en la constitucionalidad de las medidas de discriminación inversa y acción positiva. En igual sentido, CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del TC”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 84, abril-junio 1994, pp. 281 y 282.

modo que la distinción entre sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre varones y las mujeres también en la materia de empleo (...). Se justifican, así, constitucionalmente medidas a favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, y en la medida en que estos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer” (FJ.2).

Hasta aquí, hay varios elementos destacables de esta jurisprudencia constitucional: De un lado, la recepción en el artículo 14 del rechazo a la histórica situación de inferioridad de la mujer, la llamada desde la Constitución a un trato paritario entre los sexos y la habilitación a los poderes públicos de medidas que reequilibren en beneficio de tal paridad situaciones reales de desigualdad. De otro, la exigencia de que para que estas medidas de reequilibrio sean constitucionalmente legítimas, deben basarse en una situación de inferioridad constatada por la realidad social y que dichas medidas tengan una adecuación de medios y resultados para el fin que persiguen.

Señalado lo anterior y ya en cuanto a la materia objeto de este estudio, la imposición de una cuota que garantice la presencia efectiva de la mujer en el seno de un colectivo o de una actividad ha sido también objeto de examen específico por el TC.

En la STC 12 /2008, de 29 de enero¹⁴, el Tribunal abordó el tema del establecimiento de una cuota mínima del cuarenta por ciento de presencia de cada uno de los sexos en las listas electorales de los partidos políticos y las agrupaciones de electores contenida en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.¹⁵

Para el Tribunal, la respuesta a la legitimidad de dicha medida debía ser buscada “tanto en el análisis del mandato de sustantivización de la igualdad formal contenido en el art. 9.2 CE, como en la configuración constitucional de los partidos políticos” (FJ.4).

En relación al primer aspecto, recuerda la doctrina de la STC 216/1991, FJ. 5, en la que se manifiesta que la igualdad, como valor superior del ordenamiento constitucional contenida en el art.1.1 CE, se extiende más allá de la igualdad de carácter formal contenida en el art.14 que prohíbe la generación de desigualdades arbitrarias y comprende también la igualdad sustancial que se deriva del art.9.2 CE. Existe, de este modo, una complementariedad entre la proscripción de acciones discriminatorias y las acciones de favorecimiento de la igualdad material.

¹⁴ Un comentario a esta sentencia en REY MARTÍNEZ, F., “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del TC español”, en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, nueva serie XLIII, nº 129, septiembre-diciembre 2010, pp. 1362-1367.

¹⁵ Adelantándose a argumentos favorables al sistema de cuotas electorales recogidas luego por el TC, TRUJILLO, M. A., “La paridad política”, en *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid, 2000, pp. 380-382 y BALAGUER CALLEJÓN, M. L., “Desigualdad compensatoria...”, *op. cit.*, pp. 394-398. En contra de la introducción de cuotas en el sistema de representación política, ARANDA ÁLVAREZ, E. *Cuota de mujeres y régimen electoral*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 19, Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 2001, en particular, pp. 90 y 94.

Esta perspectiva del art. 1.1 CE tiene relevancia, en cuanto que el TC la considera “un fundamento axiológico para la comprensión del entero orden constitucional” (FJ.4), lo que permite extender este enjuiciamiento de principio más allá del caso concreto de las listas electorales. En el mismo sentido extensivo del concepto de igualdad sustancial a todo el ámbito del ordenamiento constitucional más allá del ámbito electoral, el TC destaca que esta igualdad sustantiva, “no sólo facilita la participación efectiva de todos en los asuntos públicos sino que es un elemento definidor de la noción de ciudadanía”. (FJ.4). Es decir, que **la igualdad sustancial es un predicamento referido al individuo**, en cuanto ciudadano, que habilita a ser aplicada en todo tipo de relación jurídica, económica o social contemplada en el seno de la Constitución.

En su aplicación al ámbito de los partidos políticos, el TC entiende que, derivado de su condición constitucional de instrumentos para la participación política (art.6 CE), es lícito desde una perspectiva constitucional que el legislador se sirva de ellos “para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida en el art.2 CE” (FJ.5). Porque, en definitiva, es constitucional la traslación paritaria de la composición de la sociedad en cuanto a sexos a la composición de la representación política, en la medida en que dicha paridad es el substrato necesario para una representación integradora que es “irrenunciable” con relación a una sociedad así compuesta.

También el tema de la cuota aparece estudiado en la STC 13/2009, de 19 de enero, con relación a la Ley del Parlamento Vasco 4/ 2005, de 18 de febrero, para la igualdad de hombres y mujeres¹⁶. El TC entiende que, en tanto que la propia Ley vasca prevé que tal participación parte de la premisa de que los hombres y mujeres que integren los mencionados órganos administrativos deben contar con la capacitación, competencia y preparación adecuada, tal medida es conforme -en aplicación de lo ya sentado en la STC 12/2008- con el mandato constitucional de promoción de la igualdad efectiva contenida en el art.9.2 CE (FFJJ. 3,4 y 5).

En segundo lugar, la Ley vasca establecía que las candidaturas deberán estar integradas por al menos un cincuenta por ciento de mujeres. Para el TC esta medida encuentra su justificación “en cuanto pretende corregir una situación histórica de discriminación de la mujer en la vida pública, cuya realidad no necesita, por su evidencia, mayor acreditación” (FJ.11).

La conclusión final de esta jurisprudencia no puede ser otra que la asunción por parte del TC, en primer lugar, de la constitucionalidad de las medidas de discriminación positiva a favor de la mujer como desarrollo de los artículos 1,1, 9.2 y 14 de la CE, que preconizan el principio de igualdad sustancial. En segundo lugar, el propio Tribunal ha entendido que, cuando estas medidas han asumido la forma de cuotas mínimas de participación -tanto referidas a ambos sexos, como sólo a la mujer-, a través de ellas se procedía a una corrección de una situación histórica de discriminación de la mujer. Finalmente, el TC, ha considerado que el ámbito de la representación política y de la Administración pública son escenarios en los que concurre válidamente la expresión de

¹⁶ Destaca también los elementos novedosos de esta sentencia, con relación a la STC 12/2008, REY MARTÍNEZ, F., “Igualdad entre mujeres...”, *op. cit.*, pp. 1367-1369.

la igualdad sustancial predicada desde el art.9.2 CE. **No se ha pronunciado, sin embargo, sobre la constitucionalidad de la imposición de cuotas de participación en entidades que no persiguen un fin esencialmente público**, aunque cabe señalar que sí se ha predicado la igualdad sustancial como un elemento del Estado social y de Derecho, que, como tal, representa un fundamento axiológico para el conjunto del ordenamiento constitucional y que no sólo facilita la participación efectiva en los asuntos públicos, sino que es “un elemento definidor de la noción de ciudadanía” (STC 12/2008, FJ.4).

3.2 Informes y Recomendaciones de Gobierno Corporativo

La igualdad entre hombres y mujeres en la empresa, en general, y la participación de éstas en su órganos de dirección, en particular, constituye un objetivo típico de la responsabilidad social de las empresas y otro tanto puede afirmarse respecto del gobierno corporativo¹⁷. Habrá que esperar hasta el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas -el llamado Código Conthe-, de 19 de mayo de 2006, para hallar recomendaciones en materia de diversidad de género. No es posible hacer referencia en estas páginas a los Informes Olivencia y Aldama, que pasaron por alto la adecuada diversidad de género.

En el mencionado Código Conthe, sí hallamos un tratamiento sobre el necesario equilibrio de género en los Consejos de Administración de las sociedades cotizadas. Así en la Recomendación, nº 15, se dice:

Que cuando sea escaso o nulo el número de consejeras, el Consejo explique los motivos y las iniciativas adoptadas para corregir tal situación; y que, en particular, la Comisión de nombramientos vele para que al proveerse nuevas vacantes:

- a) Los procedimientos de selección no adolezcan de sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras;
- b) La compañía busque deliberadamente, e incluya entre los potenciales candidatos, mujeres que reúnan el perfil profesional buscado.

En sus Principios Básicos, donde informa de las características del Código, se declara la *Voluntariedad, con sujeción al principio de “cumplir o explicar”*. Nos encontramos en el ámbito de la autorregulación y del *soft law*. Se trata, como es sabido,¹⁸ de reglas que intentan establecer estándares de actuación en ámbitos que, por su complicación de intereses, no aceptan bien una regulación estricta. De ahí, que suela recurrirse a esta vía de regulación.¹⁹

¹⁷ En España, la Ley de Igualdad enmarcó en la RSC la igualdad de hombres y mujeres, ya que dicha Responsabilidad Social integra aspectos laborales, derechos humanos, acción social y, naturalmente, el Gobierno Corporativo y sus resultados: los informes para dar respuesta a la eficacia, transparencia, agilidad y responsabilidad del gobierno de las sociedades.

¹⁸ EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, SALA FRANCO-BALLESTER PASTOR- BAÑO LEÓN- EMBID IRUJO-GOERLICH PESET (Coords.), La Ley, Madrid, 2008, p. 325.

¹⁹ Como recuerda HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación*, op. cit., p. 216, la naturaleza del Código fue criticada por la doctrina. Se entendió que “el principio de “cumplir o explicar”

El Código finalmente recoge la ya mencionada recomendación sobre diversidad de género para *hacer un esfuerzo adicional para que esa presencia llegue a la alta dirección y a los Consejos de Administración de las sociedades cotizadas*, invitando a las entidades con escasa presencia femenina en sus Consejos a *que realicen un esfuerzo deliberado para buscar posibles candidatas cada vez que deba cubrirse alguna vacante en el Consejo, especialmente para puestos de independientes*.

Sin embargo, los escasos resultados en materia de igualdad vienen reclamando normas imperativas que impulsen decididamente el proceso.

3.3 La Ley de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo. La norma del artículo 75

Como era de esperar, la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, de 22 de marzo de 2007, ha destinado el Título VII a la Responsabilidad social de las empresas y, en su seno, al impulso de la igualdad efectiva de hombres y mujeres. Para nuestro ámbito, es el artículo 75 el que establece la norma que pretende el equilibrio:

Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de Administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a media que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley.

El precepto es el resultado al que finalmente se llegó tras las críticas vertidas por determinadas instituciones y el mercado al Anteproyecto de la Ley. Brevemente, el proyectado artículo 70 establecía que las grandes sociedades procurarían incluir en sus Consejos de Administración un 10% anual de consejeras en un plazo de cuatro años, a medida que fueran venciendo los nombramientos designados antes de la entrada en vigor de la Ley.

El Consejo General del Poder Judicial consideró en su dictamen²⁰ - esencialmente- la importancia a la vez que la dificultad de hallar un equilibrio, pues la introducción de criterios de preferencia no pueden obviar los principios de los artículos 23 y 103.3 de la Constitución, lo que, sin embargo, tampoco puede significar la imposible introducción de fórmulas de promoción. Se trata de que lo previsto en el Anteproyecto no puede constituir un criterio único y determinante de la elección²¹.

de carácter anglosajón no es tan sencillo de traer a España, donde si una recomendación no es regla o Ley, no se cumple (...)"

²⁰ 26 de abril de 2006.

²¹ En el mismo sentido el TJUE, en algunos casos como Kalanke y Marshall. Así, admite la promoción de la igualdad de la mujer y, con ello, el establecimiento de acciones positivas pero, en ningún caso, estima que quepan cuotas rígidas, de aplicación automática. Además, habrá de producirse una valoración objetiva de candidatos. Vid. HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación*, op. cit., pp. 241 y 242.

El Consejo de Estado²² se inclinó por la mejor fórmula jurídica que representaban los Códigos de Buen Gobierno. La exigencia de cuotas prefijadas es incompatible –estimó– con los criterios de eficiencia, idoneidad, mérito y capacidad. En este sentido, no puede prevalecer el sexo sobre los mismos pues no sería aceptable sobre el interés general o el de competitividad de las empresas.

Sería, sin embargo, el Informe del Consejo Económico y Social el que ofrecería el criterio finalmente llevado a la Ley de Igualdad. Así, se suprimió el porcentaje mínimo y se aumentó el plazo de cumplimiento a ocho años.²³ Por fin, la Confederación española de Organizaciones Empresariales mostró su desacuerdo con la norma del art. 70 del Anteproyecto por la inseguridad jurídica de la técnica empleada, que estima contraria a toda medida legal al no tener en cuenta la especificidad de cada empresa, obligando a la introducción forzada de cuotas en función del sexo y prescindiendo del mérito, el talento y el valor añadido del consejero. Además –se añade– con la regulación propuesta se vulneraría el principio de libertad de empresa.

Llegamos así a la norma del art. 75 de la Ley de Igualdad que, a pesar del camino recorrido, suscita importantes problemas de interpretación. Imprecisa en su contenido, con técnicas jurídicas complicadas y diversas, falta de rigor técnico, etc. son las críticas más importantes que han realizado los autores²⁴.

En primer lugar, la naturaleza del propio instrumento normativo. En efecto, se presenta como una Ley Orgánica y, sin embargo, sólo tres preceptos la poseen.²⁵ El art. 75 no está entre ellos. A nuestro entender, no es necesario para la eficacia de la norma que tenga carácter orgánico, con lo que no tiene sentido una vestidura de fuerza que ni siquiera es real.

Dejando a un lado lo anterior y, ya en aspectos mercantiles, la primera cuestión se presenta en cuanto al **ámbito de aplicación** de la norma. Según, el general de la Ley, se circunscribe a cualquier empresa que tenga domicilio o residencia en nuestro país o que actúe en nuestro territorio. Sin duda, el legislador ha sido tan bienintencionado como fantasioso. Por qué razón una empresa extranjera va a tener que dotar de equilibrio a su consejo de administración en materia de género para poder operar en España, desoyendo el cumplimiento de otros requisitos fundamentales económicos, jurídicos, fiscales, financieros e, incluso, propios del ámbito de la RSC. Más aún, con qué instrumentos pensaba lograrlo nuestro legislador de igualdad.

Tampoco resulta fácil de administrar el **ámbito subjetivo**; esto es, qué sociedades y qué órgano de administración vienen obligados. En cuanto a lo primero, la Ley, así como el art. 75 se refieren a “sociedades mercantiles”. En concreto, las “obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada”. Desde luego, los términos no resultan equivalentes, si bien, no comparto la crítica de algún autor que

²² Dictamen del Consejo de Estado 803/2006, de 22 de junio.

²³ Sobre este informe, puede verse HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación*, *op. cit.*, pp. 244 y 245, y la bibliografía allí citada.

²⁴ Son muchas las opiniones que puede hallar el lector. Entre otras, relevantes, EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, pp. 324 y 325; HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación*, *op. cit.*, p. 253 y ss.

²⁵ Disposiciones adicionales, Primera, Segunda y Tercera.

sanciona la falta de armonía como grave²⁶. Desde luego la discordancia no es justificable, salvo porque, torpemente, la Ley hable en general de “sociedades mercantiles” –incluso por simplificación- y en las normas circunscriba el concepto²⁷. El legislador, como se ha señalado, “sale del amplio campo de los operadores económicos delimitado por la noción de empresa” para circunscribir su ámbito subjetivo a las sociedades y, dentro de ellas, a las mercantiles. Derechamente, quedarían fuera las asociaciones, las sociedades civiles, las cooperativas, las fundaciones, sindicatos, patronales...²⁸

De este modo, y como dice el art.75, las sociedades destinatarias de la norma son aquéllas obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada; es decir, las mercantiles de capital²⁹. Con la circunscripción de la norma obligatoria a criterios contables³⁰, se están excluyendo del régimen a la mediana empresa; acorde con el criterio que ha imperado en toda Europa.

Conforme al Derecho español (art. 258 Ley de Sociedades de Capital –LSC), a sensu contrario, están obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada:

1. Las sociedades que, durante dos ejercicios consecutivos, no reúnan a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de la circunstancias siguientes:
 - a) que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros; b) que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros; c) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta. Las sociedades perderán la facultad de formular la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de estas tres circunstancias.
2. En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades estarán obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada si, durante dos ejercicios consecutivos, no reúnen dos de las circunstancias expresadas en el apartado anterior.

En el mismo ámbito subjetivo, la norma del art. 75 habla de **Consejos de Administración**. Qué debe entenderse con este término. Como sabemos el Consejo de Administración es una de las fórmulas establecidas por LSC para organizar la administración de la sociedad (arts. 136 y ss). La cuestión, es si la Ley de Igualdad se ha

²⁶ EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 327. Si bien, más adelante, rebaja la crítica inicial, hablando de “fórmula lingüística abreviada” y de “filtro de entrada”.

²⁷ A este respecto, obsérvese, como ya se ha señalado, que la Propuesta de Directiva UE emplea el término “empresas”.

²⁸ EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 326, entre otros.

²⁹ SA, SRL, Comanditaria por acciones.

³⁰ Téngase en cuenta la adaptación de nuestro Derecho a la Directiva 78/660/CEE, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad. Más tarde, el Reglamento (CE) 1606/2002, relativo a la aplicación de Normas Internacionales de Contabilidad.

referido a aquéllos en sentido estricto o amplio, comprendiendo, en este caso, todos los sistemas de ordenar la administración de las sociedades en nuestro Derecho³¹.

Para algunos, la interpretación extensiva resulta la correcta, toda vez el argumento teleológico; el lenguaje cotidiano, que alude al Consejo de Administración en sentido muy amplio, así como el económico que admitiría también esta metonimia organizativa³². Por fin, que se trata de la fórmula colegiada más frecuente entre las sociedades mercantiles a las que, precisamente, obliga la norma; es decir, las que han de presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada.

Tal vez la terminología del art. 75 pueda ayudar en la interpretación. Según éste, lo previsto ha de tenerse en cuenta para los nombramientos a medida que venza el mandato de los consejeros. Se confirma, de este modo, que la Ley contempla un sistema pluripersonal de administración y, además, de consejo, toda vez que utiliza el término “consejeros”, que no “administradores”. A nuestro modo de ver, esta interpretación estricta³³ parece la correcta a la vista de que la propia Ley de Igualdad, en otras normas, no ha dudado en utilizar la expresión “órganos de dirección” (arts. 30.2 y 50.4) para incluir en el mandato tanto a la estructura representativa (comisiones ejecutivas, órganos de control), como a la técnica (alta dirección, gerencia, consultoría...)³⁴

Otra cuestión surge en torno al tema: decidir si el art. 75 contempla la delegación de facultades. Se trataría de los supuestos de consejeros delegados como del nombramiento de una comisión ejecutiva. Desde luego, en ambos casos estamos en presencia de consejeros. Para el supuesto del consejero delegado –figura unipersonal– no es descabellado admitir que la “presencia equilibrada” pueda darse en el órgano de manera sucesiva; si bien parece que la Ley piensa en que el equilibrio se produzca simultáneamente para la mejor formación plural de la voluntad del órgano. En cuanto a la comisión, el caso es más sencillo. Parece plausible extrapolar a su seno la voluntad del legislador manifestada en el art. 75.³⁵ De ser cierto lo anterior, la norma del art. 75 afecta a los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles señaladas, incluidos los supuestos de delegación de facultades. Se excluirían, por tanto, los nombramientos de la alta dirección.

Siguiendo en el análisis de la norma, el art. 75 -con falta de rigor técnico- se refiere al **contenido** de la conducta que exige a las sociedades afectadas. “Procurarán

³¹ No puede ser objeto de estas páginas un análisis profundo y más completo de las diversas situaciones que pueden producirse. En este caso, nos estamos refiriendo a la persona jurídica administradora. A nuestro ver, habría que procurar dar cumplimiento a la obligación del art. 75 de la Ley de Igualdad y, en este sentido, los requerimientos explicados a lo largo de estas páginas se habrán de referir a las personas físicas que los representan.

³² EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 334. HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación...*, *op. cit.*, p. 286 y ss., sobre el estado de la cuestión en la doctrina española.

³³ En igual sentido, EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 335.

³⁴ A favor de la tesis amplia, que incluiría no sólo a los “consejeros”, HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación...*, *op. cit.*, p. 287. En ningún caso, señala entraría en el supuesto de unipersonalidad, pues la Ley piensa en todo momento en un órgano pluripersonal, *op. cit.*, p. 291. De igual parecer, EMBID IRUJO, *ult.op.loc.cit.*

³⁵ En este sentido, EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 337, que habla de “mini consejo”. También, HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación...*, *op. cit.*, p. 295 y FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLARO, I., “El Consejo de Administración: reflexiones corporativas sobre la “cuestión de género”, *La Ley*, nº 7224, 23 de julio de 2009, p. 2

incluir” un número de mujeres que permita alcanzar una “presencia equilibrada”. A qué obliga la Ley y, en concreto, ante qué tipo de obligación nos hallamos. Concretamente, si se trata de una obligación de medios o es de resultado.

Comencemos por señalar que el verbo empleado “procurar” es, a todas luces, débilmente coactivo, sobre todo si, además, la sanción por “no procurar” no está prevista. Se comprende fácilmente que para un sector de los autores se trate de una simple recomendación, de acogida voluntaria en el marco del *soft law*. De este modo, carece –se afirma- de vinculación jurídica³⁶.

No creemos, sin embargo, que sea rigurosamente así. Estamos ante una obligación de medios, cuya satisfacción se cifra en un comportamiento propio de la diligencia debida. Las sociedades deben realizar un determinado comportamiento: procurar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en sus Consejos de Administración. Así las cosas, aunque la Ley no haya impuesto una obligación de resultado -que sí ha regulado en las sociedades y organismos públicos-, no deja de imponer el cumplimiento exigible de una determinada obligación de hacer que, desde luego, es exigible. Abundando en lo anterior, la idea de la obligación se confirma en el nº 2 del art. 75 de la Ley “se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley”.³⁷

En qué ha de consistir la obligación de “procurar” no es fácil a priori de determinar. Téngase en cuenta que se trata de una sociedad mercantil que forma su voluntad a través de sus órganos con competencias para ello asignadas *ex lege*. En otros términos, ha de tenerse en cuenta que las sociedades no pueden prescindir de los procedimientos legalmente establecidos para designar a sus miembros. No es la sociedad, como persona jurídica, un “bloque monolítico que pueda definir su actuación en un procedimiento único y unitario”³⁸. Es precisa la existencia de la mayoría exigida por la Ley en la Junta General para que el nombramiento sea válido. O, en otro caso, el cumplimiento de lo previsto por el legislador para los otros dos sistemas de proceder en el nombramiento de administradores: la cooptación y la representación proporcional. A tal efecto, como con acierto se ha señalado, resultaría oportuno que la norma de equilibrio en los Consejos y su promoción se trasladara a los reglamentos de funcionamiento tanto del Consejo como de la Junta, logrando, de este modo, un compromiso firme para lograr el objetivo de igualdad de género querido por la Ley y ya seleccionado por el Código Unificado.

³⁶ Vid. CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., “La presencia equilibrada de hombres y mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles”, en VV.AA., *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, MERCADER UGINA, J. (Coord) y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 446.

³⁷ De este parecer, PÉREZ TROYA, A., “La incorporación de...”, *op. cit.*, p. 54.

Para FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., “El Consejo de Administración...”, *op. cit.*, p. 3, el legislador sí ha establecido una obligación de resultado, pero de “sentido diferente”: no incluir, sí procurar incluir. De esta forma, según el autor, la obligación se cumple cuando el órgano realiza todos los actos que estén a su alcance para obtener la paridad. Con ello, también, la obligación quedaría cumplida. Afirma, así mismo, esta naturaleza de la obligación HUERTA VIESCA, M. I., “Las mujeres en la nueva regulación...”, *op. cit.*, p. 330

³⁸ EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 342.

Algún autor ha diferenciado tres situaciones posibles en torno al cumplimiento de la norma.³⁹ En primer lugar, que en el plazo legal, la sociedad logre el equilibrio de género en su Consejo de Administración. En segundo lugar, que la sociedad haya procurado, desarrollando una serie de actuaciones propias de la diligencia debida, pero que, sin embargo, pasado el plazo, su Consejo no tenga una presencia equilibrada de hombres y mujeres. En tercer lugar, que la sociedad no haya procurado dicho equilibrio.

En los dos primeros supuestos, la sociedad habrá dado cumplimiento a su obligación, tal y como está prevista en la Ley; a pesar de que, en el segundo, exista una ausencia de resultado. En el tercero, por el contrario, la sociedad ha incumplido su obligación –de medios- y, además, tampoco se ha cumplido con el resultado querido por el legislador.

La sociedad habrá de dar cuenta en su Memoria de las actuaciones que haya realizado, si fuera el caso, para dar cumplimiento a lo establecido en el art. 75 Ley de Igualdad. Al respecto, el art. 200, 8ª de la LSC –contenido de la Memoria- señala que en ésta habrá de constar “la distribución por sexos al término del ejercicio del personal de la sociedad, desglosado en un número suficiente de categorías y niveles, entre los que figurarán el de altos directivos y el de los consejeros” Como se recordará, el Código Unificado preveía ya el reflejo documental de las actuaciones de las sociedades en materia de diversidad de género en los Consejos de Administración. Por su parte, la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, por la que se determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorro y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores, establece en el Capítulo II –*Informe anual del gobierno corporativo de sociedades anónimas cotizadas, cajas de ahorro y otras entidades*-, art. 5, el contenido mínimo de dicho informe, y en su nº 3, f) dice “El informe anual de gobierno corporativo deberá incluir información relativa al número de consejeras que integran el consejo de administración y sus comisiones, así como el carácter de tales consejeras; todo ello con indicación de la evolución de esta composición en los últimos cuatro años.

Igualmente, se incluirá información sobre las medidas que, en su caso, se hubiesen adoptado para procurar incluir en su consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres, así como las medidas que, en su caso, hubiese convenido la comisión de nombramientos para que al proveerse nuevas vacantes:

1º Los procedimientos de selección no adolezcan de sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras.

2º La compañía busque deliberadamente e incluya entre los potenciales candidatos, mujeres que reúnan el perfil profesional buscado.

Cuando a pesar de estas medidas que, en su caso, se hayan adoptado, sea escaso o nulo el número de consejeras, el consejo deberá explicar los motivos que lo justifiquen.”

³⁹ EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, pp. 345 y 346.

Cuáles son las **consecuencias del incumplimiento** Con la mejor doctrina cabe afirmar que no es sencillo decidir el *quid iuris* de la conducta de una sociedad que no dé cumplimiento a la obligación fijada en la Ley⁴⁰. Sobre todo si tenemos en cuenta que la propia Ley de Igualdad no establece ninguna sanción⁴¹, remitiéndose, quizá, implícitamente al Derecho de Sociedades.

El reproche –podría pensarse– habría de ir dirigido a la sociedad (*rectius* a sus órganos) como sujeto obligado por la norma. Sin embargo, no parece que fuera posible la impugnación de un acuerdo de la Junta General de no designación de la mujer como candidata. La norma del art. 75 no establece ninguna restricción a la libertad de voto, siendo libre su ejercicio. Distinto es que la candidata no designada pudiera impugnar por causa de nulidad radical el acuerdo, de conformidad con lo previsto en el art. 14 de la Constitución y en el 75 de la Ley de Igualdad.⁴² Sin embargo, para algún autor, esta solución no es defendible salvo desde una lectura superficial de la Ley; debiendo “rechazarse de inmediato” pues la obligación del art. 75 es de medios “cuyo cumplimiento no se dirige, por tanto, a producir un resultado concreto, sino a exteriorizar una determinada diligencia en el “procurar” la presencia equilibrada de mujeres y hombres dentro del Consejo de Administración de la sociedad”⁴³.

Si nos detenemos en la responsabilidad directa de la sociedad, hallamos un primer problema en la legitimación activa. Con razón, se duda de que la mujer no nombrada ostente la misma, seguramente por el carácter de la obligación prevista en el art. 75 de la Ley⁴⁴. En cuanto a los organismos públicos para la promoción de la igualdad, como la Comisión interministerial de igualdad entre hombres y mujeres o el Consejo de Participación de la mujer, no parece posible defender su legitimación si tenemos en cuenta su propio régimen, que le otorga competencias para la supervisión del cumplimiento del principio de igualdad de trato, realizando las consabidas actuaciones de seguimiento y coordinación de las actuaciones de la Administración General del Estado, el seguimiento del Plan Estratégico, la coordinación y supervisión del Informe periódico del Gobierno...etc., de acuerdo, así mismo, con la propia Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que en su art. 20 se ocupa de los organismos de fomento de la igualdad y sus funciones. A decir verdad, compartimos hoy el pensamiento de quienes

⁴⁰ EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 348 y ss.

⁴¹ Esta decisión no deja de estar exenta de lógica, pues las normas de la citada Ley se enmarcan dentro de la RSC que se muestran un grado de compromiso voluntario.

⁴² HUERTA VIESCA, M. I., “Las mujeres en la nueva regulación...”, *op. cit.*, p. 340. Para quien, para que se desencadene la responsabilidad de la sociedad “no es necesario que concurra un elemento intencional o un ánimo discriminatorio en el nombramiento. Es suficiente la aptitud objetiva para victimizar al sujeto pasivo”, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional. Para FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLARO, I., “El Consejo de Administración...”, *op. cit.*, p. 4, el respeto a la paridad de sexos “podría encontrar apoyo en la prevalencia de la discriminación positiva ex artículo 14 de la Constitución (...), frente a la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución española”.

⁴³ Es el parecer de EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 351, para quien un acuerdo denegatorio del nombramiento de una mujer “no puede entenderse *per se* como contrario al art. 75 de la Ley de Igualdad, pues la consecución de la presencia equilibrada ha de apreciarse, en su caso, una vez transcurrido el plazo de ocho años establecido en dicha norma”

⁴⁴ Estamos de acuerdo con EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 351

consideran que “no parece posible contemplar una legitimación social para el ejercicio de acciones como sucede (...) de manera expresa en otras leyes, como la de Competencia Desleal y la General de Publicidad.

La responsabilidad de los administradores es la tercera posibilidad de la tríada. Sin embargo, como es sabido, los nombramientos de los consejeros no dependen de los miembros del Consejo, salvo en los casos de cooptación. A nuestro modo de ver, cabría exigir responsabilidad desde el incumplimiento de los deberes de fidelidad y diligencia inherentes al cargo (arts. 127bis y 127 LSC, respectivamente), si se hubiera cooptado sin respetar la paridad de sexos y, por tanto, el equilibrio en el Consejo. En estos supuestos, podría pensarse en el ejercicio tanto de la acción social (art. 238 LSC) como la individual de responsabilidad (art.241 LSC)⁴⁵. Sin embargo, es difícil que conforme a la normativa vigente la candidata no nombrada pudiera recurrir civilmente contra la sociedad, impugnar el acuerdo del consejo y, si fuera el caso, el de ratificación por parte de la Junta.

A la vista de lo anterior se postula por no pocos autores una solución no indemnizatoria. Así las cosas, y a la vista de la complejidad para decidir acerca de las consecuencias jurídicas del incumplimiento según la legislación vigente, parece que la sanción vendría del propio mercado y, si fuera, el caso, del reproche social gracias al reflejo documental y consiguiente publicidad que ha de tener las actuaciones de las sociedades. Si tenemos en cuenta el Derecho de la UE y los pasos decididos hacia el equilibrio dado por otros ordenamientos próximos al español, la futura trasposición de la aún hoy Propuesta de Directiva COM(2012) 614 Final, debería introducir modificaciones de gran trascendencia en nuestra legislación.

3.4 La trasposición de la Propuesta de Directiva al Derecho español: algunas reflexiones

Teniendo en cuenta lo expuesto en las páginas anteriores, es esperable que el legislador español decida “cumplir” las expectativas europeas, tanto por lo que se refiere al Derecho de la UE, como al resto de los ordenamientos.

Además, seguramente, la respuesta de la ciudadanía - cada vez más decidida en esta cuestión a favor de la igualdad de la mujer en todos los ámbitos y manifestada por las asociaciones y organismos que trabajan en ello- no consideramos que pueda ser no tenida en cuenta por los responsables públicos.

La cuota es una exigencia innegable por parte del Consejo y del Parlamento de la UE y España habrá decidir en qué medida está preparado su mercado interior para introducir ésta en la composición de los Consejos de Administración de las sociedades cotizadas. La norma comunitaria compensa esta exigencia con un régimen bastante flexible que, seguramente, habrá de hallar acomodo en los ordenamientos nacionales. Así, como ya se ha dicho, sólo afecta a un número limitado de sociedades, aunque sean de gran importancia; a los consejeros independientes y las sanciones por

⁴⁵Es la tesis de EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles...”, *op. cit.*, p. 350 y HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en los nueva regulación...*, *op. cit.*, p. 337, entre otros.

incumplimiento se dejan a la decisión de los EEMM y sus respectivos Derechos de Sociedades. En todo caso, las previstas a modo indicativo son tan razonables como multas administrativas y la nulidad o anulabilidad judicial del acuerdo de nombramiento.

A nuestro modo de ver, aunque España puede alinearse en las hoy todavía menos decididas *pro cuota* del Reino Unido y de Alemania, seguramente habrá de tener en cuenta la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia y salir de la reserva del “cumplir o explicar”. Apostar, así, decididamente por establecer un régimen jurídico que impulse de modo eficaz la presencia de mujeres en los Consejos de Administración y, con ello, un equilibrio en la diversidad de género. En este sentido, a pesar de los informes negativos del Consejo de Estado y del Consejo del Poder Judicial en su momento, el establecimiento de la cuota no atenta contra el principio de libertad de empresa, como ha señalado el Tribunal Constitucional en materia de medidas de acción positiva, con los límites, claro ésta, también señalados por éste. Más aún cuando en los próximos años nuestro país contará con candidatas preparadas para asumir puestos de alta responsabilidad y competencia en la empresa.

No obstante, téngase en cuenta el texto del **Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas** de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo⁴⁶. En el apartado 4.3 relativo al Consejo de administración: composición, competencias y funcionamiento y, dentro de éste, el 4.3.3 se examina la “diversidad en la composición del Consejo de Administración”. Al respecto, la Comisión considera de importancia la diversidad en la composición del Consejo recomendando la introducción de una norma “programática” que reconozca la relevancia de una composición diversa en género, experiencias y conocimientos”.⁴⁷

Para ello, señala la conveniencia de analizar la inclusión de recomendaciones más concretas en la reforma prevista del Código Unificado. Se propone así la inclusión de un nuevo artículo (529bis) en la LSC sobre el Reglamento del Consejo de Administración.

“Norma programática” y “recomendaciones”, son sin embargo las expresiones gramaticales que los expertos han utilizado en su trabajo. No deja de resultar muy significativa la cautela –cuando menos- con que se trata esta cuestión por el grupo de los mencionados expertos y como es entendida, posiblemente, por una buena parte de los mercantilistas de nuestro país.

⁴⁶ Creada por acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de mayo de 2013.

⁴⁷ Vid., en particular, la p. 43 del documento.

LA PROYECTADA Y NON NATA REGULACIÓN DE LA TRANSMISIÓN FIDUCIARIA DE PARTICIPACIONES Y ACCIONES

MANUEL IGNACIO FELIU REY *

Resumen

Se analiza el art 231-35 de la propuesta de Código Mercantil relativo a la transmisión fiduciaria de acciones y participaciones sociales. No sin razón, dicha propuesta de norma no fue recogida por la ley de Sociedades de Capitales. Es un texto que induce a confusión. No aporta nada. Se aprovecha la ocasión para realizar una revisión del estado de la cuestión del negocio fiduciario

Contenido

Introducción. – 1. Transmisión Fiduciaria. LSC y PCM. – 2. El Negocio Fiduciario. – 2.1. Fiducia y Simulación. – 2.2. La "causa fiduciae". – 2.3. La "titularidad fiduciaria". – 2.4. La Jurisprudencia. – 2.5. Fiducia y Negocio Fiduciario como dos realidades diferenciadas ? – 3. El Negocio Fiduciario del Art 231-35 PCM.

INTRODUCCION

Describir la relación con el Prof. Illescas, con Rafael, es realmente fácil, encerrando dicha facilidad una gran complejidad. Sin duda alguna, he tenido la fortuna de mantener una relación "fiduciaria", de "confianza", durante muchos años.

El caso es que, pensándolo bien, nunca un pasillo ha sido tan importante. Solo el ancho de un pasillo me separaba del prof. Illescas. Estábamos enfrente, uno del otro. Éramos vecinos en el edificio 4 (Gómez de la Serna) de la UC3m, y teníamos nuestros respectivos "despachos" frente por frente, puerta con puerta... Así desde de los años noventa, desde hace más o menos 25 años.

Recuerdo perfectamente su "primer da" en la Uc3m. Yo ya llevaba en dicha Universidad -que se estaba empezando a hacer, todo movimiento, todo obras, y todo ilusión- apenas un año. El prof. Illescas venía acompañado del entonces Secretario General de la Universidad, el prof. Carlos Lasarte, comentando aquel la necesidad de un Centro de Documentación Europea, hoy realidad. Rafael traía muchos proyectos bajo el brazo. Muchos proyectos renovadores. Hoy todos ellos continúan vivos con fuerza.... Pero todos tenían -creo entenderlo así sin cometer graves errores- al menos un común denominador esencial: un grandísimo espíritu renovador, salir al extranjero, hacer venir

* Catedrático acreditado de Derecho civil. Director Cátedra Asgeco. Universidad Carlos III de Madrid. Of Counsel Broseta Abogados.

a grandes ponentes e investigadores extranjeros, reforzar el estudio del Derecho Comunitario, y de las disciplinas del futuro (hoy presente), Contratación Electrónica (entonces llamada así), Derecho de Competencia, Derecho de Transportes (marítimo, aéreo, etc..), etc... Y al tiempo que un gran reconocimiento por el Derecho de Civil Patrimonial y de Sociedades, que hacia estudiar con ahínco.

Yo mismo experimenté esa influencia. Estaba al día de lo que ocurría en otros países. Sus conversaciones de "pasillo" (del edificio 4) eran auténticos seminarios improvisados... Y de esta forma nació la sugerencia de Rafael, el auténtico reto, para que estudiara en profundidad la figura del Trust, de las relaciones fiduciarias en el common law.

Así que, fiducia tras fiducia, y teniendo la oportunidad de rendir homenaje a quien lo merece, me topé con un enigmático art 231-35 de la Propuesta de Código Mercantil (PCM) que precisamente trata de negocios fiduciarios.

Sinceramente pienso que no es un texto de gran interés, ni tampoco estimo que tendrá gran utilidad en el caso (muy remoto) de ver la luz. No obstante, sí se pueden realizar algunas consideraciones útiles.

Y sobre todo, es una excusa magnífica para, por fin, testimoniar públicamente mi agradecimiento por tu amistad, confianza y constante aliento. Y muy especialmente, Rafael, Prof. Illescas, por una generosísima, ejemplar y edificante vida dedicada al estudio, la docencia y a la transmisión del conocimiento. En pocas palabras, de dedicación a la Universidad.

Y ahora, veamos qué podemos decir de la Propuesta de Código de Comercio (perdón, del Código Mercantil...)

1. TRANSMISION FIDUCIARIA. LSC Y ACM

1.1. La transmisión fiduciaria de participaciones y acciones

La lectura de la Subsección 4ª (*“De los Derechos Reales sobre Participaciones y Acciones”*), perteneciente a la Sección 3ª (*“De las Participaciones Sociales y Acciones”*), del Título III (*“De las Sociedades de Capital”*) nos sorprende con un inesperado artículo (de nuevo cuño), cuyo ordinal a la fecha de hoy es el número 231-35, y cuya rúbrica -también a la fecha de hoy- no podía ser menos sorprendente, o al menos inquietante: *“Transmisión fiduciaria de particiones y acciones”*. Dicha sorpresa aumenta hasta la decepción, cuando llegamos a la lectura de la propuesta de norma:

Las reglas previstas en esta Subsección para el usufructo serán de aplicación a la transmisión fiduciaria de participaciones y de acciones, cualquiera que sea la forma en que se hubiera efectuado.

Dicha decepción, llega a ser máxima, a la par que verdaderamente tranquilizadora, cuando se constata que la reciente Ley de Sociedades de Capitales no

ha hecho suya el artículo proyectado, a diferencia de lo ocurrido con el resto del citado Título III ("De las Sociedades de Capital") del PCM.

Y es que en realidad, desde un punto de vista práctico, nuestro Ordenamiento gana con la omisión realizada por la LSC, ya que, (A) por una parte, ni la PCM ni, por tanto la LSC, no ignoran la posibilidad de transmisiones fiduciarias o por persona interpuesta (negocios fiduciarios por persona interpuesta); (B) dicho artículo 231-35 PCM, a mi juicio, no aportaba nada; (C) todo lo contrario, y siempre a mi juicio y por las razones que se dirán, la redacción es causa de confusión de una figura (la "transmisión fiduciaria", ya de por sí suficientemente compleja).

(A) Los supuestos específicos de transmisión fiduciaria:

En efecto, se contempla específicamente por la LSC, y con anterioridad en la PCM -de donde aquel texto legal trae causa-, la transmisión fiduciaria (por persona interpuesta) en dos ámbitos que solamente citaremos al no correspondernos su comentario, remitiéndonos a los trabajos correspondientes:

(i) Para los supuestos prohibidos de adquisición originaria de propias participaciones o acciones, así como de las creadas o emitidas por su sociedad dominante. Se regula específicamente en el art 137 LSC (adquisición originaria de propia acciones y participaciones por la propia sociedad mediante persona interpuesta)

Artículo 137 LSC. Adquisición realizada por persona interpuesta

1. En el caso de que la asunción o la suscripción haya sido realizada por persona interpuesta, los fundadores y, en su caso, los administradores responderán solidariamente del desembolso de las participaciones asumidas o de las acciones suscritas.
2. La misma responsabilidad alcanzará a los promotores de la sociedad anónima.

Dicho art. 137 LSC debe ser puesto en relación con los arts 134 ("prohibición"), 135 ("Adquisición originaria por la sociedad de responsabilidad limitada"), 136 (Adquisición originaria por la sociedad anónima"), 138 ("Exención de responsabilidad") y 139 ("Consecuencias de la infracción") LSC

(ii) Los supuestos prohibidos de adquisición derivativa: adquisición por la sociedad de capital de sus propias participaciones o acciones, o participaciones o acciones de su sociedad dominante.

Artículo 143 LSC. Negocios prohibidos a la sociedad de responsabilidad limitada.

1. La sociedad de responsabilidad limitada no podrá aceptar en prenda o en otra forma de garantía sus propias participaciones ni las participaciones creadas ni las acciones emitidas por sociedad del grupo a que pertenezca.
2. La sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca.

Artículo 156 LSC. Persona interpuesta.

1. Se reputará nulo cualquier acuerdo entre la sociedad y otra persona en virtud del cual ésta se obligue o se legitime para celebrar en nombre propio pero por cuenta de aquella alguna de las operaciones que en este capítulo se prohíbe realizar a la sociedad.

Los negocios celebrados por la persona interpuesta con terceros se entenderán efectuados por cuenta propia y no producirán efecto alguno sobre la sociedad.

2. Los negocios celebrados por persona interpuesta, cuando su realización no estuviera prohibida a la sociedad, así como las participaciones o acciones propias, o de la sociedad dominante, sobre las que recaigan tales negocios, quedan sometidos a las disposiciones de este capítulo.

No obstante, establecido, como queda en la LSC, el régimen lógico de extensión de la prohibición a los negocios efectuados por persona interpuesta, se cierra sin más el panorama normativo de los negocios fiduciarios.

En efecto, a diferencia de lo que ocurría en la texto del ACM (artículo 231-35 -ya transcrito-), y como por otra parte resulta lógico, nada se dice al respecto con carácter de cláusula general en la LSC.

B) y C) La redacción propuesta del art 231-35 PCM no aporta nada. Es más, introduce confusión.

Como ya se ha señalado, la parquedad y raquitismo del art. 231-35 PCM aconsejaba sin lugar a dudas su preterición por la LSC. Y así ocurrió. A diferencia del resto del cuerpo normativo de la Propuesta del Código Mercantil referente a la Sociedad de Capital, en la vigente LSC -prácticamente transcrita de la PCM- no consta precepto alguno similar al art 231-35 PCM.

Y es que la *transmisión fiduciaria, el negocio fiduciario, todo negocio fiduciario*, es una realidad, una verdadera y auténtica realidad polimórfica, suficientemente compleja para ser "despachada" sin más ni más en un escuetísimo artículo de remisión -incomprensible- de una extensión que no alcanza más de un par de reglones.

Para delimitar el problema, debemos afirmar que la PCM no está pensando en la figura del trust anglosajón, como tampoco en las figuras "atrustadas".

El art 231-35 PCM, "simplemente" pretende ceñirse o contemplar una realidad muy concreta, y al tiempo muy compleja: el negocio fiduciario sobre acciones y participaciones sociales, esto es, la "transmisión fiduciaria de acciones y participaciones sociales".

2. EL NEGOCIO FIDUCIARIO

Y llegados a este punto ("transmisión fiduciaria" como "negocio fiduciario"), conviene recordar que el negocio fiduciario "no constituye una categoría unitaria".

Una manifestación de la complejidad del negocio fiduciario reside en la dificultad de su delimitación con el negocio simulado, siendo ambos negocios anómalos.

2.1. Fiducia y Simulación

Así se ha afirmando que el negocio fiduciario, en orden a los efectos, es realmente un supuesto de simulación relativa, si bien ambas categorías negociales (fiducia y simulación) se han venido distinguiendo tradicionalmente señalando que los fiduciarios son *serios*, concluidos realmente entre las partes para obtener un efecto práctico determinado y querido. De esta forma, como ya señalara la STS 15-11-93 "*la simulación contractual se produce cuando no existe causa que nominalmente expresa el contrato, por responder este a otra finalidad jurídica distinta*", que es lo que realmente existe en los negocios fiduciarios.

Es decir, la diferencia esencial entre negocio simulado y negocio fiduciario reside en la causa (nos referimos no a la causa de uno de los actos que lo integran, sino a la causa de ese negocio complejo: la "causa fiduciae", queriendo ser reconducida (artificialmente) al art. 1274 CC al considerar el mismo que la simple promesa de una cosa o servicio puede ser causa en los contratos onerosos, servicio que consistiría -a juicio de los defensores de esta postura- en el deber del fiduciario de servirse de la cosa o del derecho conforme a las instrucciones del fiduciante y de restituirlos de acuerdo con dichas pautas. Así, esta postura concluye afirmando que "la "causa fiduciae", identificada con la finalidad de mandato o de garantía, visible en el negocio obligatorio, es la que constituye la causa de ese negocio complejo que llamamos fiduciario").

Frente a esta tesis, se encuentra aquella otra que señala que el negocio fiduciario no es un negocio simulado, aunque se le parezca, al estar ausente la idea de fraude. De esta forma, el propósito fiduciario del contrato no se oculta, como la simulación, sino que puede ser público y notorio; y la figura negocial que se celebra se quiere realmente, aunque provocando unos efectos distintos y más reducidos de los que ordinario comporta: por haber una real voluntad de celebrar un verdadero negocio, el fiduciario no es nulo, como el simulado. No obstante, -suele afirmarse- en el negocio fiduciario suele estar presente la idea de fraude, ora sea para apartar determinado bien del patrimonio del deudor sustrayéndolo de los demás acreedores, ora por motivos fiscales....

No obstante, el régimen de los negocios que llamamos fiduciarios, a falta de norma expresa, necesariamente ha de componerse en cada caso por lo querido por las partes y los efectos propios de la figura contractual adoptada, de tal modo que el negocio fiduciario constituye siempre un tipo distinto del adoptado como base, y las atribuciones realizadas mediante él tienen su propia causa.

Es decir, en la fiducia la función económico-típica del negocio sólo se quiere en la medida en que realiza una finalidad distinta, que puede ser la de otro contrato típico", sea la de garantía o cualquier otra, no siendo posible la adquisición del dominio por el fiduciario (pues "la sola voluntad de adquirir y transmitir no son suficientes" -STS 22-12-88-), adquiriendo solamente la mera apariencia de propietario, si bien la transmisión definitiva de la propiedad se dice querida porque es el único medio de conseguir que la finalidad perseguida (garantía, mandato, gestión, etc.), efecto traslativo que no se produce, aproximándose así a la simulación.

Por otra parte, reiteramos, tampoco se puede elevar a rasgo diferenciador la existencia de una manifestación expresa de la finalidad perseguida.

Así la Res. DGRN de 30 de junio de 1987 señala acertadamente que "en nuestro ordenamiento jurídico la sola voluntad de adquirir y transmitir no basta para provocar el efecto traslativo perseguido: es preciso la concurrencia de una causa suficiente que justifique el reconocimiento del fin práctico querido por los contratantes, por eso, la misma esencia de la garantía le priva de virtualidad suficiente para justificar una transmisión definitiva del dominio pleno", criterio acogido por las SSTS de 22 de diciembre de 1988 al sentar que "la voluntad de transmitir y la de adquirir no son suficientes para producir el efecto traslativo intentado o perseguido, toda vez que la validez y eficacia del contrato exige la existencia de una causa eficiente justificadora del fin que las partes han pretendido o buscado y que en el caso que nos ocupa es la de garantía o afianzamiento".

De esta forma, resulta capital comprender la denominada "causa fiduciae", en cuanto piedra angular de la transmisión fiduciaria.

2.2. La "causa fiduciae"

La venta, como contrato causal y no abstracto, requiere una causa. Al no haber precio, el negocio de compraventa se revela como contrato simulado. Por mucha fuerza taumatúrgica que se vea en el término negocio fiduciario, nunca llegará a convertir lo falso en verdadero. Puede la compraventa encubrir otro negocio. Este negocio disimulado puede ser, por ejemplo, el de garantía. O bien, otro, como distinto, la transmisión de determinados activos para su gestión (mandato). Mas los negocios de garantía, no son negocios independientes, sino que para su existencia requieren la de aquel crédito de cuyo cumplimiento responden"...Eliminada la compraventa como tal título transmisivo, por ser simulada e inexistente, queda como único título el disimulado de garantía", de forma que el fiduciante conserva la propiedad y el fiduciario ostenta un cierto poder sobre la misma cosa, poder en consonancia con la causa que informa el negocio, que no es la transmisión de la propiedad -ni plena ni formal - sino la constitución de una garantía. Y todo ello es predicable no solo a la finalidad de garantía, sino a cualquier otra finalidad fiduciaria como la de gestión, mandato, etc.

2.3. La "titularidad fiduciaria"

De este modo surge lo que el propio DE CASTRO denominara "titularidad fiduciaria", pues el fiduciario ostentará un poder sobre la cosa, a consecuencia del pacto fiduciario, poder distinto, siempre, según el carácter de este pacto, importando destacar la condición jurídica del fiduciario que, conforme al sistema jurídico español, no se puede basar en lo que aparece como negocio transmisor de la propiedad (la venta simulada), sino que descansa únicamente en el pacto fiduciario subyacente (mandato, garantía de préstamo disimulado, etc.).

En todo caso, lo cierto es que hoy el negocio fiduciario donde aparece tener más asentamiento no es en los libros, sino en la jurisprudencia de la Sala primera del TS.

2.4. La Jurisprudencia

Y es así que la jurisprudencia contempla como categoría autónoma e individualizada la figura del negocio fiduciario. La fundamentación básica acogida por el TS para defender la categoría del negocio fiduciario consiste en que *"ningún precepto del CC español se opone al reconocimiento de los negocios fiduciarios, pero tampoco hay regla en que apoyarlos directamente. Solo cabe invocar la amplitud del margen de libertad de contratación que establece el art. 1255 CC"*, a lo que debe oponerse que no se trata de que falta un precepto que lo rechace, sino de que el negocio fiduciario no cumple los requisitos para ser admitido, y ya la Res. DGRN de 10 de junio de 1986 señalaba que *"si la causa de la transmisión es la garantía, cualquiera que sea la vestidura exterior del negocio, tendrá el (adquirente) sobre la cosa sólo facultades de garantía"*.

Por otra parte, el TS desde antiguo ha defendido la propia autonomía del negocio fiduciario en relación con el simulado (SSTS de 25 de mayo de 1944, 28 de enero de 1946, 31 de octubre de 1955, 28 de diciembre de 1955, 10 de julio de 1957 y 8 de marzo de 1963, no se trata de *"un negocio ficticio, aparente o relativamente simulado, sino real y existente, y querido por las partes contratantes,... constituyendo en su conjunto un contrato causal, conforme al art. 1274 del Código mencionado, en el que "causa fiduciae" no consiste la enajenación propiamente dicha, sino en la garantía o afianzamiento del débito al que la relación obligacional responde (STS de 10 de marzo de 1944 y 3 de mayo de 1955)"*.

Defendiendo dicha autonomía, pero atendiendo a otros criterios, SSTS de 4 de abril de 1972, 9 de diciembre de 1981, 19 de mayo de 1982, 2 de junio de 1982, 6 de abril de 1987, 8 de marzo de 1988, 28 de octubre de 1988, 7 de marzo de 1990, 30 de enero de 1991, etc

Surge así la relevancia de la "titularidad fiduciaria", siempre distinta en atención al concreto negocio fiduciario y la concreta causa fiduciaria que lo presida, si bien dicho poder (contenido de la titularidad fiduciaria) en ningún caso podrá consistir en la transmisión de la propiedad pues la venta celebrada no existe al faltarle su propia causa.

2.5. Fiducia y Negocio Fiduciario como dos realidades diferenciadas?

La STS 22 de diciembre de 1988 distingue entre "negocio fiduciario" y "fiducia" como dos realidades distintas. De esta forma, en los negocios de fiducia la voluntad de transmitir y la de adquirir no son suficientes para producir el efecto traslativo perseguido. Los negocios de garantía con fiducia o de fiducia en garantía *-que no fiduciarios-* tiene su razón de ser en que el CC no limita las figuras contractuales a salvo las prohibiciones del artículo 1255 CC ... lo que ha permitido la creación de nuevos tipos o manifestaciones tanto de derechos reales como de contratos...

Parecido criterio adopta la STS 19 de mayo de 1989 al señalar que "el negocio base de fiducia, garantía primitiva semejante a la prenda, confiere al acreedor una titularidad formal de bienes, nunca oponible, como derecho de dominio, al deudor dueño, aunque la recuperación, por éste, de tal titularidad, esté subordinada al

cumplimiento de las obligaciones garantizadas, sin que, en ningún caso, pueda prevalecer, entre partes, la apariencia creada por el negocio indirecto, sobre el negocio real directo, de garantía".

Esta sentencia ha motivado que, ciertos autores, excluyan la venta en garantía de la categorización del negocio fiduciario, considerando aquella como una nueva garantía atípica que conlleva la transmisión de la propiedad al acreedor, quien queda obligado a retransmitir el bien dado en garantía al deudor para el caso de cumplimiento; y en tanto este no se produzca, ostenta un *ius retinendi*, entendido no tanto como un derecho de retención sino como la obligación de conservar del art. 1904 CC. De este forma, el contenido de la garantía real atípica -se dice- supondría, en la relación inter partes, la transmisión de la propiedad al receptor de la garantía, si bien, este último no puede oponer su titularidad al deudor como si de un derecho de propiedad se tratase, aunque -continúa diciendo este sector- de ello efectivamente se trata, si bien con la obligación añadida de retransmitir de acuerdo con la finalidad de garantía, verdadera causa del negocio; por el contrario, frente a los terceros el fiduciario es verdadero propietario, siendo válidos los actos de disposición realizados, si bien dichas adquisiciones sólo podrán ser opuestas al deudor por terceros de buena fe.

Y si bien es cierto que se trata de una garantía, no es menos cierto que ello obedece al hecho de que el revestimiento formal de la compraventa celebrada contiene realmente un contrato de garantía perfectamente reconducible a las típicas reguladas en nuestro Derecho. Basta contemplar en qué se traduce el *ius* o *titulus retentionis*: ni el acreedor puede quedarse con el bien transmitido a su voluntad, ni puede tampoco el deudor, en puridad, elegir entre pagar su deuda o quedarse sin el bien transmitido. Es decir, se contempla el contenido de carácter negativo (prohibición del pacto comisorio) propio de los derechos reales típicos. ¿Cómo se explica la existencia de esta propiedad "fiduciaria o aparente"? Sencillamente recurriendo a la figura de la simulación (el negocio fiduciario es un supuesto de simulación), de tal manera que la apariencia creada no puede perjudicar a los terceros de buena fe (ignorantes de la simulación), y respecto de la vinculación establecida entre acreedor y deudor, no se produce transmisión alguna de propiedad, ni formal ni real, sino una apariencia de transmisión de propiedad, la cuál permite al acreedor transmitir a un tercero aún no teniendo el poder de disposición sobre el bien, siendo firme dicha adquisición del tercero de buena fé atendiendo a la confianza depositada en la apariencia (registral y/o posesoria).

3. EL NEGOCIO FIDUCIARIO DEL ART 231-35 PCM

Una vez recordada sumariamente la problemática del negocio fiduciario, debemos retornar a la redacción del art 231-35 PCM para comprobar la adecuación del mismo

Las reglas previstas en esta Subsección para el usufructo serán de aplicación a la transmisión fiduciaria de participaciones y de acciones, cualquiera que sea la forma en que se hubiera efectuado.

Por supuesto, estaríamos ante un grave error, y consecuentemente tendríamos un importante problema, si contempláramos que el texto propuesto (231-35 PCM) pretende regular una universalidad ("*transmisión fiduciaria de participaciones y de acciones, cualquiera que sea la forma en que se hubiera efectuado*") reconduciéndola a una particularidad muy concreta y específica ("*Las reglas previstas en esta Subsección para el usufructo*").

A dicho punto de partida erróneo habría que añadir la indeterminación en la propia norma (y en el propio PCM) de cuestiones tan fundamentales como: ¿Qué es una transmisión fiduciaria para el redactor del PCM?; ¿Qué exacto alcance tiene la expresión "*cualquiera que sea la forma en que se hubiera efectuado*"?; ¿Se ha tenido en cuenta la importancia de la "causa fiduciae" como elemento delimitador de los poderes y facultades de la titularidad fiduciaria, es decir, del contenido de la transmisión fiduciaria?, etc..

En realidad el art 231-35 PCM, mediante la remisión a las normas del usufructo, solo pretende realizar una simple y sencilla distribución de facultades entre fiduciante -fiduciario. Es decir, de esta forma, se establece a quien corresponde -en el del ámbito propiamente fiduciario- el derecho de voto, la percepción de los "frutos", quien ostenta la verdadera condición de propietario, quien es titular del derecho de preferencia, qué criterios deben utilizarse en relación con la liquidación de la transmisión fiduciaria, etc... y todo ello debidamente informado y matizado por la concreta causa fiduciaria (garantía, gestión, mandato, etc..) que deberá ser tenida en cuenta y que constará (expresamente o no) en el título constitutivo.

Y es que la causa fiduciae no deja de tener una influencia trascendental en la relación por cuanto, como resulta obvio, las normas del usufructo solo pueden ser aplicables a una transmisión fiduciaria cuya causa fiduciae sea compatible con la causa del usufructo. Así, si la causa fiduciae de la transmisión fiduciaria es la constitución de un derecho de garantía (fiduciario), según lo expuesto hasta el momento, dicha transmisión deberá regirse por la causa de garantía, la cual informará el contenido normativo de la concreta titularidad fiduciaria. Igualmente, en el caso de efectuarse una transmisión fiduciaria con la finalidad de gestión, mandato, etc... la causa fiduciae no será la de garantía, sino la propia que informe el diseño contractual establecido por las partes.

De esta forma, y desde esta perspectiva, la remisión a las normas del usufructo resulta equivocada, o cuanto menos, estrecha. Es decir, y siempre desde esta visión, no todas las transmisiones fiduciarias, no todos los negocios fiduciarios, podrán ser acomodados en el régimen del usufructo de acciones y de participaciones sociales.

Es más, si la carta de naturaleza del negocio fiduciario es el art 1255 CC lo que ocurrirá será que la propia voluntad de las partes, modularán el art 231-35 PCM propuesto para adaptar su aplicación a las concretas necesidades de cada caso, pues habrá que considerar siempre -y de forma necesaria- que el art 231-35 PCM es Derecho dispositivo. Es más, de no ser así, abriríamos de par en par el portón a la simulación y el fraude.

Por otra parte, no cabe otra interpretación posible, tanto desde un punto de vista de lógica-jurídica, como a la luz del art 231-30 PCM, al disponer que

Artículo 231-30. Usufructo de participaciones y acciones

1. En caso de usufructo de participaciones y acciones, la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los beneficios que se obtengan y que la sociedad acuerde repartir durante el usufructo.

2. Salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los demás derechos del socio corresponde al nudo propietario, quedando el usufructuario obligado a facilitar al nudo propietario el ejercicio de esos derechos.

3. En las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario regirá lo que determine el título constitutivo del usufructo, y, en su defecto, lo dispuesto en la legislación civil.

O en otras palabras, estructuralmente, el fiduciante siempre ostentará la condición de socio (al menos frente al fiduciario), de forma que la transmisión fiduciaria de acciones y participaciones sociales no supone en sí misma la efectiva transmisión de la propiedad, sino que el título transmisivo -y la efectiva posición de las partes- vendrá condicionada por la causa fiduciae (garantía, mandato, gestión, etc.), de forma que el título constitutivo de la transmisión fiduciaria resultará fundamental a la hora de conocer el efectivo contenido de facultades de cada una de las partes, que vendrá determinado precisamente por la causa fiduciae y la concreta finalidad del negocio subyacente, siempre diversa en cada supuesto particular. No obstante, sí interesa destacar la relevancia fáctica y jurídica del fiduciario, derivada de su situación de control efectiva como tenedor de las acciones y participaciones sociales, "como un usufructuario", que gestiona y disfruta sin ser propietario. Y ello a pesar de las grandes diferencias estructurales existentes....

En conclusión, nada aporta el art 231-35 PCM. La cuestión es, ¿Por qué y cómo llegó al PCM...? Al final, una vez más, intervino afortunadamente la navaja de Ockham.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES POR NO DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES EN PÉRDIDAS AGRAVADAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL

M^a. ISABEL HUERTA VIESCA*
DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA**

Resumen

Esta contribución examina la responsabilidad de los administradores sociales en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil y estudia, en concreto, los casos de no disolución de sociedades mercantiles en pérdidas agravadas. Para ello revisa la causa de disolución por pérdidas y los distintos presupuestos de la responsabilidad, con especial énfasis en la responsabilidad de los administradores. Se finaliza analizando la regulación de la prescripción.

Contenido

1. Introducción. – 2. La causa legal de disolución por pérdidas, como primer y único, en cuanto a las causas de disolución, presupuesto del nacimiento de la responsabilidad. – 3. Los restantes presupuestos de la responsabilidad. – 4. La responsabilidad de los administradores, ámbitos subjetivo y objetivo. – 5. La prescripción y reflexiones conclusivas.

1. INTRODUCCIÓN

La ya clásica responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital por causa de no disolución, prevista inicialmente en artículo 262.5 LSA de 1989 y actualmente en el artículo 367 LSC sufre una importante modificación primero en la PCM de 2013 y posteriormente en el ALCM de 2014. Es, pues, el objetivo de este trabajo, hacer una primera aproximación a esta nueva regulación de un tema que, con ya va para tres décadas de existencia en nuestro Derecho, se ha convertido en un tema clásico del mismo, y en la cuestión, sin duda, más controvertida y aplicada en la práctica del nuevo Derecho de sociedades de capital que nació con la década de los 90 del siglo

* Catedrática de Derecho mercantil acreditada, Universidad de Oviedo.

** Doctor en Derecho, abogado ONTIER.

pasado fruto de la adaptación de nuestro Derecho de sociedades al Derecho de la Unión Europea¹.

Hay que hacer notar que ya desde el frontispicio de la PCM y del ALCM, en el apartado III-86 de su EM, se destaca que la Propuesta primero y el Anteproyecto después introducen novedades en esta materia, al decir que:

se han introducido algunas novedades significativas, pues de manera expresa y particular se han vinculado a esa causa de disolución en concreto los deberes legales de los administradores y la responsabilidad por deudas a que da lugar su incumplimiento, añadiendo algunas previsiones que contribuirán a clarificar los supuestos de responsabilidad, su relación con la solicitud del concurso, los efectos del cumplimiento tardía (sic) de los deberes y el plazo de prescripción de la acción, cuestiones todas ellas necesitadas de solución legal por razones evidentes de seguridad jurídica.

Habría, pues, que exponer esas novedades y otras más, analizar las mismas críticamente y ver si el legislador alcanza los objetivos clarificadores y de seguridad jurídica² que expone trata de conseguir. Nótese que el legislador reconoce que la situación actual, precedente a la reforma, es mejorable, y ello a pesar de que hay que decir por nuestra parte, que se ha hecho un enorme esfuerzo por la doctrina y la jurisprudencia a lo largo de tres décadas para clarificar lo sucesivamente dicho por el legislador, en las sucesivas versiones de la regulación legal de la responsabilidad de los administradores de las deudas sociales por no disolución forzosa. Este esfuerzo hace correr el riesgo al legislador de que si lo nuevo no mejora a lo anterior, en claridad y concreción, puede empeorarlo, generando inseguridad jurídica en lugar de mejorar la seguridad jurídica, que es el objetivo último que elogiosamente se pretende.

Concretamente, ya dirigiéndonos hacia el texto articulado del ALCM, se hace preciso centrar primero nuestra atención en el artículo 272-12 ALCM, que bajo el título de “Responsabilidad solidaria de los administradores por infracción de los deberes legales en orden a la disolución por pérdidas”, preceptúa que:

1. Cuando concurra causa legal de disolución por pérdidas, los administradores responderán personal y solidariamente, entre ellos y con la propia sociedad, de las deudas sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución en los casos siguientes:
 - a) Cuando no hubieran formulado dentro de plazo las cuentas del ejercicio social anterior.
 - b) Cuando no hubieran convocado la junta de socios en el plazo legalmente establecido incluyendo en el orden del día las propuestas a que se refiere el artículo anterior.
 - c) Cuando, debiendo hacerlo, no hubieran solicitado la disolución judicial de la sociedad.
2. A los administradores corresponderá la prueba de que la causa de disolución no concurría en el momento del nacimiento de la obligación social reclamada.

¹ Nos referimos al Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuyo artículo 262.5 se encuentra el origen de todo.

² Como refiere en la doctrina GONZÁLEZ CABRERA, I., “Primeras reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores sociales en la Propuesta de Código Mercantil”, *RDS*, nº 41, julio-diciembre 2013, p. 364.

3. El cumplimiento tardío por los administradores de los deberes a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior extinguirá la responsabilidad legal de éstos frente a aquellos acreedores que no hubieran exigido judicialmente esa responsabilidad.

4. La acción de reclamación contra los administradores prescribirá a los dos años desde el día en que pudiera ejercitarse.

Lo primero que se aprecia al acercarse a dicho precepto es que se propone modificar sustancialmente el presupuesto de hecho del nacimiento de esta modalidad particular de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital por no disolución de la misma cuando está incurso en una situación de pérdidas agravadas.

Ya el título del precepto se refiere exclusivamente a la infracción de los deberes legales en orden a la disolución por pérdidas. Se está, pues, haciendo una remisión directa a una sola de las causas de disolución, la prevista en el artículo 272-8.2 ALCM, cuando dispone que “es, además, causa legal de disolución de las sociedades de capital la concurrencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a un valor inferior a la mitad del capital social, a menos que, por encontrarse la sociedad en estado de insolvencia, haya sido declarada en concurso de acreedores”. *Sensu contrario* es claro que el legislador desecha como causa de responsabilidad especial de los administradores de las sociedades mercantiles, la totalidad del resto de las causas legales de disolución que contempla el artículo 272-8.1 ALCM, en línea con el artículo 363 LSC, esto es a salvo del artículo 363.1.e LSC, a saber:

a) El cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En todo caso, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año.

b) La conclusión de la empresa que constituya su objeto.

c) La imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social

d) La paralización de la junta general, por imposibilidad manifiesta de adoptar acuerdos sociales.

Estamos, pues, ante una causa de disolución legal que sólo opera al respecto de las sociedades de capital y que es además la única que puede generar la responsabilidad que venimos a estudiar en este trabajo³.

No es que el resto de las citadas causas de disolución no puedan acarrear la responsabilidad de los administradores sociales, es que tal responsabilidad no podrá ser en adelante por las deudas sociales sino que, en su caso, sólo habrá responsabilidad si el incumplimiento de los deberes de los administradores respecto de las mismas acarrea la generación de daños al patrimonio social o a terceros, ya que la responsabilidad que

³ Ya destacó el Informe del CGPJ al ALCM que “La propuesta distingue entre las causas de disolución aplicables a toda clase de sociedades mercantiles, reguladas en el apartado 1 del art. 272-8, y la causa de disolución que sólo es aplicable a las sociedades de capital, regulada en el apartado 2 de este artículo, que es la de pérdidas que reduzcan el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, a menos que la sociedad hubiera sido declarada en concurso de acreedores. Esta distinción es muy relevante, porque la responsabilidad de los administradores se referirá únicamente a la concurrencia de esta última causa de disolución (art. 272-12), y no al resto, como se regula en la actualidad en el art. 367 LSC”.

aquí analizamos, aunque la PCM guarde silencio al respecto, hay que entender que sigue siendo una responsabilidad que tiene el carácter sanción civil⁴.

Siguen quedando también al margen de la responsabilidad por las obligaciones sociales por causa de disolución las causas estatutarias de disolución previstas en el artículo 272-8.3 ALCM.

En conclusión, apreciamos, en primer lugar, que el ALCM implica una reducción del ámbito objetivo de los supuestos de hecho desencadenantes de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital por las obligaciones sociales por causa de no disolución. Ahora bien, esta reducción tendrá una trascendencia práctica más limitada, en cuanto que se mantiene en el futuro texto legal proyectado la causa estrella generadora de responsabilidad: las pérdidas patrimoniales agravadas. Sigue, por tanto, siendo necesario que el patrimonio neto sea inferior al valor de la mitad del capital social pero sigue además siendo necesario que la causa de ello sean las pérdidas en que haya incurrido la sociedad. En consecuencia, entendemos que, por ejemplo, un patrimonio neto inferior a la mitad del capital social por causa de autocartera -la reforma contable de 2007 obligó a que las acciones y participaciones propias estableciendo figuren en el patrimonio neto del balance restando: «Para concluir con las principales novedades del balance sólo resta mencionar la modificación operada en los instrumentos de patrimonio propio (con carácter general, acciones y participaciones propias) cuya presentación en el nuevo Plan se realiza minorando en todo caso la cifra de fondos propios» Introducción del R.D 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad- puede no ser causa legal de disolución, a menos que se mantenga una concepción extensiva de pérdidas que vayan más allá de las pérdidas de explotación del negocio de la empresa.

2. LA CAUSA LEGAL DE DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS, COMO PRIMER Y ÚNICO, EN CUANTO A LAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN, PRESUPUESTO DEL NACIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD

El legislador, al redactar el ALCM, viene a dar carta de naturaleza a algo que se puede venir apreciando con la práctica jurisprudencial de la responsabilidad de los administradores bajo la vigencia de la LSC, que es, como anticipábamos al final del epígrafe precedente de este artículo, la circunstancia constatada una y otra vez en la práctica, de que la causa legal estrella de disolución y, por ende, de responsabilidad de los administradores, es la concurrencia de pérdidas patrimoniales agravadas. Bien es cierto que su relevancia se vio disminuida en teoría por causa de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, al haber dado cabida a las Sociedades Limitadas de Fundación Sucesiva, que, como se desprende del artículo 4 bis LSC, pueden tener un capital social de un euro. En la práctica tal disminución de relevancia no fue realmente tan grande, por causa de que ese tipo de S.R.L. ha fracasado y porque, además, tampoco la diferencia es muy sensible, en caso

⁴ GONZÁLEZ CABRERA, I., “Primeras reflexiones...”, ob. cit., pp. 367-368 y 369.

de crisis patrimonial entre tener que reunir un patrimonio neto mínimo de mil quinientos euros –son numerosísimas las S.R.L. con el capital social mínimo legal de tres mil euros- o de cincuenta céntimos de euro –para el caso de tratarse de una SLFS con un capital social mínimo de un euro-⁵.

El canon de medida de las pérdidas patrimoniales que es causa legal de disolución conforme al artículo 272-8.2 ALCM es el mismo que en el artículo 363.1.e LSC, la reducción del valor o cantidad del patrimonio neto por debajo de la mitad de la cifra del capital social. Hasta aquí, por tanto, nada cambia. Nótese que se traspasa al texto del ALCM la regulación particular que a estos efectos tienen los préstamos participativos, pues el artículo 573-10 ALCM, primero los define (en su apartado 1: *“Por convenio expreso de las partes podrá establecerse que la retribución del prestamista consista, en todo o en parte, en un porcentaje del beneficio que obtenga el prestatario en la actividad para la que se destinen los fondos prestados, o de su volumen de negocio, o en un margen del aumento de valor que experimente el patrimonio de éste, en un determinado plazo”*) y luego contempla el mantenimiento de su particular incidencia enervatoria de la causa legal de disolución por pérdidas, de especial incidencia en el ámbito de este estudio (en su apartado 3: *“En el caso de que el prestatario sea una compañía mercantil cuyo tipo social limite la responsabilidad de sus socios, los capitales que reciba a título de préstamo con carácter subordinado, postergando su rango al de los demás acreedores, presentes o futuros, tendrán la consideración de patrimonio neto de la entidad prestataria a los efectos de distribución de beneficios, de la reducción obligatoria del capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas. El pago de su retribución se antepondrá al cobro de los dividendos, de cualquier clase, que pudieren corresponder a sus socios”*).

Como es relativamente frecuente que la situación de pérdidas patrimoniales agravadas coincida con una situación de insolvencia de la sociedad que las padece –si bien ello no siempre es así, puesto que “cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo ser liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual”⁶,

⁵ Como dice el maestro VICENT CHULIÀ, F., “La Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles”, *RDP*, nº 33/2014, www.westlawinsignis.com, “la autorización por los legisladores continentales de sociedades con un euro de capital refuerza la convicción de que el capital social no sirve para nada, sino que lo relevante es el patrimonio neto”.

⁶ Como tiene dicho la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena; Id Cendoj: 28079110012014100165), comentada y compartida por SANZ ACOSTA, L., “La causa de disolución por pérdidas agravadas no es insolvencia a efectos concursales (A propósito de la STS de 1 de abril de 2014)”, *Act. Civil*, nº 7-8, julio-agosto 2014, pp. 858-862. Ya en la jurisprudencia menor se viene haciendo aplicación de tal doctrina, por ejemplo en la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Baleares de 28 de octubre de 2014 (Ponente: Iltna. Sra. Dª. Mª. Covadonga Sola Ruiz; Id cendoj: 07040370052014100250).

de modo que no hay que confundir ambas situaciones⁷-, el artículo 272-8.2 ALCM explicita que cuando se dé tal situación, la sociedad mercantil que, conforme a los artículos 2 y 5 LC, estará obligada a solicitar su declaración de concurso, si se encuentra declarada en concurso ya no estará incurso en causa legal de disolución por pérdidas. Hace, pues, el ALCM primar la declaración de concurso sobre la disolución societaria, en el bien entendido sentido que el propio ALCM, en su artículo 272-6.1, contempla que la declaración de concurso no es causa de disolución de las sociedades mercantiles, previéndose la disolución de pleno derecho por la apertura de la liquidación concursal (artículo 272-6.2 ALCM).

En este punto sí hay diferencia con el artículo 363.e LSC, toda vez que en este último se contempló como alternativa a la disolución la mera procedencia de la solicitud de declaración de concurso, previsión que desaparece y que ya ha recibido el elogio de la doctrina⁸.

De esta forma resulta como conforme al artículo 272-8.2 ALCM no hay causa legal de disolución por pérdidas, susceptible de desencadenar la responsabilidad societaria de los administradores sociales, cuando la sociedad mercantil tenga un patrimonio neto de valor inferior a la mitad del capital social pero haya sido declarada en concurso. No basta, pues, con que sea insolvente, ni tampoco es suficiente con que se haya solicitado, por ella misma o por un tercero, su declaración de concurso, voluntario o necesario. Es necesario que haya recaído ya el Auto de declaración de concurso, abstracción hecha de que se trate de un concurso voluntario o de un concurso necesario⁹.

Con esta nueva previsión legal proyectada entendemos que encuentra más apoyo la solución ya alcanzada en la jurisprudencia en aplicación de la LSC, al considerar que mientras que la sociedad de capital esté en cumplimiento del convenio concursal no

⁷ Volvió sobre este tema la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2014 (Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol; Id Cendoj: 28079110012014100338): *“En el segundo motivo, invoca sentencias de esta Sala en materia de responsabilidad societaria, cuya doctrina, según dice, infringe la sentencia recurrida. Por tanto, es también de aplicación al presente motivo cuantas consideraciones se han efectuado al comienzo del motivo primero.- Ni la materia tratada es la misma, ni los bienes protegidos son los mismos, y la razón de su responsabilidad es distinta. Nos hallamos ante un concurso de acreedores, el bien protegido es la masa activa y pasiva del concurso y, mientras en materia societaria se sanciona la omisión de convocar, en el concurso se sanciona el agravamiento que se anuda a una o varias acciones, de entre las que se encuentra la de no cumplir con el deber impuesto en el art. 5 LC”*.

⁸ GONZÁLEZ CABRERA, I., “Primeras reflexiones...”, ob. cit., p. 364.

⁹ Para ver la situación precedente, respecto de las suspensiones de pago y la no enervación de la responsabilidad por no disolución, *vid.* la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014 (Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol; Id Cendoj: 28079110012014100398), y ya respecto del concurso, entendiendo que cesa el deber de disolver si se insta la declaración de concurso, al tiempo que no se sana por la solicitud de declaración de concurso la responsabilidad por no disolución en que se haya podido incurrir, únicamente lo que ocurre es que por efecto del artículo 50.2 LC queda suspendida la acción de responsabilidad por no disolución que se hubiera ejercitado y por efecto del artículo 51 bis.1 LC queda impedido el ejercicio de una nueva acción de responsabilidad desde la declaración hasta la conclusión del concurso, de modo que hay que interpretar que para que no se incurra en responsabilidad por no disolución es necesario que la solicitud de declaración de concurso se haya presentado en el plazo de los dos meses para convocar Junta General de disolución, *vid.* la Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena; Id Cendoj: 28079110012014100165) y de 8 de octubre de 2014 (Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol; Id Cendoj: 28079110012014100472).

cabe aplicar el régimen de responsabilidad por no disolución¹⁰. Y es que con la previsión del ALCM consideramos que en tanto el concurso no concluya por el cumplimiento del convenio concursal, amén de las razones expuestas en la Sentencia referida en la nota anterior, la sociedad sigue estando en concurso, de modo que encaja mejor en la previsión legal de que no hay obligación de disolución y por ende no puede haber responsabilidad societaria de sus administradores al respecto¹¹.

Queda sin regular en el ALCM la extensión de la prevalencia del precurso y de los acuerdos extrajudiciales de pago a la disolución forzosa por pérdidas patrimoniales agravadas, tal y como se podría haber hecho siguiendo el ejemplo italiano del artículo 33 del D.L. de 22 de junio de 2012, n. 83, sobre *misure urgente per la crescita del Paese*, convertido en Ley de 7 de agosto de 2012, que reformó el artículo 186 sexies de la *Legge Fallimentare*, al establecer que desde la fecha de la presentación de la demanda de admisión del *concordato preventivo* o de la demanda de homologación de un acuerdo de reestructuración o de su propuesta y hasta la homologación de los mismos por el Tribunal no son de aplicación los artículo 2484.4 y

¹⁰ Es el criterio de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Id Cendoj: 28079110012013100598): “*Tampoco durante la fase de cumplimiento del convenio puede surgir el deber de promover la disolución y la consiguiente responsabilidad por no hacerlo dentro del plazo legal. Lo impide, no la vigencia de los efectos de la declaración de concurso, que cesan conforme al art. 133.2 LC, sino la propia normativa societaria (en nuestro caso, los arts. 260.1.4º y 262.2 y 5 TRLSA), que establece el concurso de acreedores como un límite al deber de los administradores de promover la disolución, bajo la lógica de que la situación de concurso de la compañía se rige por una normativa propia, que expresamente prevé la disolución de la compañía, como consecuencia necesaria a la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC), y que, en caso de aprobación de convenio, impone al deudor el deber de instar la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación (art. 142.2 LC). En su caso, el incumplimiento de este deber puede operar de forma refleja al juzgar sobre la calificación del concurso, en concreto la conducta tipificada en el art. 164.2.3º LC*”.

¹¹ Bajo la vigencia de la LSC cfr. la crítica de MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Deberes de promoción de la disolución y convenio concursal (Comentario a la STS [1ª] de 15 de octubre de 2013)”, *RDM*, nº 292, abril-junio 2014, esp. pp. 625-628, donde llega a defender también la posibilidad de ejercitar una acción individual de responsabilidad de los administradores de la sociedad en pérdidas durante el cumplimiento del convenio, por entender que se incumplen los deberes precontractuales de información o por causa de la inducción a la contratación con una sociedad insolvente, cubriendo tal responsabilidad no el impago de la deuda sino el interés contractual negativo como puede ser el valor de la prestación realizada, que es, a su juicio, el verdadero daño directo. Más matizadamente, también es crítico JUSTE MENCIA, J., “Disolución por pérdidas graves durante el cumplimiento del convenio y responsabilidad de administradores sociales”, *RCP*, nº 21, 1º semestre 2014, www.laley.es, cuando entendió “que la solución del TS, en el caso de consolidarse, podría brindar la seguridad jurídica que los administradores de sociedades concursadas con frecuencia demandan, y evitar la paradójica situación de que la norma sobre disolución obligatoria pueda conducir al fracaso del convenio por razón distinta a la de su incumplimiento, hay que advertir que se asienta sobre una interpretación de la ley vigente discutible. El TS aboga por una sustitución de las normas societarias por las concursales, no basadas en estas últimas, sino en el contenido de aquellas mismas disposiciones societarias. Estas dispensan de la disolución cuando «sea procedente la declaración de concurso», expresión legal ésta que puede identificarse, en los términos más arriba examinados, como «situación de insolvencia». Pero, si la sociedad, a pesar de las pérdidas graves, es solvente a los efectos de la ley concursal, debería considerarse plenamente vigente la obligación de convocar la Junta general para que los socios consideren la oportunidad, sea de disolver, sea de proponer medidas alternativas que reequilibren la situación de pérdidas cualificadas. Es cierto que la normativa concursal prevé, como subraya la sentencia, la disolución como consecuencia de la apertura de la liquidación. Pero de ahí no se deduce que la única causa de disolución obligatoria, pendiente el concurso, sea la del incumplimiento del convenio”.

2545 duodecimos *Codice civile* sobre disolución obligatoria de las sociedades de capital y de las sociedades cooperativas en caso de pérdidas¹².

El problema puede, pues, seguir estando en España, a nuestro juicio, porque el precurso puede durar cuatro meses y el plazo para convocar Junta de disolución recordemos que es de dos meses, por lo que si coincidieran pérdidas patrimoniales agravadas e insolvencia, entendemos que lo que se podría hacer es convocar la Junta de disolución dentro del periodo de precurso y dejar sin efecto dicha convocatoria si antes de la celebración se declarase el concurso.

3. LOS RESTANTES PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Una vez acreditada la concurrencia de la citada situación de pérdidas patrimoniales agravadas en la sociedad mercantil, que es causa legal de disolución y detonante de la responsabilidad de los administradores por las obligaciones o deudas sociales, siempre que la sociedad no haya sido declarada en concurso voluntario o necesario dentro del plazo de los dos meses desde la concurrencia de la causa de disolución por pérdidas patrimoniales agravadas, es necesario que concurren más requisitos para que pueda aplicarse la responsabilidad contemplada en el artículo 272-12 ALCM, que son los que seguidamente se analizan. Téngase en cuenta que se trata de presupuestos alternativos, siendo suficiente con la concurrencia de alguno de ellos para que nazca la responsabilidad que ahora se analiza.

Pues bien, tales presupuestos son:

a) Uno primero, completamente novedoso en el Derecho español de sociedades de capital, es que no se hubieran formulado dentro del plazo, hay que sobreentender que legal –que sigue siendo de tres meses contados a partir de la fecha de cierre del ejercicio; artículo 241-1.1 ALCM: “*Los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados*”-, las cuentas del ejercicio social anterior.

Hasta la previsión legal referida, la no formulación de las cuentas se consideraba que podría engendrar una responsabilidad individual de los administradores sociales. Con esta nueva previsión la no formulación de las cuentas anuales de una sociedad mercantil en pérdidas es causa desencadenante de responsabilidad para sus administradores. Conforme al artículo 241-1 ALCM “*Los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados*”.

El problema interpretativo que aquí apreciamos es que el legislador habla de la no formulación en plazo de las cuentas del ejercicio social anterior, debiendo concretar

¹² Vid. su referencia comparada en España, en MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Deberes...”, ob. cit., p. 625, nota (4).

anterior a qué. En este punto parece que se trata del ejercicio social anterior a la concurrencia de las pérdidas, interpretación que entendemos que debe ser corregida con una nueva redacción, en la medida en que lo lógico es que lo relevante sea la no formulación de las cuentas anuales que hubieran reflejado las pérdidas patrimoniales agravadas. Se trataría, pues, de acreditar que una sociedad no formuló las cuentas anuales en plazo en el ejercicio social en el que se debieron plasmar contablemente por vez primera las pérdidas patrimoniales agravadas, que redujeron su patrimonio neto por debajo de la mitad de la cifra de su capital social.

Entendemos que la aplicación práctica de esta nueva causa de responsabilidad de los administradores de las sociedades en pérdidas no va a estar exenta de riesgos para los acreedores que ejerciten tal acción de responsabilidad. Y es que en tal caso, a falta de cuentas anuales depositadas, el acreedor demandará las más de las veces a ciegas, a expensas de que en el curso del procedimiento judicial de exigencia de responsabilidad los administradores demandados puedan acreditar que las cuentas anuales sí estaban formuladas, aunque no se hubieran depositado.

En conclusión, la responsabilidad por deudas exige que haya pérdidas patrimoniales agravadas, de modo que no hay responsabilidad por deudas sólo por no formular cuentas anuales en plazo.

b) El segundo presupuesto es un clásico, el incumplimiento del deber de convocatoria en plazo de la Junta de socios. Este presupuesto, contemplado en el artículo 272-12.1.b ALCM, es, de un lado, consecuencia de la previsión del artículo 272.9.1 ALCM, que exige el acuerdo de la Junta General para la disolución social, al tiempo que, de otro lado, ha de ponerse en relación con el artículo 272-11 ALCM, que introduce importantes novedades en materia de los deberes de los administradores en caso de pérdidas patrimoniales agravadas, puesto que:

1. Determina que las pérdidas relevantes son las que se desprenden de las cuentas anuales. Ello implica que se dejen fuera las pérdidas detectadas durante el ejercicio, en cualquier documento contable que lleve la sociedad o como consecuencia, por ejemplo, de una auditoría que se haga de la misma en el curso de una *due diligence*. Estamos, así pues, ante un nuevo criterio legal, en línea con el que en su día estuvo proyectado en el Proyecto de Ley de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea¹³, conforme al cual entendemos que se puede proponer la siguiente regla: durante el ejercicio social no hay pérdidas relevantes a efectos de responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales, las únicas pérdidas relevantes son las que arrojen las cuentas anuales. En este punto, entendemos que la nueva regulación

¹³ Según ya destacaron en la doctrina MIRANDA SERRRANO, L. M^a. y J. PAGADOR LÓPEZ, “¿De qué obligaciones responden los administradores sociales cuando incumplen sus deberes legales en caso de pérdidas que reducen el patrimonio por debajo de la mitad del capital social?”, 7 de octubre de 2014, <http://www.thinktankjuridico.com/articulo.php?a=143> y de nuevo MIRANDA SERRANO, L. M^a., “Claves del régimen de responsabilidad de los administradores por no promover la disolución de la sociedad en caso de pérdidas graves”, *RAD*, nº 6/2014, www.westlawinsignis.es.

legal introduce mayor seguridad para los administradores¹⁴, al tiempo que también es cierto que dilata la actuación ágil por parte de los mismos, lo que, a su vez, puede desembocar en un mayor deterioro de la situación patrimonial de la sociedad de capital, por el tiempo transcurrido entre el primer momento en que se incurre en las pérdidas patrimoniales agravadas y el momento posterior en el tiempo en que se formulen y aprueben las cuentas anuales en las que las mismas aparecerán reflejadas.

2. Concreta que el contenido de la convocatoria de la Junta de socios de aprobación de las cuentas anuales¹⁵ ha de ser:

- ya enervar la causa disolutoria, mediante el aumento, reducción o reintegración del capital social, que debe sobreentenderse ha de serlo en la medida suficiente para conseguir que el patrimonio neto alcance, al menos, la mitad del capital social, debiendo añadir por nuestra parte la posibilidad de que se incluya en la convocatoria una operación acordeón, de reducción y aumento simultáneo del capital social en la medida suficiente para alcanzar el antes citado canon de patrimonio neto respecto del capital social. Especifica en este punto el artículo 272-9.3 ALCM algo que, en todo caso, es obvio, como es la exigencia de que el acuerdo de remoción referido esté previsto en el orden del día de la Junta General convocada al efecto, ya que hay que estar a la aplicación del artículo 231-60.1 ALCM: *“En todo caso, la convocatoria expresará la denominación y domicilio de la sociedad, la fecha y hora de la reunión, así como el orden del día, en el que deberán figurar, con la debida claridad y por separado, los asuntos a tratar”*. Olvida, de otro lado, en este punto la reforma otras posibles alternativas enervatorias: la adopción del acuerdo de aceptar un préstamo participativo ofrecido por un socio o por un tercero, o bien la conversión de un préstamo o crédito ordinario en participativo, así como las reintegraciones patrimoniales a fondo perdido a favor de la sociedad;

- ya disolver la sociedad.

3. Determina que la convocatoria ha de hacerse en plazo legal, siendo el mismo el contemplado en el artículo 272-9.2 ALCM, que fija en dos meses el plazo para convocar, contado desde la concurrencia de las pérdidas, esto es, desde la formulación de las cuentas anuales en las que las mismas aparecen detectadas.

Una vez más hay que insistir en que el deber legal de los administradores es que la convocatoria esté hecha en el plazo de los dos meses citados, no siendo necesario, pues, que la Junta se haya celebrado o debido celebrar dentro de esos dos meses. La

¹⁴ Justamente por este motivo se muestra partidaria de la PCM, MÁRQUEZ LOBILLO, P., “Acción de responsabilidad contra los administradores sociales por no instar la disolución de una sociedad declarada en concurso (Sentencia 15 octubre 2013)”, *CCJC*, nº 95, mayo-agosto 2014, p. 363.

¹⁵ Puntualiza en este sentido el Informe del CGPJ al ALCM que “será en el orden del día de la junta ordinaria que deba aprobar las cuentas en la que deberá incluirse la propuesta de aumentar, reducir o reintegrar el capital social o de disolver la sociedad”. Tal novedad legislativa se elogia por el CGPJ en su referido Informe pues entiende que “se atenúa más el rigor del régimen de responsabilidad, que tal y como está configurado legalmente en la actualidad es excesivo, y sobre todo se racionaliza más, ya que el deber de instar la disolución se anuda a un momento adecuado, el de formulación de las cuentas anuales, y a su aprobación por la junta. Esta regla se adecúa mejor a lo que en la práctica resulta exigible a los administradores de la sociedad, que al término del ejercicio económico, al formular las cuentas anuales, si se cumple el presupuesto previsto de pérdidas que reducen el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, se proponga a la junta la adopción del acuerdo de disolución o una medida de remoción de esta causa, sin perjuicio de que si procede se inste el concurso de acreedores”.

Junta se habrá de celebrar en el día señalado en la convocatoria, debiendo evitarse los fraudes de ley de convocatorias para celebrar Junta dentro de plazos excesivamente dilatados, pero sin que sea necesario estar al mínimo plazo legal de antelación de la convocatoria, cuantificado en un mes en el artículo 263-17.3 ALCM, susceptible de reducción a quince días “cuando la sociedad ofrezca a los accionistas la posibilidad efectiva de votar por medios electrónicos accesibles a todos ellos” (artículo 283-2.1 ALCM).

c) Y el tercer y último presupuesto es otro clásico, la no solicitud de disolución judicial de la sociedad, prevista en el artículo 272-10.2 ALCM, y que habrá de formularse en el plazo de un mes a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta de disolución, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado. Nótese que en este punto se reduce a la mitad el plazo de dos meses que contempla el artículo 367 LSC.

Expuestos los presupuestos que se acaban de resumir es claro que se sigue estando ante una responsabilidad objetiva, por deuda ajena, sancionadora o *ex lege*, y no ante una responsabilidad por daños. Se responde por el mero hecho de incumplir unos deberes legales y el ámbito objetivo de la responsabilidad es hacer frente a las obligaciones sociales. Entramos, por tanto, en el siguiente epígrafe a tratar ya de estos últimos aspectos que acabamos de referir.

4. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES, ÁMBITOS SUBJETIVO Y OBJETIVO

Concurriendo los presupuestos que se han analizado hasta ahora, los sujetos de la responsabilidad que regula el artículo 272-12 ALCM son los administradores, no, por tanto, los apoderados, directores generales ni el personal de alta dirección de la sociedad¹⁶, sin que el legislador siga en este punto sin especificar si solo se trata de los administradores de derecho o se incluye también a los administradores de hecho. Siendo esta una cuestión controvertida por causa de que los administradores de hecho no pueden convocar Juntas ni solicitar la disolución judicial como tales, hubiera sido conveniente que se hubiera especificado este aspecto del ámbito objetivo de la responsabilidad¹⁷. Y es que, de mantenerse la redacción del Anteproyecto en el texto legal definitivo podrá seguir arguyéndose que si el administrador de hecho no puede convocar no puede responder por no convocar, frente a lo cual se contravendrá que es cierto que no podía formalmente convocar pero sí que podía hacer que el administrador formal u hombre de paja convocase, de modo que si no se convocó fue porque, en realidad, el administrador de hecho no quiso que se convocase y por ello ha de

¹⁶ Respecto de tal personal de alta dirección también GONZÁLEZ CABRERA, I., “Primeras reflexiones...”, ob. cit., p. 370.

¹⁷ Entiende GONZÁLEZ CABRERA, I., “Primeras reflexiones...”, ob. cit., p. 3709, que a pesar de la referida omisión del legislador en la PCM también el administrador de hecho responde por las deudas sociales.

responder de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de las pérdidas patrimoniales agravadas.

Por lo demás, la responsabilidad de los administradores sigue siendo solidaria, cuidándose ahora, eso sí, el artículo 272-12.1 ALCM de explicitar que esa solidaridad es de todos los administradores entre sí¹⁸ y de los mismos con la sociedad¹⁹. Hubiera sido aconsejable en este punto que el precepto diera solución a la cuestión controvertida de si, dada esa solidaridad, también la sociedad, responsable solidaria con sus administradores, dispone de acción de regreso contra los mismos. Nuestra opinión sigue siendo la de que las deudas objeto de la responsabilidad son de la sociedad, de manera que cuando ésta las paga a sus acreedores las extingue y carece de acción de regreso contra sus administradores.

Ya en cuanto al ámbito objetivo de la responsabilidad, el artículo 272-12.1 ALCM vuelve al concepto de “deudas sociales”, en lugar del concepto de “obligaciones sociales” del artículo 267.1 LSC. Nosotros siempre hemos sido de la opinión de que se trata de conceptos intercambiables, por lo que entendemos que carece de relevancia práctica el empleo de uno u otro concepto.

Por otro lado, sigue el artículo 272.12.2 ALCM la vía restrictiva del ámbito objetivo de esta responsabilidad iniciada con la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, que fue la primera que modificó el artículo 262.5 LSA y el artículo 1015 LSRL, para hacer responder a los administradores por no disolución de las obligaciones sociales posteriores a la concurrencia ahora de la causa legal de disolución por pérdidas, con presunción *iuris tantum* de que concurre tal circunstancia, haciendo recaer, *ex articulo 272-12.2 ALCM* y por aplicación del principio de disponibilidad y facilidad probatoria²⁰, en los administradores sociales la carga de probar que la causa de disolución no concurría en el momento de nacimiento de la obligación social de la que se pretende hacer responsable al administrador social.

Con el mantenimiento de esta redacción compartimos el criterio del Tribunal Supremo de que el conocimiento por parte del acreedor de la precaria situación de la sociedad es irrelevante a los efectos del triunfo de esta acción de responsabilidad. Y es que si se mantuviese la interpretación de que esta responsabilidad por deudas no opera cuando el acreedor conocía al tiempo de contratar la situación de crisis económica de la sociedad, se vaciaría de contenido el precepto, pues en el caso más común de pérdidas que dejan el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad del capital social, que no tiene por qué ir asociada a la insolvencia, pero en la mayor parte de los casos sí va

¹⁸ En este punto no vemos tanta diferencia con el régimen de la LSC, como el que aprecia GONZÁLEZ CABRERA, I., “Primeras reflexiones...”, ob. cit., pp. 371 y 373, pues entendemos que habrá que seguir admitiendo la exoneración de los administradores a quienes no sea imputable la infracción de los deberes legales específicos que estamos analizando, casos tales como los de los administradores enfermos o de aquellos administradores que pese a haber actuado diligentemente y con el mayor esfuerzo no han podido, pese a ello, dar cumplimiento a los deberes legales que se les impone por la PCM, por no haber sido capaces, pese a ese empleo de diligencia, de detectar las pérdidas patrimoniales agravadas.

¹⁹ Como dice el Informe del CGPJ al ALCM “es también un acierto que se aclare que la responsabilidad es solidaria entre los administradores y con la propia sociedad, pues la regulación actual que no hace esta precisión puede dar lugar a equívocos”.

²⁰ Con MIRANDA SERRRANO, L. M. y J. PAGADOR LÓPEZ, “¿De qué obligaciones...”, ob. cit.

ligada a ella, la mayoría de quienes siguen contratando y suministrando a la sociedad conocen su precaria situación económica²¹.

Ha faltado que el legislador previese que el administrador responde hasta que cesa en su cargo, de modo que no responde de las obligaciones sociales contraídas tras su cese, estando la sociedad en causa legal de disolución por pérdidas²², en tanto que sí se viene a coincidir, en parte, con la tesis de que tampoco se responde de las obligaciones sociales contraídas tras haberse enervado, aunque fuese extemporáneamente, la causa de disolución o haberse cumplido tardíamente con sus obligaciones legales al respecto de convocatoria de Junta o de instar la disolución judicial, sin que ello, eso sí, sane la responsabilidad por las deudas anteriores a tal enervación y posteriores a la incursión en responsabilidad por no disolución²³.

Decimos que en esta última cuestión se coincide en parte con lo que es doctrina jurisprudencial bajo la LSC porque el artículo 272-12.3 ALCM va más allá, toda vez que dota al cumplimiento tardío de sus deberes legales por parte de los administradores de un efecto sanatorio radical, pues prevé que dicho cumplimiento tardío extingue la responsabilidad frente a todos los acreedores que no hubieran exigido judicialmente esa responsabilidad²⁴.

Nos encontramos en este punto ante un poderoso incentivo para demandar directamente, sin recurrir a previos requerimientos extrajudiciales. Y es que ante un requerimiento extrajudicial bastará con que el administrador cumpla los deberes legales formales del artículo 272.12 ALCM (a saber formular las cuentas anuales, convocar la Junta de disolución o solicitar la disolución judicial) para quedar completamente liberado de su responsabilidad legal por no disolución.

Entendemos que es suficiente con haber presentado la demanda de responsabilidad para enervar la posibilidad del comportamiento sanatorio de los administradores sociales antes referido. El ALCM puede convertir en este punto la formulación de demandas de responsabilidad de administradores en verdaderas carreras contrarreloj para conseguir materializar esa responsabilidad de los administradores.

Además, desde una perspectiva de política legislativa compartimos la crítica de que la responsabilidad prevista en estos casos constituye un garantía frente a los acreedores del cumplimiento de los créditos surgidos una vez nació el deber de instar la disolución, por lo que a menos que prescriba la acción, esta responsabilidad solidaria de los administradores no debería extinguirse con el cumplimiento tardío, máxime cuando

²¹ Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Id Cendoj: 28079110012013100790), con el Voto Particular del Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol.

²² Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Id Cendoj: 28079110012013100541) y de 3 de diciembre de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Id Cendoj: 28079110012013100722)

²³ Así, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Id Cendoj: 28079110012013100541), que reitera la posterior de 3 de diciembre de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo; Id Cendoj: 28079110012013100722). Ya en la jurisprudencia menor, aplicando esa misma doctrina, por ejemplo, *vid.* la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de diciembre de 2013 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Mª. Ribelles Arellano; Id Cendoj: 08019370152013100441).

²⁴ Se mostró en la doctrina científica favorable a esta previsión MIRANDA SERRANO, L. Mª., “Claves del régimen...”, *ob. cit.*

este cumplimiento tardío no garantiza el pago por la sociedad de los créditos nacidos durante el incumplimiento²⁵.

5. LA PRESCRIPCIÓN Y REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Uno de los primeros caballos de batalla en la responsabilidad de los administradores por pérdidas patrimoniales agravadas en los albores del Derecho de sociedades de la última década del siglo XX fue el de la prescripción. Ello fue debido a la falta de un precepto legal específico en la LSA y en la LSRL, lo que hizo necesario a la jurisprudencia acudir a la prescripción cuatrienal del artículo 949 C. Com. de 1885, para resolver así el debate entre los acreedores, que defendían la aplicación de tal precepto, y los administradores demandados que han tratado durante décadas, y siguen algunos de ellos empeñadamente haciéndolo, de acudir al plazo de prescripción anual del artículo 1973 CC²⁶.

Es curioso cómo, a pesar de la copiosísima jurisprudencia recaída al respecto, más de dos décadas después la cuestión sigue siendo controvertida a instancia de no pocos administradores desesperados que buscan con ahínco su salvación a través de la prescripción anual de la responsabilidad extracontractual del artículo 1973 CC²⁷.

Advertimos, en todo caso, que el artículo 241 bis LSC, en redacción dada por el la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo, no dio solución expresa al supuesto de responsabilidad que aquí estudiamos, pues pasó a regular, por vez primera, es cierto, en la legislación de sociedades de capital, un plazo de prescripción para la acción de responsabilidad contra los administradores, pero lo hizo solo expresamente al respecto de la acción individual y de la acción social, con lo que quedó sin regulación la

²⁵ Seguimos en este punto la crítica del Informe del CGPJ al ALCM.

²⁶ En todo caso, para un completo estudio actualizado de la aplicación del artículo 949 C. Com. en sede responsabilidad de administradores, desde una perspectiva crítica, *vid.* VÁZQUEZ CUETO, J. C., “La inscripción del cese de los administradores y el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad”, *RCDI*, mayo-junio 2014, pp. 1033-1102.

²⁷ Véase el ejemplo, criticado por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La importancia de publicar el cese o la dimisión de un consejero”, <http://jsanchezcalero.blogspot.com.es/2014/01/la-importancia-de-publicar-el-cese-o-la.html>, resuelto en la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena; RJ 2013/7822): “*La doctrina jurisprudencial quedó claramente establecida hace años y por ello resulta sorprendente que se llegara a plantear ante el Tribunal Supremo un recurso deficiente, que fuerza al Tribunal a recordar una doctrina sobradamente conocida. Tanto que la Sentencia referida confirma una Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra que, a su vez, había hecho lo propio con la del Juzgado de lo Mercantil. Ambos Tribunales de instancia se limitaron a aplicar correctamente aquella doctrina jurisprudencial... A continuación, recuerda el Tribunal que el cómputo del plazo de cuatro años que establece este precepto con respecto al cese del administrador debe tomar como dies a quo la constancia del cese en el Registro Mercantil. Sólo a partir de la inscripción registral puede oponerse al tercero de buena fe ese hecho como causa de exoneración: la publicidad registral impide a cualquier legitimado negar que conocía esa circunstancia. El Tribunal Supremo ratifica que se trata de una doctrina unánime y pacífica por medio de la apabullante cita de 19 precedentes. Si no recuerdo mal, en un asunto penal antiguo, un letrado recurrente denunció que la sentencia de casación citara un número considerable de sentencias antecedentes. Alegaba el denunciante que esa cita era una desconsideración. La respuesta que se me ocurre, para quien tenga la tentación de seguir esa queja, es que la mejor forma de evitar la supuesta desconsideración habría sido leer esas sentencias y renunciar a debatir una cuestión zanjada”.*

prescripción de la acción de responsabilidad de administradores sociales por deudas. Es de hacer notar que ya en la doctrina se han acercado los artículos 241 bis LSC y 949 C. Com., al considerar que este último en las acciones de daños debe interpretarse en el sentido de que el plazo de prescripción cuenta desde la fecha en que se produjeron los daños, por lo que se estima que el artículo 241 bis LSC es norma cuasi-declarativa del correcto, a su juicio, sentido del artículo 949 C. Com.²⁸

En todo caso, a nuestro juicio, la prescripción cuatrienal del artículo 241 bis LSC, con un *dies a quo* diferente al del artículo 949 C. Com., que es el del día en que hubiera podido ejercitarse la citada acción individual o social de responsabilidad, no se aplicó a la acción de responsabilidad contemplada en el artículo 367 LSC. Tal situación se mantiene con el artículo 215-20 ALCM, que es reproducción del precitado artículo 241 bis LSC.

Pues bien, el artículo 272-12.4 ALCM da solución legal expresa por vez primera a esta materia al contemplar un plazo especial de prescripción²⁹:

- a) Cuya duración es de dos años. Se aprecia, en este punto, que el legislador es más benigno en este punto con los administradores sociales, pues reduce a la mitad el plazo de prescripción general de responsabilidad de los mismos³⁰;
- b) Y cuyo *dies a quo* es el día en que se pudo ejercitar la acción de responsabilidad, previsión ésta en línea con la del artículo 712-2.1 PCM, cuando dice que “*El plazo de prescripción comienza a correr desde el día en que la obligación es exigible.*”

No especifica en este punto cuál es ese día, entendiendo por nuestra parte que es el mismo día en que haya concurrido en una sociedad mercantil en pérdidas patrimoniales el primero de los presupuestos de hecho contemplados en el artículo 272.12 ALCM: ya la no formulación en plazo de las cuentas anuales que hubieran arrojado las pérdidas patrimoniales agravadas, ya la no convocatoria en plazo de Junta General de disolución o de enervación de la misma, ya la no solicitud en plazo de disolución judicial.

Nótese, pues, la notable reducción del plazo de prescripción que practica el legislador en dos ámbitos:

- a) En el plazo en sí, que se reduce de cuatro a dos años, plazo que está a su vez por debajo del plazo general de cuatro años que contempla el artículo 712-1 ALCM;
- b) Y en el *dies a quo*, que ya no es el día en que el administrador social deja de serlo, sino el normalmente muy anterior en que incumple sus específicos deberes legales en este ámbito, lo que amén de reducir tal plazo en términos

²⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “¿Cuál es el *dies a quo* para calcular el plazo de 4 años de prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores?”, 18 de diciembre de 2014, <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2014/12/cual-es-el-dies-quo-para-calculer-el.html>.

²⁹ Se mostró elogioso con esta intervención del legislador MIRANDA SERRANO, L. M^a., “Claves del régimen...”, ob. cit.

³⁰ No ve razón para ello el Informe del CGPJ al ALCM.

reales, proporciona mayor seguridad jurídica, al no tener que estar ya a conocer cuándo ha dejado o no de ser tal el administrador social afectado³¹.

Trata, pues, el legislador de circunscribir en el tiempo la responsabilidad de los administradores por no disolución, muestra más de la tendencia a su progresiva restricción puesto que:

- a) Se mantiene el ámbito objetivo reducido que se adoptó por vez primera en 2005;
- b) Se circunscribe la disolución legal forzosa a estos efectos a las pérdidas patrimoniales agravadas;
- c) Se potencia y premia el cumplimiento tardío de sus obligaciones legales por los administradores, con efectos sanatorios de la responsabilidad no reclamada judicialmente;
- d) Y se reduce notablemente el plazo de prescripción.

La contrapartida es únicamente la responsabilidad en lo que se refiere a su conexión con el deber de formulación en plazo de las cuentas anuales.

Ya en lo que se refiere a la interrupción de tal plazo de prescripción habrá que remitirse a la previsión general del artículo 713-1 ALCM, que contempla como causas de interrupción de la prescripción:

- a) La demanda u otro cualquier género de interpelación judicial hecha al deudor.
- b) El reconocimiento de las obligaciones por el propio deudor.
- c) Y el requerimiento extrajudicial al deudor hecho por escrito, con la novedad en este caso de que, sin duda para evitar, la eternización de los plazos de prescripción que los convierta en papel mojado, se admite por una sola vez³².

Dado que, como decíamos antes, estamos ante una responsabilidad solidaria, tiene interés también atender al artículo 713-2.3 ALCM, cuando regula los efectos de la interrupción de la prescripción en tales casos, explicitando que la interrupción de la prescripción respecto a uno de los deudores solidarios produce los mismos efectos respecto a los demás deudores. Ahora bien, entendemos que en este caso en particular ha de estarse sólo a los administradores responsables solidarios, sin incluir a la sociedad, pues respecto de la misma *stricto sensu* consideramos que no es posible hablar de reclamación interruptiva de la prescripción, pues a la sociedad se le podrá reclamar el pago de su deuda, pero no la asunción de una responsabilidad de sus administradores sociales por no disolución forzosa.

³¹ En esa línea *vid.* también el Informe del CGPJ al ALCM: “debe considerarse conforme a la seguridad jurídica que el computo de este plazo comience desde el momento en que pudo ejercitarse la acción, y se abandone el criterio actual del cese del administrador, que dilatava en exceso el plazo de prescripción, en perjuicio de la seguridad jurídica, y, además, se complicaba, con frecuencia, con la controversia sobre la caducidad del cargo”.

³² Con carácter general, *vid.* las críticas a esta regulación del Informe del CGPJ al ALCM, por entender que se trata de una materia más propia de regulación general en el CC y en particular *vid.* que respecto de la interrupción de la prescripción por reclamación extrajudicial solo una vez es una “Solución que puede ser aceptable pero que, evidentemente, no está justificado el que en materia de obligaciones mercantiles se aparte del criterio general sentando por el Código civil, donde no hay limitaciones. La sede natural de esta opción restringida, si es que se acepta, es el C.c”.

Interrumpida la prescripción se volverá a computar de nuevo el plazo de dos años, como se desprende del artículo 713-2.1 ALCM, siguiendo el efecto clásico de la interrupción de la prescripción en nuestro Derecho privado.

Una última novedad en esta materia viene dada por la previsión de la suspensión de la prescripción que contempla el artículo 713-3.2 ALCM y que también tiene aplicación en el ámbito objeto de este estudio. Y es que se contempla por vez primera en el Derecho mercantil español la suspensión de la prescripción, como supuesto que implica que una vez que cese la causa de suspensión proseguirá el cómputo del plazo que reste para la prescripción. Tal causa de suspensión se circunscribe exclusivamente al supuesto en el que el acreedor se haya visto imposibilitado por causa de fuerza mayor para exigir su responsabilidad a los administradores sociales (artículo 713-3.1 ALCM).

Ya para concluir apuntar que entendemos sería positivo que se aprovechara el ALCM para reformar al mismo tiempo la LOPJ al objeto de reconocer en la letra de la Ley lo que tanto tiempo costó alcanzar en la jurisprudencia: nos referimos a la admisión legal de la acumulación ante el Juzgado de lo Mercantil de las acciones de reclamación del pago de sus deudas a la sociedad de capital y de responsabilidad por las obligaciones sociales de sus administradores por no disolución. Recordamos, en este sentido, la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012³³, sentencia de capital importancia en esta materia y que vio la luz varios meses después de su fecha, habiendo sido ya reiterada posteriormente por el Alto Tribunal, por ejemplo en Sentencia de 23 de mayo de 2013³⁴. Nótese que tal acumulación salva además los problemas ya planteados en la doctrina y en la práctica a propósito de los efectos de la sentencia recaída en el procedimiento independiente seguido contra la sociedad de capital en el ulterior seguido contra sus administradores³⁵.

³³ Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos; Jur. 2012/377591.

³⁴ Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena; Id Cendoj: 28079110012012100290. Sobre esta Sentencia y la anterior, *vid.* en la doctrina CORDÓN MORENO, F., “Incumplimiento de obligación social: acción frente a la sociedad y acción de responsabilidad frente a sus administradores”, *RAD*, nº 2/2014, www.westlawinsignis.es.

³⁵ *Vid.*, por todos, CORDÓN MORENO, F., “incumplimiento de obligación social...”, *ob. cit.*

LA PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS EXTERNOS EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL

PABLO MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA*

Resumen

El presente artículo se centra en el análisis de algunas cuestiones que suscita el régimen proyectado de los grupos de sociedades en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014. Se estudian las medidas de tutela de los socios externos; en concreto, el deber de información de la pertenencia al grupo, la acción de responsabilidad en defensa del interés social de la sociedad dependiente, el derecho de separación, la indemnización en caso de adquisición por la sociedad dominante de la totalidad del capital social de la sociedad dependiente y, por último, el derecho de información contable. En todos los temas se han tenido en cuenta el Derecho de sociedades vigente, el Derecho proyectado y las aportaciones de la jurisprudencia y la doctrina.

Contenido

1. Consideraciones preliminares. – 2. Medios de tutela del socio externo. – 2.1. Planteamiento del tema. – 2.2. Deber de información de la pertenencia al grupo. – 2.3. Acción de responsabilidad contra la sociedad dominante, contra sus administradores y contra los administradores de la sociedad dependiente. – 2.4. Derecho de separación. – 2.4.1. Derecho de separación del socio externo por integración de la sociedad en un grupo. – 2.4.2. Derecho de separación del socio externo por perjuicio a la sociedad dependiente sin compensación adecuada. – 2.5. Indemnización en caso de adquisición por la sociedad dominante de la totalidad del capital de la sociedad dependiente. – 2.6. Derecho de información contable. – 3. Conclusiones.

*Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Sevilla

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En el concepto de grupo de sociedades se mezclan las notas económicas y las jurídicas, puesto que resulta integrado por una pluralidad de sociedades independientes jurídicamente pero sometidas a una dirección económica unitaria¹. Por un lado, hay que subrayar la unidad económica del grupo, que tiende a la realización de un interés común mediante la actividad económica que desarrolla cada una de las sociedades que lo integran. Pero, por otro lado, también han de acentuarse los rasgos jurídicos o societarios del mismo, ya que está formado por una pluralidad de sociedades independientes desde un punto de vista jurídico. Unidad económica e independencia jurídica son los rasgos que se encuentran en la base de la noción de grupo de sociedades.

La constitución de los grupos de sociedades lleva consigo importantes consecuencias jurídicas (que han sido puestas de relieve especialmente por la doctrina y la jurisprudencia laboral y fiscal, y, aunque con posterioridad pero cada vez con mayor profundidad, en el ámbito mercantil²), algunas de las cuales han sido contempladas por el Ordenamiento jurídico español. La difusión de los grupos ha exigido una constante adaptación de las normas para regular distintos aspectos, como la definición de grupo, las cuentas consolidadas, el derecho de información contable, la transmisión de acciones o de participaciones entre sociedades del grupo, o la adquisición de acciones o de participaciones emitidas por la sociedad dominante. Pero hay otras muchas cuestiones que no se han regulado en el Derecho español vigente, que carece de una disciplina sistemática de los grupos de sociedades: así, por ejemplo, la legitimación del interés del grupo, la protección de socios y acreedores de las sociedades del grupo y la responsabilidad de la sociedad matriz y de sus administradores en ciertos supuestos.

En este escenario, en el que el régimen jurídico de los grupos de sociedades en el Derecho español se caracteriza por ser heterogéneo y fragmentario, surge la regulación proyectada en los artículos 291-1 a 291-37 del Anteproyecto de Ley de Código

¹ C. PAZ-ARES, “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, en VV.AA., *Lecciones de Derecho Mercantil* (dirección A. MENÉNDEZ y A. ROJO), ed. 12ª, Navarra, 2014, p. 642, sostiene que lo específico del grupo de sociedades no es la constatación de una situación de dominio o control de unas sociedades por parte de otras sino la existencia de una efectiva dirección económica unitaria. Sobre este concepto profundizan M. L. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, *Derecho de grupos de sociedades*, Madrid, 2009, ed. 2ª, p. 203 y ss. y J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ, “Los grupos por coordinación como instrumento de red”, en VV.AA., *Nuevas perspectivas del Derecho de Redes Empresariales* (dirección J. I. RUIZ PERIS), Valencia, 2012, pp. 260-264.

² Ya existe en España una abundante bibliografía sobre los grupos de sociedades, debiendo destacarse, por sus aspectos cualitativos y cuantitativos, la obra del profesor J. M. EMBID IRUJO. Entre muchas, *vid. Grupos de sociedades y accionistas minoritarios (La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo)*, Madrid, 1987, *Concentración de empresas y Derecho de cooperativas*, Murcia, 1991 e *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Granada, 2003. Más recientemente, “Ante la regulación de los grupos de sociedades en España”, en *RDM*, nº 284, 2012, pp. 25-52 y “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código Mercantil”, en *RDM*, nº 290, 2013, pp. 53-68.

Mercantil de 30 de mayo de 2014 (ACM). La disciplina del ACM hay que valorarla positivamente, aunque sólo sea por el hecho de que se haya optado, por ser absolutamente necesario, por dotar de un cierto régimen jurídico a los grupos de sociedades. Se podrán compartir o no las soluciones jurídicas, pero resulta loable que, por fin, exista la posibilidad de contar con una disciplina reguladora de algunos de los problemas que plantean los grupos de sociedades³.

Por lo tanto, actualmente en España no hay un Derecho de grupos (a la espera de que el régimen proyectado sea finalmente promulgado) y no ha existido un criterio claro de política jurídica a la hora de tipificar los grupos de sociedades (y sin que el ACM consiga despejar las dudas en este sentido). Incluso se puede afirmar que son distintos los conceptos de grupo de sociedades en Derecho mercantil, Derecho fiscal y Derecho del trabajo.

En las páginas siguientes se abordan sólo algunos aspectos de la disciplina sobre los grupos de sociedades del ACM. Sólo se estudian las medidas de tutela de los socios externos; en concreto, el deber de información de la pertenencia al grupo, la acción de responsabilidad en defensa del interés social, el derecho de separación, la indemnización en caso de adquisición por la sociedad dominante de la totalidad del capital social de la sociedad dependiente y, por último, el derecho de información contable. El objeto de este trabajo no es tanto realizar un análisis crítico de la disciplina proyectada cuanto realizar un comentario sobre algunos aspectos de la misma. Es evidente que el ACM no regula toda la problemática que originan los grupos de sociedades, pero sí merece, en su conjunto, una valoración positiva, pues es consecuente con el supuesto de hecho que regula (el grupo de sociedades ya constituido sin mención alguna del proceso que se haya llevado a cabo para su creación o formación) y con el concepto de socio externo del que se parte (como el socio de la sociedad dependiente que no tenga participación, directa o indirecta, en el capital de la sociedad dominante; cfr. el artículo 291-15 ACM) que revela la preocupación del legislador por un tipo concreto de grupo de sociedades, de naturaleza jerárquica, en el que merecen especial protección los socios minoritarios de las sociedades dependientes.

³ De una forma brillante y sintética J. M. EMBID IRUJO expone los aspectos básicos que deben tenerse en cuenta cuando se afronta la difícil tarea de dotar de un régimen jurídico adecuado a los grupos de sociedades. Son los siguientes: 1) si el grupo es una estructura empresarial de riesgo o merece protección por el Ordenamiento jurídico; 2) si todos los tipos de grupos de sociedades merecen la misma regulación (en particular, pone de relieve la existencia de grupos en los que participan sociedades cooperativas y personas jurídicas no societarias como las fundaciones); 3) si el legislador debe partir de un grupo estático, ya establecido, o si, a la vez, ha de ocuparse del proceso de su formación; y 4) si la disciplina de los grupos de sociedades ha de ser o no esencialmente imperativa (EMBID IRUJO, “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código Mercantil...”, *op. cit.*, p. 57).

2. MEDIOS DE TUTELA DEL SOCIO EXTERNO

2.1. Planteamiento del tema

Las medidas que tratan de garantizar la protección de las minorías en los grupos de sociedades se suelen orientar por los Ordenamientos jurídicos hacia los socios de las sociedades dependientes, dejando en un segundo plano la tutela de los socios de la matriz. La razón de ello está en que los grupos normalmente presentan una estructura vertical y en la cúspide se encuentra la sociedad matriz. En cierto modo ésta “encarna” los intereses del grupo, por cuanto se encarga de ejercer el poder de dirección al que están sometidas las demás sociedades integradas en él. Siendo esto así se ha entendido que la posición de los socios minoritarios de la matriz es más ventajosa que la que ostentan los socios minoritarios de las sociedades dependientes, en cuanto que aquéllos no están sometidos a la “doble subordinación” que sufren éstos; es decir, la minoría en la sociedad matriz sólo necesita protección frente a la mayoría que se forma en esta sociedad, cuyos intereses y los del grupo coincidirán la mayor parte de las veces, mientras que los socios minoritarios de la dependiente sufren, de una parte, el juego de la mayoría que se forma en esta sociedad y, de otra, la subordinación de aquélla respecto de la sociedad matriz.

No obstante lo que se acaba de indicar, en el estudio de la protección de las minorías en los grupos de sociedades también se ha puesto de manifiesto la necesidad de considerar igualmente la posición de los socios minoritarios de la sociedad matriz⁴; se entiende que si se imponen, como hacen algunos Ordenamientos jurídicos, especiales obligaciones a la sociedad matriz, es necesario al mismo tiempo reforzar la protección de los socios de aquélla, la cual adquiere especial relevancia en los casos en los que la formación del grupo es consecuencia de las decisiones adoptadas por el órgano de administración de la sociedad matriz que absorbe las facultades de la propia sociedad y de sus socios. En estos supuestos de debilitamiento de las facultades de la junta general los administradores de la sociedad matriz pueden adoptar decisiones que afecten a la política de capital y a la distribución de los dividendos, favoreciendo a las sociedades filiales y produciendo, en ocasiones, una “reorganización” en el objeto social de la sociedad matriz (pues tiene lugar una segregación de activos sustanciales de la explotación). Y los socios de la sociedad matriz pueden acudir, para su protección, a los instrumentos previstos en los casos de sustitución del objeto social (derecho de

⁴ Así, entre otros, M. L. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, *op.cit.*, p. 183; J. M. EMBID IRUJO y P. GIRGADO PERANDONES, “Aproximación al significado jurídico de los órganos del grupo de sociedades. Especial referencia al papel de la junta general”, en VV.AA., *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital* (coord. J. M. EMBID IRUJO), Valencia, 2005, p. 321 y M. FUENTES NAHARRO, “Accionistas externos de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz”, en *RDM*, nº 269, 2008, pp. 1.011 y 1.016 y ss.

separación: cfr. S.T.S. de 10 de marzo de 2011)⁵ o de modificaciones estructurales de la sociedad (fusión, escisión, transformación, cesión global del activo y pasivo, y traslado internacional del domicilio social), según la interpretación que se dé a la indicada “reorganización”. En la actualidad parece predominante la doctrina que se inclina por esta última opción, es decir, la que entiende la segregación de los activos esenciales de la sociedad como un supuesto de modificación estructural de la sociedad y, por ello, que deben aplicarse las normas de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles -LME-; en particular, privando de competencia al órgano de administración y que sean los socios los que hayan de pronunciarse a favor en la junta general debidamente convocada y constituida (artículos 194 LSC y 39 a 44 LME)⁶.

Aunque el objeto de las páginas siguientes se centre exclusivamente en la protección de los socios externos contemplada en el ACM, nos parece oportuno realizar dos consideraciones para completar la sintética referencia que se ha hecho en relación a la protección de los socios minoritarios de la sociedad dominante. De una parte, que los administradores de la sociedad matriz habrán sido elegidos por la mayoría de los socios, por lo que, en principio, no deberían adoptar decisiones contrarias al interés de la sociedad matriz y de la mayoría de sus socios. De otra, que las decisiones de política societaria que supongan un acto de “reorganización” empresarial deben corresponder a la junta general de socios, ya que la denominada “filialización o reorganización” empresarial, en cuanto que supone segregar los activos más importantes de la sociedad a favor de sociedades filiales ya existentes o constituidas *ex profeso*, supone una auténtica escisión en la sociedad matriz (artículo 68.1 LME).

Los socios externos en la regulación proyectada cuentan, de una parte, con los instrumentos de protección que, con carácter general, se regulan en el ACM para los socios minoritarios (y que coinciden con los que se prevén en el Derecho de Sociedades vigente -LSC-) y, de otra, con las medidas tuitivas que, específicamente, establecen los artículos 291-6 (deberes de información de la pertenencia al grupo), 291-12 (acción social de responsabilidad por instrucciones perjudiciales), 291-16 y 17 (derecho de separación), 291-19 (indemnización en caso de adquisición por la sociedad dominante de la totalidad del capital de la sociedad dependiente) y 291-35 (derecho de información contable), todos ellos del ACM.

A continuación, se analizan, de forma separada, los referidos instrumentos de protección del socio externo en el ACM. Prescindiremos, por ello, de otros instrumentos

⁵ Sobre el particular, cfr. N. VARA DE PAZ, “El derecho de separación del socio en el caso de sustitución o modificación sustancial del objeto social. Especial referencia al supuesto de adquisición de participaciones sociales y a los grupos de sociedades”, en *RdS*, nº 40, 2013, p. 98-106.

⁶ *Vid.* C. PAZ-ARES, *op.cit.*, p. 650. También J. M. EMBID IRUJO, “Ante la regulación de los grupos de sociedades en España...”, *op.cit.*, pp. 49-50, quien destaca que en la regulación del fenómeno del grupo de sociedades como proceso puede ser muy útil la normativa propia de las modificaciones estructurales, como consecuencia de los significativos vínculos que con ellas guarda tal fenómeno.

de protección de las minorías, ya estén vinculados a la junta general (en la que los socios minoritarios pueden ejercer el derecho de información, el derecho de voto, el derecho de impugnación y el derecho de separación -si bien este último puede ejercerse, en los supuestos de separación por causas estatutarias, desligado de la celebración de una junta general de socios) o al órgano de administración (mediante el sistema de representación proporcional, el derecho de impugnación de los acuerdos adoptados por el órgano colegiado de administración y los supuestos de responsabilidad). Tampoco se hará referencia alguna a las ofertas públicas de adquisición de valores de carácter obligatorio para aquellas sociedades que alcancen el control sobre otras sociedades cotizadas (artículo 60 y ss. LMV y Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores).

2.2. Deber de información de la pertenencia al grupo

En materia de publicidad del grupo de sociedades el ACM se ha hecho eco de las propuestas que venía haciendo la doctrina mercantilista especializada, las cuales se pueden concretar del siguiente modo. De una parte, se sostenía la necesidad de dar publicidad del grupo de sociedades, es decir, que los administradores de la sociedad matriz y los de las sociedades dependientes informaran en sus respectivas juntas generales de la constitución del grupo, y que ésta se publicase en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (sin que a estos efectos sea suficiente la previsión del artículo 373 del Real Decreto 1.784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil -RRM-). Y, de otra, se proponía que en la hoja abierta en el Registro Mercantil correspondiente a la sociedad matriz se hiciera constar que es la sociedad cabecera de un grupo indicando las sociedades que lo formaran, y que en las hojas de los registros en los que se hallasen inscritas las sociedades filiales se hiciera constar tal condición y la identificación de la sociedad matriz. Esta última propuesta encontró refrendo, en sede de grupo cooperativo, en el artículo 78.5 LCoop., que dispone que el acuerdo de integración en un grupo de base cooperativa se anote en la hoja correspondiente a cada sociedad cooperativa en el Registro competente.

El artículo 291-6 ACM prevé el “deber de información de la pertenencia al grupo”. La rúbrica es poco precisa, puesto que el deber de información se regula no sólo para el caso de integración sino también de separación del grupo de sociedades.

El deber de información recae, por un lado, en los administradores de la sociedad dominante, que deberán informar de la pertenencia o separación a los administradores de la dependiente en el plazo de un mes (plazo que habrá de computarse a partir del momento en que se produzca cualquiera de esas dos circunstancias). Y, por otro, en los administradores de la sociedad dependiente, que deberán informar, a su vez, a los socios de ésta en la primera junta que se celebre a

partir de la verificación de la integración o salida del grupo por parte de la sociedad dependiente (artículo 291-6.1 ACM).

No contempla el precepto citado cuándo se entiende producido el supuesto de hecho, esto es, la integración de una sociedad en un grupo o la separación de él. En principio, habrá de sostenerse que la primera de las hipótesis coincide con cualquiera de los casos en los que el artículo 291-1 ACM dispone la existencia del grupo de sociedades: a) cuando una sociedad controle a otra o cuando varias sociedades estén controladas por una misma persona natural o jurídica, con independencia de cómo se haya obtenido dicho control (norma que hay que completar con el artículo 291-3 ACM); b) cuando dos o más sociedades independientes acuerden actuar de forma coordinada bajo una dirección unitaria. A sensu contrario, cuando dejen de concurrir alguno de los presupuestos del artículo 291-1 ACM, habrá de entenderse que se ha producido la separación de la sociedad o sociedades que formaban parte del mismo. En cualquier caso, no habrá dudas sobre la existencia del grupo de sociedades cuando se haya dado publicidad del grupo en los términos establecidos en los artículos 291-6 y 291-7 ACM⁷.

Además, continúa señalando el artículo 291-6.2 ACM que los administradores de la sociedad dominante y los de la dependiente (o dependientes, si hubiera varias) deben reflejar tanto la integración como la separación del grupo en el informe de gestión. Aunque la norma utilice el singular, la remisión a unos y otros administradores revela que uno u otro hecho habrán de incluirse en el informe de gestión de la sociedad dominante y en el de la sociedad dependiente, es decir, en los informes de gestión de cada una de las sociedades que formen el grupo (puesto que el objeto del informe de gestión del grupo o consolidado ex artículo 291-31 ACM no es tanto facilitar información sobre la formación del grupo cuanto de la situación del grupo de sociedades ya constituido).

En relación al contenido de los referidos informes de gestión, de la dominante y de las dependientes, el ACM distingue dos situaciones distintas: en primer lugar, que la integración en el grupo se haya producido antes de la formulación de las cuentas anuales de las respectivas sociedades. En este caso, los informes de gestión deberán precisar los respectivos sectores de actividad y las relaciones de negocio entre las sociedades del grupo (distinguiendo, entre las relaciones existentes entre la matriz y las sociedades filiales y las relaciones de negocio entre las dependientes entre sí) así como las fórmulas establecidas para resolver los conflictos de intereses⁸ que puedan presentarse (fórmulas que no son incompatibles con las reglas de los artículos 291-9 y ss. ACM, en las que se

⁷ Con razón J. M. EMBID IRUJO, “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código Mercantil...” *op.cit.*, p. 60, subraya la dificultad para determinar con exactitud el momento en el que se puede afirmar con seguridad que existe el grupo de sociedades.

⁸ Sobre el conflicto sustancial de intereses que la formación del grupo puede traer consigo, *vid.* J. M. EMBID IRUJO, “Ante la regulación de los grupos de sociedades en España...”, *op.cit.*, p. 31.

prevé una suerte de legitimación del “interés del grupo”, que no se concreta en qué consiste⁹, al reconocer a los administradores de la sociedad dominante la facultad de impartir instrucciones a los administradores de la dependiente que, en beneficio de aquel interés, puedan ocasionar perjuicio, que se compense de forma adecuada, a la sociedad dependiente).

En segundo lugar, que la integración o la separación del grupo se produzca entre la formulación de las cuentas anuales en las respectivas sociedades del grupo y la celebración de las juntas generales que tengan por objeto la aprobación de tales cuentas. En este caso, en los informes de gestión ya elaborados (como documento contable distinto de las cuentas anuales propiamente dichas) hay que incorporar un anexo con un informe especial, cuyo contenido es el mismo que en el supuesto anterior, y que habrán de formular los administradores de las sociedades que integran el grupo (artículo 291-6.3 ACM). Estos informes especiales se han de entregar a los socios que asistan a la junta general de cada una de las sociedades del grupo en la que haya de aprobarse las respectivas cuentas anuales (en la junta general de la sociedad dominante habrán de aprobarse también las cuentas anuales consolidadas). Creemos que esta última obligación de entrega se entenderá satisfecha si tales informes especiales se han puesto a disposición de los socios a partir de la convocatoria de la junta general, en los mismos términos exigidos para el resto de los documentos que tienen que ser sometidos a la aprobación de los socios concurrentes a la junta general (artículo 245.1 ACM).

También en sede de publicidad del grupo de sociedades y como complemento al deber de información de la pertenencia y separación del grupo se han regulado la publicación de estas circunstancias en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (previa inscripción del sujeto inscribible, es decir, de cada sociedad del grupo, en virtud del principio de tracto sucesivo ex artículo 11 RRM) y, si las hubiera, en las páginas web de las sociedades que integran el grupo (artículo 291-17 ACM). En relación con este precepto hay que indicar que la rúbrica “deber de inscripción del grupo” parece poco precisa, puesto que el grupo de sociedades no se inscribe como tal, ya que carece de personalidad jurídica (artículo 291-1.2 ACM). Por el contrario, sí se contempla la inscripción en la hoja abierta a cada una de las sociedades del grupo en el correspondiente Registro Mercantil (artículo 291-7.1 ACM), ya que cada una de ellas

⁹ Entiende F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, I, ed. 23ª, Valencia, 2012, pp. 1.242 y 1.244, que debe ser posible la armonización del interés social del grupo y del interés social de cada una de las sociedades que lo integran, bien sea mediante un plan estratégico del grupo o bien con medidas paliativas de los perjuicios derivados de decisiones emanadas de la sociedad dominante. Sobre la dificultad de concretar qué ha de entenderse por interés del grupo de sociedades se ha pronunciado reiteradamente la doctrina especializada. *Vid.*, M. L. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, *op.cit.*, pp. 221-226, M. FUENTES NAHARRO, *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Navarra, 2007, p. 184 y ss. y más recientemente, comentando el alcance del artículo 204 LSC en materia de impugnación de acuerdos sociales, F. VICENT CHULIÁ, “Grupos de sociedades y conflictos de intereses”, en *RDM*, nº 280, 2011, pp. 25-26.

conserva su independencia jurídica tras su integración en el grupo y es sujeto obligado a la inscripción ex artículo 16.1.2º Cco)¹⁰.

Por último, se regula el incumplimiento de los deberes de información y de inscripción en el Registro Mercantil de forma parcialmente distinta. En ambos casos, incumplimiento del deber de información de la integración o separación del grupo e incumplimiento del deber de inscripción, se dispone la responsabilidad solidaria entre sí y con la sociedad de los administradores incumplidores de los perjuicios causados a los socios y a los terceros (artículo 291-8.1 ACM). Se trata, en definitiva, de un supuesto específico en el que procederá la acción individual de responsabilidad (artículos 241 LSC y 215-19 ACM) contra los administradores infractores, pues el daño que se reclama no recae sobre la propia sociedad (lo que daría lugar a la interposición de la acción social de responsabilidad ex artículos 238-240 LSC y 215-16 a 215-18 ACM) sino sobre los propios socios o sobre terceros. Y, además del efecto anterior, el incumplimiento del deber de inscripción de la integración y separación del grupo dará lugar a la imposición por el Director General de los Registros y del Notariado de una multa por importe de diez mil a cien mil euros a los administradores incumplidores (artículo 291-8.2 ACM). Aunque no se diga nada, creemos que el importe de la referida multa estará en función del tipo y cuantía del perjuicio causado a los socios y a terceros.

2.3. Acción de responsabilidad contra la sociedad dominante, contra sus administradores y contra los administradores de la sociedad dependiente

El artículo 291-12 ACM legitima activamente a cualquier socio de la sociedad dependiente (incluida la sociedad matriz, aunque por lo que se expondrá a continuación no parece una hipótesis probable) a ejercer la acción de responsabilidad (hay que entender que es la acción social, pues la norma específica que se ha de ejercer en defensa del interés social y por un perjuicio causado a la propia sociedad dependiente) contra la sociedad dominante, contra sus administradores y contra los administradores de la sociedad dependiente, legitimación que extiende a cualquier acreedor en caso de insuficiencia del patrimonio de la sociedad (reproduciendo, casi literalmente, el artículo 240 LSC).

Este supuesto de responsabilidad, por “instrucciones perjudiciales”, constituye una absoluta novedad respecto al Derecho de Sociedades en vigor¹¹. Es cierto que

¹⁰ En este sentido la STS de 28 de octubre de 2013 (RJ 2013, 5364), en la que se sostiene que la norma general ha de ser la personalidad jurídica de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, que no afecta a sus socios ni administradores, ni tampoco a las sociedades que pudieran formar parte del mismo grupo, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley.

¹¹ Sobre la problemática que plantean las instrucciones perjudiciales en los denominados “grupos fácticos”, *vid.* M. L. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 398 y ss.

conforme a la disciplina establecida por la LSC, el socio puede ejercer las acciones de responsabilidad contra los administradores de derecho y de hecho, categoría esta última en la que se pueden encuadrar a la sociedad dominante y a sus administradores¹². Pero el supuesto del artículo 236 LSC requiere acreditar la cualidad de administrador de hecho de la sociedad matriz o de sus propios administradores, concepto que la jurisprudencia ha ido configurando a falta de una noción explícita en el Ordenamiento jurídico español.

La disciplina proyectada supone un reconocimiento expreso de la posibilidad de que tanto la sociedad dominante como sus administradores puedan incurrir en responsabilidad por los perjuicios que ciertas instrucciones impartidas desde la sociedad matriz puedan causar a la sociedad dependiente. A falta de una norma como la del artículo 291-12 ACM, se han producido varios hitos importantes en materia de responsabilidad de administradores de las sociedades del grupo:

- Se ha regulado la responsabilidad de la sociedad matriz por efecto del control ejercido sobre otras sociedades del grupo en materia de competencia (artículo 61.2 LDC).
- Se han dictado pronunciamientos judiciales que han permitido algunas construcciones doctrinales sobre la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades (entre otras, las sentencias del TS de 25 de enero de 1988 -RJ 1988, 139-, 7 de abril de 2001 -RJ 2001, 2388-, 4 de junio de 2002 -RJ 2002, 6754-, 12 de abril de 2007 -RJ 2007, 2410- y 14 de marzo de 2011 -RJ 2011, 2769-).
- Se ha admitido, con carácter general, la responsabilidad de los administradores de las sociedades dependientes que causan daños a éstas a consecuencia de la ejecución de instrucciones que reciben de la sociedad dominante (ex artículos 236 a 241 LSC). El hecho de que los actos dañosos vengan impuestos por la matriz no exonera a los administradores de las sociedades dependientes de responsabilidad.
- Se ha sostenido la posibilidad de que los socios externos puedan exigir responsabilidades a la sociedad matriz y a sus administradores ejerciendo una acción de indemnización por los daños y perjuicios causados por el

¹² Si bien, como indica F. VICENT CHULIÁ, “Grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 23, esto no debe conducir a la creencia de que los Tribunales en Derecho español aplican el principio de responsabilidad objetiva de la sociedad dominante, introduciendo una “responsabilidad de grupo”. Sobre la posibilidad de ejercer la acción social de responsabilidad contra la sociedad matriz, como administrador de hecho, *vid.* P. GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Madrid, 2002, p. 175 y ss. También cfr. J. MOYA BALLESTER, “Los grupos de sociedades y la protección de los acreedores”, en *RdS*, nº 38, 2012, pp. 319-320.

ejercicio de la dirección unitaria sobre la sociedad dependiente (artículo 1.902 del Cc)¹³.

- Se ha ido asentando doctrinalmente la posibilidad de que los socios externos funden su reclamación en el deber de fidelidad del socio de control y en la doctrina de los administradores de hecho (mediante una interpretación amplia de los artículos 1.258 Cc y 236 LSC)¹⁴, entendiéndose que la propia sociedad matriz y sus administradores son administradores de hecho de las sociedades dependientes del grupo, lo cual es más notorio en los grupos centralizados¹⁵, en los que la matriz sea el socio único o muy mayoritario en las sociedades dependientes y cuando los órganos de administración sean idénticos en la sociedad matriz y otras sociedades del grupo (en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 29 de marzo de 2007 -JUR 2007, 272036-).

Para delimitar el régimen de responsabilidad del artículo 291-12 ACM es necesario ponerlo en relación con otros preceptos que regulan el “ejercicio del control y de la responsabilidad”. Así, hay que partir de una premisa fundamental: los administradores de la sociedad dominante tienen la facultad de impartir instrucciones perjudiciales para la sociedad dependiente, si tales instrucciones interesan al grupo de sociedades (artículo 291-9 ACM). Es decir, se reconoce explícitamente la existencia de un interés, el del grupo, superior a los intereses particulares de cada una de las sociedades que integran el grupo. Surge así un nuevo concepto “interés del grupo” que recuerda, en gran medida, por su difícil concreción, a la noción de “interés social”, cuya equiparación con el interés del grupo mayoritario o de control de la sociedad se ha discutido mucho.

¹³ Vid. L. F. CASTRESANA SÁNCHEZ, “Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas”, en VV.AA., *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa* (dirección F. SÁNCHEZ CALERO), Madrid, 1994, p. 679; J. L. DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, 1995, p. 386; P. PÁRAMO MONTERO, *Responsabilidad empresarial*, Valencia, 1995, p. 197; y J. RIBALTA AGUILERA y M.T. GISPERT PASTOR, “La responsabilidad de los administradores y altos cargos en los grupos de sociedades”, en AA.VV., *Responsabilidades y obligaciones de directivos y administradores*, Barcelona, 1996, p. 138-139.

¹⁴ Así, C. PAZ-ARES, *op. cit.*, pp. 652-653.

¹⁵ Para una completa clasificación de los tipos de grupos de sociedades, cfr. J. A. ENGRÁCIA ANTUNES, “El gobierno corporativo de los grupos: problemas actuales y propuestas alternativas”, en AA.VV., *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España* (dirección C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ESTEBAN VELASCO), Tomo II, Navarra, 2011, pp. 386-390, M. L. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 97-106 y J. M. EMBID IRUJO, “Ante la regulación de los grupos de sociedades en España...”, *op. cit.*, pp. 37-41. Por otra parte, señala F. VICENT CHULIÁ que los casos judiciales permiten distinguir entre grupos de sociedades “auténticos”, organizados de forma centralizada o descentralizada, y grupo de sociedades “patológicos”, en los que se produce un abuso de la personalidad jurídica de las sociedades dominadas, generalmente mediante confusión de patrimonios, que justifica el levantamiento del velo y la declaración de responsabilidad de la sociedad dominante y de sus administradores (*Introducción...*, *op. cit.*, p. 1.240).

Consiguientemente, es lícito que los administradores de la sociedad dominante impartan instrucciones perjudiciales a los administradores de las sociedades dependientes, si aquéllas se dictan en interés del grupo¹⁶. Además, para que ciertas instrucciones se puedan calificar como “perjudiciales”, se requiere tener en cuenta el conjunto de las ventajas y desventajas que la pertenencia al grupo tenga para la sociedad dependiente cuyos administradores han ejecutado dichas instrucciones¹⁷. En otros términos, la norma exige una valoración de conjunto y no particularizada del perjuicio derivado de una o varias instrucciones concretas (artículo 291-10 ACM).

Teniendo en cuenta las premisas expuestas, si una vez valorados el conjunto de las ventajas y desventajas que le reporta su pertenencia al grupo, puede afirmarse que la sociedad dependiente ha sufrido un perjuicio a consecuencia de las instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad matriz, aquélla habrá de ser compensada por la propia sociedad dominante en el plazo de máximo de un año, para cuyo cómputo se distinguen dos situaciones: a) si el perjuicio fuera objetivamente previsible, se contará desde la fecha en la que se impartió la instrucción perjudicial (artículo 291-11.1 ACM); b) si el perjuicio no fuera objetivamente previsible, aunque la norma no diga nada al respecto, habrá de entenderse que el plazo empezará a contar desde que se haya verificado la existencia del perjuicio, una vez realizada la valoración del conjunto de las ventajas y desventajas de la pertenencia de la sociedad dependiente al grupo.

Tanto la causa y, en su caso, la cuantía real o estimada del perjuicio ocasionado a la sociedad dependiente por la ejecución de las instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad dominante cuanto las condiciones de la compensación habrán de reflejarse en el informe de gestión de la sociedad dependiente (artículo 291-11.2 ACM).

Es necesario subrayar que la compensación ha de satisfacerla la sociedad dominante siempre que concurren tres requisitos: 1) que el perjuicio derive de las instrucciones impartidas por los administradores de la matriz a los de la sociedad dependiente; 2) que las instrucciones perjudiciales se hayan dictado en interés del grupo y que no sean contrarias a la Ley o a los estatutos de la sociedad dependiente ni pongan en riesgo la solvencia de ésta (artículo 291-9.2 ACM)¹⁸; 3) que el perjuicio causado a la

¹⁶ Para un tratamiento del tema en el ámbito de las sociedades cooperativas, que tienen un régimen particularizado al respecto, *vid.* M. ÁNGEL SANTOS, “Las situaciones de control en la sociedad cooperativa”, en *RDM*, nº 293, 2014, pp. 256-259.

¹⁷ Lo que, como viene poniendo de relieve la doctrina mercantilista española, permite afirmar que la disciplina proyectada ha tenido muy en cuenta el Derecho italiano (así, *cfr.* el artículo 2.497, párrafo primero, del Código Civil italiano).

¹⁸ Entiende J. M. EMBID IRUJO que se echa en falta una toma de postura que permita delimitar el ámbito material de la facultad de impartir instrucciones, lo que no se consigue con los límites que establece el artículo 291-9.2 PCM. Este ámbito material, en su opinión, podría identificarse mediante la fórmula “giro o tráfico del grupo”. Además no debería obviarse el deber de diligencia de los

sociedad dependiente por las instrucciones no se haya compensado con el conjunto de las ventajas y desventajas que le reporta la pertenencia al grupo de sociedades (que, a su vez, se regula también como uno de los supuestos que dan lugar al ejercicio por el socio externo del derecho de separación ex artículo 291-17 ACM).

Sobre la base de los requisitos anteriores, se regula un supuesto de responsabilidad, denominada “responsabilidad por instrucciones perjudiciales”, al que resultan de aplicación los requisitos generales establecidos en el artículo 236 y ss. LSC (artículos 215-14 a 215-21 del ACM¹⁹). Así, se contempla la responsabilidad solidaria de la propia sociedad dominante, de sus administradores y de los administradores de la sociedad dependiente. Son presupuestos de esta responsabilidad: una acción consistente en la impartición, por los administradores de la sociedad dominante, de instrucciones a los administradores de la sociedad dependiente; un daño o perjuicio causado a la sociedad dependiente que no se haya compensado con el conjunto de ventajas y desventajas derivadas de su pertenencia al grupo de sociedades; y una relación de causalidad entre la acción y el daño causado (artículo 291-12.1 ACM).

La regulación de los presupuestos o requisitos, para que nazca la responsabilidad solidaria de los sujetos indicados anteriormente, se completa con los instrumentos a través de los cuales los administradores de la sociedad dependiente pueden eludir su responsabilidad (exigencia que debe entenderse complementaria de la general que disponen los artículos 237 LSC y 215-15 ACM, esto es, la prueba de que, no habiendo intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo o acto lesivo, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron a él expresamente). En este caso concreto, se exige, además, que los administradores de la dependiente prueben que han cumplido con el deber de información y que existen elementos objetivos para considerar que la compensación era adecuada y posible y que la ejecución de las instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad dominante no ha puesto en riesgo la solvencia de la sociedad dependiente (artículo 291-12.2 ACM).

No precisa la norma a qué deber de información se está haciendo referencia. Si al deber de información ex artículo 291-6 ACM de pertenencia al grupo o al deber de información, a través del informe de gestión, ex artículo 291-11.2 ACM o a ambos. Creemos que la trascendencia del tema exige la máxima transparencia y cumplimiento de los deberes inherentes al cargo de administrador. Por ello, hay que pensar que los administradores de la sociedad dependiente, para eludir la responsabilidad solidaria ex

administradores de la sociedad dominante, que podría denominarse “diligencia de grupo” (cfr. “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código Mercantil...”, *op. cit.*, p. 63).

¹⁹ Un comentario sobre estos artículos, referido a la entonces Propuesta de Código Mercantil, lo encontramos en I. GONZÁLEZ CABRERA, “Primeras reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores sociales en la Propuesta de Código Mercantil”, en *RdS*, n° 41, 2013, pp. 356-363.

artículo 291-12.2 ACM, deben probar que: a) han informado a los socios de la dependiente de la integración o separación del grupo (no puede descartarse que sea precisamente la separación la que motive el ejercicio de la acción de responsabilidad) en la primera junta que se celebre (artículo 291-6.1 ACM); b) que han incluido en el informe de gestión de la sociedad dependiente tanto el hecho de la integración como, en su caso, de la separación en el grupo de sociedades (artículo 291.6.2 ACM); y c) que han incluido en el informe de gestión de la sociedad dependiente la causa y, en su caso, la cuantía real o estimada del perjuicio ocasionado a dicha sociedad por la ejecución de las instrucciones de los administradores de la sociedad dominante así como las condiciones de la compensación de dicho perjuicio (artículo 291-11.2 ACM).

Además, los administradores de la sociedad dependiente tienen que probar que existen elementos objetivos para considerar que la compensación era adecuada y posible. Se exige, por ello, una adecuación entre la compensación y el perjuicio causado a la sociedad dependiente (teniendo en cuenta, como ya se ha dicho, que la valoración habrá de realizarse sobre el conjunto de las ventajas y desventajas que produzca la pertenencia de la aquélla al grupo ex artículo 291-10 ACM) así como que la compensación sea posible, es decir, que la sociedad matriz, sujeto pasivo de la misma, tenga los recursos económicos suficientes para pagar la compensación en el plazo máximo de un año en los términos que se han expuesto anteriormente al hilo del comentario del artículo 291-11.1 ACM.

Y, por último, los referidos administradores han de probar que la ejecución de las instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad dominante no ha puesto en riesgo la solvencia de la sociedad dependiente²⁰. Ello no significa, naturalmente, que no se haya producido perjuicio económico alguno, pues en tal caso no habría responsabilidad por faltar uno de sus elementos necesarios. Tal exigencia ha de ponerse en relación con la legitimidad del interés del grupo, en el sentido de que el límite es el siguiente: la búsqueda del interés del grupo no justifica, en ningún caso, el que se pueda poner en riesgo la solvencia de las sociedades dependientes. Y ello, aunque la ejecución de las instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad dominante, que pusieron en riesgo dicha solvencia, se compense de forma adecuada. Consiguientemente, el límite del riesgo de insolvencia es infranqueable. Obsérvese, por lo demás, que la prueba debe alcanzar, simultáneamente, a los tres hechos reseñados (cumplimiento del deber de información, consideración objetiva de la

²⁰ Opina J. M. EMBID IRUJO, “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código Mercantil...”, *op. cit.*, pp. 64-65, que no parece coherente exonerar a los administradores de la sociedad dependiente en tal supuesto y no hacerlo cuando la instrucción respetó otro u otros límites del ejercicio del poder de decisión, como el interés del grupo. Tampoco comparte que la exclusión no se extienda también, en la misma hipótesis, a los administradores de la sociedad dominante que son, en definitiva, quienes han impartido la concreta instrucción que no ponía en riesgo la solvencia de la dependiente.

compensación adecuada y posible y la inexistencia de riesgo para la solvencia de la sociedad dependiente).

No quedaría completo el régimen proyectado de responsabilidad en los grupos de sociedades sin una referencia, aunque sea brevísima, a la rubricada como “responsabilidad por apariencia”. La razón de su ubicación en este apartado obedece a que representa una medida tuitiva del socio externo que, además, sea acreedor de la sociedad dependiente²¹. Así, el artículo 291-13 ACM dispone que la sociedad dominante responda subsidiariamente de las deudas de la dependiente, si las circunstancias concurrentes son suficientes por sí mismas para generar en el acreedor la apariencia de que la entidad dominante responde por las deudas de la dependiente. El supuesto de hecho es, por consiguiente, la “apariencia de responsabilidad”, lo que excluye la existencia de cualquier garantía específica constituida en los términos del artículo 291-14 ACM.

Téngase en cuenta que el artículo 291-13 ACM regula la responsabilidad subsidiaria de la sociedad dominante por las deudas de la dependiente, lo cual constituye una modulación, si las circunstancias concurrentes son suficientes para acreditar que esa ha sido la voluntad de las sociedades del grupo, de uno de los elementos definidores del grupo, es decir, de la independencia jurídica de cada una de las sociedades que lo integran. Cada sociedad tiene su personalidad jurídica y su propio patrimonio, que constituye un centro individualizado de relaciones jurídicas. El grupo de sociedades carece de patrimonio propio, de forma que, como regla general, cada sociedad responde de sus propias obligaciones. En definitiva, no existe un principio de comunicabilidad de responsabilidades de los distintos patrimonios de las diversas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo²².

2.4. Derecho de separación

El derecho de separación del socio ha sido objeto, en los últimos años, de importantes reformas legales que, además, han merecido una particular atención por parte de nuestros tribunales de justicia. En el Derecho español vigente, el derecho de separación puede ejercerse por causas legales (artículo 346 LSC) y por causas estatutarias (artículo

²¹ J. MOYA BALLESTER se pregunta acerca de la adecuación de la acción individual de responsabilidad del artículo 241 LSC como instrumento de protección de los acreedores de las sociedades filiales (*op. cit.*, pp. 320-322).

²² Esta es, básicamente, la doctrina de la STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014, 4081), que añade que el “levantamiento del velo” puede ser esgrimido por el tercero frente a quienes pretenden aprovechar una personalidad jurídica formalmente diferenciada para obtener consecuencias antijurídicas, normalmente fraudulentas, de esa separación formal, cuando esa diferenciación de personalidades no responda a una justificación lícita. Sobre el particular, aunque especialmente centrado en su aplicación en el orden jurisdiccional social, *vid.* J. HURTADO COBLES, *El levantamiento del velo y los grupos de empresas*, Barcelona, 2005.

347 LSC)²³. Tradicionalmente se ha entendido que el derecho de separación exige la concurrencia de una de las causas concretas reguladas por la Ley o contemplada en los estatutos sociales, es decir, que tal derecho es una consecuencia de un cambio que se ha producido en la sociedad. Sin embargo, recientemente va predominando la idea de que es posible un derecho de separación “*ad nutum*” o sin causa, tesis que había sido defendida por una doctrina muy minoritaria y que, tras algunas reformas legales que contemplan un derecho de separación más amplio (artículo 13 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales y artículo 348 *bis* LSC), ha sido refrendada por los tribunales de justicia (*vid.* la STS de 14 de marzo de 2013 -RJ 2013, 2421-)²⁴.

No obstante, en todas aquellas sociedades que no contemplen un derecho de separación sin causa, el ejercicio de tal derecho será consecuencia de algún cambio que se ha producido en la sociedad. Ese “algo nuevo” afecta a la posición del socio que viene facultado a ejercer el derecho a separarse de la sociedad. Que se produzca una circunstancia nueva en la sociedad para que el socio se pueda separar también se verifica cuando se constituye un grupo de sociedades, pues parece claro que, tras la formación del grupo, tienen lugar cambios importantes en las sociedades que lo integran. Así, algunas de ellas, antes independientes económicamente, pasan a depender de la sociedad matriz. En términos generales se puede afirmar que, como consecuencia del ejercicio de la dirección unitaria, los intereses de las sociedades dependientes quedan subordinados a los intereses del grupo; los administradores de aquéllas quedan sujetos a las directrices impartidas por los administradores de la sociedad matriz, produciéndose una pérdida de autonomía económica por parte de las sociedades dependientes. Por consiguiente, hay razones que justifican la afirmación de que la constitución de un grupo de sociedades lleva consigo “algo nuevo”, especialmente para la sociedad o las sociedades dependientes de la matriz.

²³ Mención aparte merece el derecho de separación “en caso de falta de distribución de dividendos” del artículo 348 bis, cuya entrada en vigor está pospuesta, de momento, hasta el 31 de diciembre de 2016 (conforme establece la disposición transitoria de la LSC, modificada por la disposición final primera del Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal). Anteriormente el citado artículo había sido suspendido hasta el 31 de diciembre de 2014 (disposición transitoria de la LSC introducida por el apartado cuatro del artículo primero de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital). En relación a esta particular causa de separación del socio, *vid.* J. BRENES CORTÉS, “El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades”, en *RdS*, nº 37, 2011, pp. 31-33; I. FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS, “La separación y exclusión de socios en las sociedades de capital”, en *RdS*, nº 41, 2013, pp. 295-300; A. GARCÍA SANZ, “Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos”, en *RdS*, nº 38, 2012, pp. 55-72; P. RODAS PAREDES, *La separación del socio en la Ley de sociedades de capital*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013, p. 66 y ss.; y F. VILARRUBIAS GUILLAMET y A. FAURIA PLANAS, “Alcance de la suspensión del derecho de separación del socio por falta de reparto de dividendos”, en *RdS*, nº 41, 2013, pp. 429-443.

²⁴ Sobre este tema, J. BRENES CORTÉS, *ob. cit.*, pp. 36-39; N. IRÁCULIS ARREGUI, “La separación del socio sin necesidad de justificación: por no reparto de dividendos o por la propia voluntad del socio”, en *RdS*, nº 38, pp. 237-240; y P. RODAS PAREDES, *op. cit.*, pp. 89-93.

Si la constitución de un grupo de sociedades lleva consigo cambios importantes que afectan a los socios de las sociedades dependientes, no debería haber inconvenientes para que los estatutos de una sociedad de capital dependiente previeran, de acuerdo con lo establecido por el artículo 347 LSC, la integración de la sociedad en un grupo como causa para ejercer el derecho de separación. Este precepto exige que los estatutos determinen el modo en que se debe acreditar la existencia de la causa de separación²⁵, la forma de ejercer el derecho de separación y el plazo para su ejercicio. Si los estatutos nada dicen sobre la forma y el plazo para ejercer el derecho de separación, se aplicará lo dispuesto en los artículos 348, 353 y 356 LSC.

El ACM prevé dos supuestos distintos en los que el socio externo puede ejercer el derecho de separación (naturalmente, estos casos han de añadirse a todos los demás contemplados en la normativa reguladora de las sociedades mercantiles): por integración de la sociedad dependiente en un grupo de sociedades (artículo 291-16 ACM) y por perjuicio a la sociedad dependiente sin compensación adecuada (artículo 291-17 ACM). Como premisa general aplicable a ambos supuestos se exige que el capital de la sociedad dependiente no esté dividido en acciones admitidas a negociación en un mercado secundario oficial.

2.4.1. Derecho de separación del socio externo por integración de la sociedad en un grupo

Se reconoce el derecho a separarse de la sociedad dependiente al socio externo por el hecho de que la sociedad se integre en un grupo de sociedades²⁶. Es decir, el presupuesto es la integración en el grupo, la cual se produce, como ya se ha puesto de

²⁵ En cuanto a la acreditación de la existencia del grupo de sociedades se plantean algunas dificultades en el Derecho societario vigente, dada la escasa regulación de los grupos de sociedades. Así, el socio que quiere separarse de la sociedad debe probar que ésta se ha integrado en un grupo de sociedades. La LSC no ha establecido expresamente la obligación de dar publicidad de ese hecho, pero los socios disponen de varios instrumentos para informarse de la constitución de un grupo. En primer lugar, a través del informe de gestión de los administradores que incluye la incorporación al grupo entre los puntos que afectan a la situación de la sociedad; no parece apresurado afirmar que la incorporación de una sociedad a un grupo es una circunstancia que influye de forma significativa en la situación de la sociedad, por lo que entendemos que los administradores deberían incluirla en el informe de gestión, e incluso deberían ponerla en conocimiento de los socios en la primera junta general que se celebrara tras dicha integración, si ésta se ha producido una vez cerrado el ejercicio (artículo 262 LSC). En segundo lugar, a través de las cuentas anuales en las que deben figurar los créditos y las deudas con sociedades del grupo y las participaciones en las sociedades del grupo (artículo 260 LSC, artículo 42 y ss. del C. de c. y artículos 372-374 RRM, que presuponen la identificación registral de las sociedades que integran el grupo), así como una partida específica en el balance consolidado para reflejar “*la participación correspondiente a los socios externos o intereses minoritarios del grupo*” (artículo 45.4 del C. de c.); consiguientemente el socio puede acreditar que se ha producido la causa de separación presentando copia de las cuentas anuales o del informe de gestión (artículo 272 LSC).

²⁶ Que, en opinión de J. M. EMBID IRUJO, debería ir acompañado de alguna forma de tutela patrimonial del socio externo que quisiera permanecer en la sociedad, una vez constituido el grupo (“Los grupos de sociedades en la propuesta de Código Mercantil...”, *op. cit.*, p. 66).

manifiesto, en los casos del artículo 291-1 ACM (noción de grupo), que han de completarse con las presunciones del artículo 291-3 ACM (presunciones legales de control de una sociedad por otra). Basta con que el socio externo tenga conocimiento de la integración de la sociedad dependiente en un grupo, sin que se requiera, además, que se haya verificado la publicidad del grupo (por cumplimiento de los deberes de información de la pertenencia al grupo o de inscripción de las sociedades que integran ex artículos 291-6 y 291-7 ACM).

Este derecho de separación del socio externo se configura como un derecho mínimo de tal socio, pues no se requiere titular un determinado porcentaje del capital social para su ejercicio (artículo 291-16.1 ACM).

El plazo para ejercer el derecho de separación es de tres meses, plazo que se computa desde que se haya constatado la primera de estas dos circunstancias: la publicación de la integración de la sociedad en la Boletín Oficial del Registro Mercantil o que el socio hubiere tenido conocimiento, por cualquier otro medio, de la integración de la sociedad dependiente en un grupo (artículo 291-16.2 ACM).

El socio externo que se separe tendrá derecho a obtener el valor razonable, a la fecha en que se hubiere producido la integración, de las acciones o participaciones de que fuere titular en la sociedad dependiente. De este importe habrán de deducirse las cantidades que, en concepto de dividendos o de devolución de aportaciones, hubiere percibido con posterioridad a la integración de la sociedad dependiente en el grupo (artículo 291-17.3 ACM). Aunque la normativa proyectada no realice ninguna remisión expresa, habrán de entenderse aplicables las demás normas que regulan la separación del socio en cuanto sean compatibles (contenidas en el Título IX LSC y en el Capítulo I del Título VII ACM).

2.4.2. Derecho de separación del socio externo por perjuicio a la sociedad dependiente sin compensación adecuada

El segundo de los supuestos de ejercicio del derecho de separación del socio externo hay que ponerlo en relación con las normas relativas al ejercicio del control y de la responsabilidad (artículos 291-9 a 291-13 ACM), por cuanto las mismas regulan como presupuesto de la responsabilidad en los grupos de sociedades la existencia de instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad dominante que hayan causado un perjuicio no compensado adecuadamente en el patrimonio de la sociedad dependiente.

El artículo 291-17 ACM prevé el derecho de separación del socio externo cuando la sociedad dominante hubiere causado un perjuicio a la sociedad dependiente, si ésta no hubiere recibido una compensación adecuada. Son extrapolables aquí las

mismas consideraciones que se han hecho con anterioridad, en relación con los presupuestos de la responsabilidad solidaria de la sociedad dominante, de sus administradores y de los administradores de la sociedad dependiente²⁷.

En este caso el plazo es de un año a contar desde que el socio externo hubiera conocido o hubiese debido conocer la existencia del perjuicio, no compensado adecuadamente, sufrido por la sociedad dependiente (artículo 291-17.2 ACM). Con independencia de que el socio externo tenga conocimiento de tal perjuicio por cualquier otro medio, el *dies a quo* para computar el plazo no podrá pretenderse que sea posterior al momento en que se hayan aprobado las cuentas anuales de la sociedad dependiente, pues uno de los documentos que serán sometidos a la aprobación de los socios en esa junta general será el informe de gestión en el que se indique la causa y, en su caso, la cuantía real o estimada del perjuicio ocasionado a la sociedad dependiente por la ejecución de las instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad dominante y las condiciones de la compensación, si la hubiere (artículo 291-11 ACM).

Se aplican las mismas reglas que en el supuesto anterior en relación al importe que tiene derecho a percibir el socio externo que se separa, aunque con dos diferencias provocadas por las características del supuesto de hecho: de una parte, que la valoración de las acciones o participaciones se realizará a la fecha en que se hubiere causado el perjuicio sin compensación adecuada; y, de otra, que deben deducirse también (además de las cantidades percibidas por el socio externo en concepto de dividendos o de devolución de aportaciones) las cantidades que, en concepto de compensación parcial, “hubiere podido” percibir la sociedad. Esta última expresión no es afortunada, pues parece decir (aunque creamos que no es así) que se deben descontar aunque no las hubiere percibido efectivamente. Hubiera sido mejor la expresión “hubiere percibido” la sociedad. Por otra parte, no entendemos por qué han de deducirse las cantidades que la sociedad dominante hubiere pagado a la dependiente como compensación parcial, ya que son cantidades que percibe la propia sociedad filial y no el socio externo. Y se presupone que han compensado un perjuicio patrimonial que ha sufrido la sociedad dependiente, así que parece razonable que sean tenidas en cuenta para fijar el valor de la participación del socio que se separa (el perjuicio sigue existiendo, porque la compensación es parcial y, precisamente, esta circunstancia justifica el ejercicio del derecho de separación).

2.5. Indemnización en caso de adquisición por la sociedad dominante de la totalidad del capital de la sociedad dependiente

El artículo 291-19 ACM prevé que la sociedad dominante pueda adquirir la totalidad de las acciones o participaciones de la sociedad dependiente. Tal adquisición se caracteriza por varios aspectos:

²⁷ *Vid., supra*, apartado 3.

1º) La adquisición puede ser directa o indirecta. En este supuesto, la adquisición indirecta se ciñe a la que realice la sociedad dominante a través de las sociedades dependientes (sin que haya de excluirse necesariamente aquella cuyo capital es adquirido en su totalidad, siempre que se respeten las normas reguladoras de la autocartera) y sin que se haya hecho referencia a la posibilidad de adquisición a través de una persona interpuesta.

2º) La adquisición no requiere el consentimiento individual de los socios externos.

3º) La adquisición sí requiere que concurren dos condiciones: a) que la sociedad dominante tenga, directa o indirectamente, el noventa por ciento del capital de la sociedad dependiente; b) que la sociedad dominante tenga, al menos, los tres cuartos de los votos correspondientes a las acciones o participaciones en que se divida el capital de la sociedad dependiente (artículo 291-19.1 ACM).

El socio externo que se ve obligado a salir de la sociedad dependiente tendrá derecho a percibir, al contado o previa consignación, una cantidad en dinero igual a la que recibiría si ejerciera su derecho de separación, más una indemnización, en dinero o en acciones o participaciones de la sociedad dominante, equivalente al diez por ciento de la cantidad principal (artículo 291-19.2 ACM).

Esta medida tuitiva se puede contemplar como una modalidad de separación forzosa o “exclusión”; no, en cambio, como un derecho del socio externo, puesto que éste puede tener la intención de abandonar la sociedad dependiente pero la dominante no está obligada a comprarle su participación en el capital y a indemnizarlo en los términos expuestos anteriormente. En otros términos, la adquisición de la totalidad de las acciones o participaciones de la sociedad dependiente se regula como una facultad de la sociedad dominante y no como un derecho del socio externo. Se trata, por consiguiente, de un instrumento de protección relativo, pues depende de la voluntad de la sociedad matriz del grupo.

2.6. Derecho de información contable

El derecho de información se ha erigido, posiblemente, en el instrumento de protección más eficaz para los socios minoritarios de las sociedades de capital. La trascendencia del mismo se deduce de las numerosas resoluciones judiciales relativas a los requisitos y límites de su ejercicio, que han generado una abundantísima casuística cuyos rasgos definidores no resulta fácil de resumir de una forma precisa.

Aunque no sea propiamente este el lugar designado para hacer referencia a la contabilidad mercantil nos parece conveniente hacer una somera alusión a las cuentas anuales consolidadas del grupo de sociedades, pues el derecho de información del artículo 291-35 ACM (artículo 42.5 Cco en el Derecho vigente) está vinculado inseparablemente a la consolidación contable. Interesa precisar que en esta materia la disciplina proyectada reproduce, casi literalmente, la regulación existente en el Derecho Societario vigente, de ahí que hayamos optado por exponerlas paralelamente.

El régimen jurídico de las cuentas consolidadas está constituido por los artículos 42 a 49 Cco (en la redacción dada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea), desarrollados por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre (cfr., también, los artículos 291-20 a 291-37 ACM).

La necesidad de establecer un método de consolidación contable obedece a que la situación financiera real del grupo no resulta de la suma de las cuentas anuales de cada una de las sociedades que forman el grupo. Las cuentas consolidadas o cuentas del grupo de sociedades representan una técnica contable que tiene por finalidad reflejar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados económicos del conjunto de las sociedades que integran el grupo. Para ello se utilizan unos métodos contables muy complejos, que pretenden eliminar las distorsiones provocadas por las operaciones que se realizan entre las sociedades del grupo a los efectos de evitar una doble anotación contable, que repercuta negativamente en la transparencia de la información financiera del grupo. Tales métodos son el de “integración global”, que se aplica imperativamente si existe control (artículos 46 Cco y 291-27 ACM); el de “integración proporcional”, para el supuesto en que exista influencia significativa (artículos 47 Cco y 291-28 ACM); y el de “participación o puesta en equivalencia”, que se reserva para los demás supuestos (artículos 47.4 Cco y 291-29 ACM).

La obligación de presentar las cuentas anuales consolidadas (artículos 291-20 y 291-21 ACM) recae sobre la sociedad matriz, en los supuestos regulados por el artículo 42 Cco (existencia de una relación de control entre la sociedad dominante y las dependientes; cfr. artículo 291-1 ACM). La sociedad matriz deberá, por consiguiente, presentar las cuentas del grupo y sus propias cuentas anuales; y cada sociedad del grupo deberá presentar sus propias cuentas anuales (*vid.*, también, los artículos 372-374 RRM, que regulan la presentación y depósito de las cuentas consolidadas y presuponen la identificación registral de las sociedades que integran el grupo).

Los artículos 42.5 Cco y 291-35.2 ACM han establecido una regulación específica para el derecho de información contable en el ámbito de los grupos de sociedades. Dicho precepto no legitima a los socios de las sociedades del grupo (tampoco a los socios externos) para solicitar cualquier tipo de información a los administradores de la sociedad matriz. Sólo pueden obtener las cuentas anuales consolidadas, el informe de gestión consolidado y el informe de los auditores de cuentas. Por consiguiente se trata de un derecho de información restringido a la contabilidad del grupo (así, la STS de 21 de mayo de 2012 -RJ 2012, 6536-).

Los socios externos pueden ejercer el derecho de información contable contemplado en los preceptos indicados anteriormente desde el momento en el que

tengan conocimiento de la convocatoria de la junta general de la sociedad obligada a consolidar (la sociedad dominante), cualquiera que sea el medio establecido para dar publicidad de dicha convocatoria. En la actualidad el ejercicio de tal derecho resulta más sencillo en las sociedades que utilizan la comunicación personal a cada socio de la convocatoria o su propia página web como medio para publicar la convocatoria de sus juntas generales (página web que sólo es obligatoria en las sociedades cotizadas según disponen los artículos 11 bis LSC y 212-15 ACM). En estos casos el socio minoritario de las sociedades dependientes tiene un instrumento de fácil consulta para conocer la existencia de la convocatoria de la junta general de la sociedad del grupo obligada a la consolidación contable. Pero en aquéllas sociedades en las que la convocatoria de la junta general se realice mediante publicación en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social (artículos 173 LSC y 231-59 ACM) el conocimiento de dicha convocatoria es más complicado para los socios que están completamente desvinculados del devenir de la sociedad matriz.

Téngase en cuenta, además, que si la integración de la sociedad dependiente en el grupo se ha producido entre la formulación de las cuentas anuales en las respectivas sociedades del grupo y la celebración de las juntas generales que tengan por objeto su aprobación, es necesario incorporar a los informes de gestión ya elaborados un informe especial que habrán de formular los administradores de las sociedades que forman parte del grupo. Y que tales informes especiales se han de entregar a los socios que asistan a la junta general de cada una de las sociedades del grupo (artículo 291-6.3 ACM), por lo que puede que no estén disponibles con anterioridad y, por consiguiente, que el socio externo no tenga conocimiento de los mismos pese al ejercicio de su derecho de información contable.

Si la sociedad matriz no facilita a los socios externos la información contable del grupo, éstos podrían impugnar los acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad matriz relativos a las cuentas consolidadas (artículos 204.1 LSC y 214-13.1 ACM). También podrían, si se dan los presupuestos necesarios para ello, ejercer una acción individual de responsabilidad contra los administradores de la sociedad matriz (artículos 241 LSC y 215-19 ACM).

Por último, no cabe extender a las cuentas consolidadas la regla de los artículos 272.3 LSC y 245-1.3 ACM, según la cual los socios externos de una sociedad dependiente de responsabilidad limitada, que representen al menos el 5 por 100 del capital social, pueden examinar los documentos que sirven de antecedente y de soporte a las cuentas anuales de su sociedad (si bien en la regulación proyectada se ha suprimido la necesidad de representar un determinado porcentaje de capital). Es decir, tales socios no están legitimados, puesto que los artículos 42.5 Cco y 291-35 ACM no establecen nada al respecto, para extender dicha facultad a los documentos que sirven de antecedente y de soporte a las cuentas anuales consolidadas (distintas, como es sabido, de las cuentas anuales de cada una de las sociedades del grupo individualmente consideradas).

3. CONCLUSIONES

La disciplina sobre los grupos de sociedades del ACM debe ser valorada positivamente. Sería muy conveniente que la misma llegara a promulgarse como Derecho positivo y que se continuara avanzando en un derecho de grupos más completo.

Los medios de tutela del socio externo suponen una innovación importante respecto al Derecho actualmente vigente. No resuelven toda la problemática presente en los grupos de sociedades pero sí contemplan algunas de las cuestiones más relevantes, destacando especialmente entre todas ellas el reconocimiento por primera vez en el Derecho español del concepto, aunque no se haya precisado, de “interés del grupo”, al que han de subordinarse los respectivos intereses particulares de las sociedades que integran el grupo.

**LEY DE ARBITRAJE.
CLÁUSULA ESTATUTARIA ARBITRAL
Y ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL**

MANUEL OLIVENCIA RUIZ*

A Rafael Illescas,
discípulo, compañero, amigo.

Resumen

La Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, encargada de elaborar una propuesta de nuevo Código Mercantil que integre la legislación especial vigente y delimite la materia mercantil, acordó no integrar la Ley de Arbitraje, por carecer de este carácter al ser aplicable a toda materia de libre disposición, aunque esté inspirada en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre “arbitraje comercial internacional”. Sí acordó la Sección incluir en el Libro Segundo, “De las Sociedades Mercantiles”, el tema del arbitraje estatutario, introducido por la Ley de Reforma de la Ley de Arbitraje, 11/2011. El debate de la Sección enfrentó las posiciones de quienes mantenían que el principio mayoritario que rige las sociedades de capital permite la introducción de esa cláusula por vía de modificación de estatutos, aunque sea por una mayoría cualificada (entre ellos, el Prof. ILLESCAS), a la de quienes (como el autor de este artículo) defendían que el principio de libertad, fundamento constitucional del arbitraje, impide su imposición a la minoría ausente o disidente. Triunfó la primera tesis, pero limitada por la exclusión de las sociedades cotizadas y por la concesión de un derecho de separación a los disidentes del acuerdo.

Contenido

1. La dualidad civil-mercantil y el arbitraje de Derecho privado. – 1.1. Introducción. – 1.2. Antecedentes históricos. – 1.3. Derecho vigente. – 2. Las perspectivas del arbitraje en la elaboración de la Propuesta de Código Mercantil. – 2.1. Doble punto de vista. – 2.2. El contractual. – 2.3. El societario. – 3. La introducción de la cláusula de arbitraje por la vía de modificación de estatutos en las sociedades de capital. – 3.1. Posiciones doctrinales. – 3.2. El derecho de separación. – 3.3. La exclusión de las sociedades cotizadas.

* Catedrático Emérito de la Universidad de Sevilla.

1. LA DUALIDAD CIVIL-MERCANTIL Y EL ARBITRAJE DE DERECHO PRIVADO

1.1. Introducción

En cumplimiento del encargo recibido del Ministro de Justicia JUAN FERNANDO LÓPEZ AGULAR (OMJ de 7 de noviembre de 2006) de elaborar un nuevo Código Mercantil en el que se integre y delimite la legislación mercantil existente, se modernice y complete la regulación vigente que afecta a las relaciones jurídico-privadas vinculadas a las exigencias de la unidad de mercado, la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación (CGC), hubo de decidir cuáles eran las normas de nuestro Ordenamiento de naturaleza mercantil que deberían incorporarse al nuevo Código.

El arbitraje, institución fundamental en el tráfico mercantil, venía regulado por la Ley 60/2003, que, aunque inspirada en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje *comercial internacional*, había adoptado en nuestro Ordenamiento el sistema “monista”, de regulación unitaria del arbitraje interno y del internacional, así como del arbitraje comercial y del no comercial.

La norma jurídico-privada surgida en el ámbito mercantil llega a perder este carácter cuando en su expansión deja de ser *especial* y se convierte en *común*. Es el caso de nuestra Ley 60/2003, inspirada en principios mercantiles, pero que puede tener por objeto relaciones jurídico-privadas de libre disposición, sean mercantiles o civiles. No siempre ha sido así en la historia de nuestro Derecho.

1.2. Antecedentes históricos

La primera regulación española del arbitraje en la época de la codificación es la del arbitraje mercantil. El C. de c. de 1829, al establecer el arbitraje societario obligatorio (art. 323), dispuso que “los jueces árbitros procederán con arreglo a lo que se prescribe en el artículo 1.219 sobre el orden de enjuiciar en las causas de comercio”. El art. 1.219, a su vez, remitía a un futuro código de enjuiciamiento o a una ley provisional, hasta que éste se dictare.

En 30 de junio de 1830 se promulgó la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, redactada, como el C. de c., por PEDRO SAINZ DE ANDINO y sancionada por FERNANDO VII. Su Título VI trata “Del Juicio Arbitral”: “Toda contienda sobre *negocios mercantiles*” puede someterse al juicio de *árbitro de comercio* (art. 252), o al de “amigables componedores”, al que “los *comerciantes* podrán también comprometer la decisión de *sus contiendas*” (art. 296).

Conviven así en nuestro Ordenamiento dos arbitrajes distintos: el mercantil, para los negocios y causas de comercio, y el civil o común, que a partir del 5 de octubre de 1855 regula la primera Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en su Título VI.

La diferencia entre sus respectivas regulaciones es clara: la relativa al arbitraje mercantil, parca en formalismos y rápida en su tramitación; la de la LEC, regida por normas de carácter imperativo que imponían formas y trámites más rigurosos.

La convivencia de ambos arbitrajes duró hasta que el Decreto de refundición de fueros de 7 de diciembre de 1868, dictado por el Gobierno provisional que surge de la Revolución septembrina, no sólo suprimió la jurisdicción especial mercantil, llevado por su ideología anticlasista, sino que derogó la Ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio, que no contenía ningún privilegio de clase, sino una tramitación, judicial y arbitral, acorde con las exigencias de la actividad económica mercantil.

Fue una “contradicción” de los revolucionarios de 1868¹, un error que les llevó a derogar el régimen más “liberal” del arbitraje, y que pronto reconocieron, precisamente cuando el Decreto de 20 de septiembre de 1869, de bases para la redacción de un proyecto de “Código comercial y de enjuiciamiento, ambos inspirados en los nuevos principios” –como dice su Exposición-, se propuso restablecer la regulación procesal mercantil y señaló en su Base 7ª y última que “*en el procedimiento mercantil se acudirá a los métodos más rápidos y expeditos*”. Ese Código no llegó a dictarse y los arbitrajes mercantiles pasaron a regularse por la LEC, primero por la de 1855 y después por la de 1881, una regulación “común” que no satisfacía las especialidades de la materia mercantil.

El problema no se soluciona con la aparición de la legislación especial de arbitraje. La Ley de 22 de diciembre de 1953 derogó la regulación del arbitraje contenida en la LEC, pero la sustituyó por normas concebidas “para la solución arbitral de conflictos de Derecho Civil en el más estricto sentido de la palabra”. La crítica entrecomillada es la que se contiene en la E. de M. de la Ley que la derogó, la de 8 de diciembre de 1988, que, más explícitamente, denunció la inadecuación de las normas anteriores al arbitraje mercantil: “la práctica ha demostrado, en cambio, que dicha Ley no sirve para solucionar mediante instrumentos de composición arbitral las controversias que surgen en el tráfico mercantil, ni menos aún para las que surgen en el tráfico mercantil internacional”.

La apertura al arbitraje administrado, la mayor libertad en la designación de árbitro, la amplia aplicación del principio dispositivo en la regulación de procedimiento, sin más límite que el respeto a los de audiencia, contradicción e igualdad y a las pocas normas imperativas de la Ley, el menor formalismo y la mayor atención al arbitraje internacional (ejecución de laudos extranjeros y normas de Derecho internacional privado) son novedades de la Ley de 1988 en beneficio del arbitraje mercantil y del internacional.

¹ V. mi trabajo “Una contradicción de los revolucionarios de 1868: la regulación del arbitraje”, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, nº 39, Madrid, 2009; pp. 155-175.

1.3. Derecho vigente

El paso a favor de una regulación unitaria o monista del arbitraje, pero inspirada en principios mercantiles, lo dio la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, vigente a la fecha en que se desarrollan los trabajos de elaboración del nuevo Código Mercantil por la Sección Segunda de la CGC. Una Ley inspirada en el modelo “comercial internacional” de UNCITRAL, pero extendida a todo arbitraje de Derecho privado, civil o mercantil, nacional o internacional.

Durante esos trabajos, se produce la reforma de la Ley de Arbitraje de 2003 por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, elaborada al margen de la CGC y que la Sección Segunda hubo de tener en cuenta en la preparación del nuevo Código Mercantil.

Es en la Ley de Reforma en la que se introduce el arbitraje societario. El Proyecto de Ley del Gobierno exigía no ya acuerdo unánime sino “el acuerdo de todos los socios”, como lo había establecido la *Propuesta de Código de las Sociedades Mercantiles* de la CGC; pero en el debate parlamentario se enmendó el Proyecto de Ley en el sentido que pasó definitivamente al texto legal².

2. LAS PERSPECTIVAS DEL ARBITRAJE EN LA ELABORACIÓN DE LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

2.1. Doble punto de vista

Desde un doble punto de vista consideró la Sección el tema del arbitraje: en primer lugar, el contractual, relativo a la naturaleza propia del convenio arbitral, ya sea cláusula de un contrato, ya sea un acuerdo independiente; en segundo, el arbitraje estatutario, aplicable a las sociedades mercantiles, aunque no en exclusiva, porque puede referirse también a otros entes colectivos, sean o no personas jurídicas (sociedades civiles, comunidades...).

2.2. El contractual

Hubo acuerdo en que la Ley de Arbitraje no era legislación mercantil integrable en el nuevo Código, sino una ley *general* de Derecho privado que, además, contiene aspectos procesales. Esa naturaleza heterogénea de la LA se refleja expresamente en los títulos competenciales que enuncia su disposición final segunda, en la que se invoca “la exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil”

² Sobre el debate parlamentario, v. especialmente mi artículo “El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de Reforma de la Ley 60/2003” en *Sessió Oberta sobre el “Arbitraje en España”*, en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, *RJC*, nº 4, 2012, pp. 87-113, donde lo califico de “ligero” por rápido y por superficial. Prevaleció un argumento pragmático, de mayor difusión del arbitraje, sobre los argumentos dogmáticos de principio, que fueron ignorados.

(art. 149.1, 6ª y 8ª). Su integración total en el nuevo Código quedaba, pues, excluida, porque solo la materia mercantil tiene en él cabida. Tampoco es mercantil el convenio del que nace el arbitraje, de naturaleza contractual, regido por la Ley de Arbitraje, que puede ser celebrado por cualquier persona y sobre cualquier materia de libre disposición; por tanto, no tiene la especialidad mercantil ni debe, en consecuencia, integrarse en el Libro Quinto del nuevo Código.

2.3. El societario

Sí hubo acuerdo en abordar la materia relativa al arbitraje estatutario que, en relación con las sociedades mercantiles de capital, había incluido en la Ley de Arbitraje la Ley de Reforma de 2011 (art. 11 bis y 11 ter). La sede propia del arbitraje societario ha de ser el Derecho de sociedades, por referirse a materias propias de éstas: estatutos sociales y cláusulas incorporables; modificación de estatutos para la supresión, extensión o incorporación de cláusulas de arbitraje y requisitos; acuerdos sociales e impugnación de éstos; especialidades que el arbitraje societario introduce en su tramitación. Temas todos ellos, propios del Derecho de Sociedades, más que especialidades del régimen regulador del arbitraje. La prueba es que la LM de UNCITRAL, inspiradora de la LA española de 2003, no contempla el arbitraje estatutario. Su inclusión en la LA, en virtud de la Ley de Reforma 11/2011, fue un injerto extraño. Su sede propia es la del Derecho de Sociedades, como la prestó la *Propuesta de Código de las Sociedades Mercantiles*, de la CGC, y como lo hace el ACM.

Recayó el acuerdo de la Sección sobre temas básicos:

- La inclusión del arbitraje estatutario en la propuesta de Código Mercantil, dentro de su Libro Segundo (“De las Sociedades Mercantiles”), Título I (Disposiciones aplicables a todas las sociedades mercantiles), Capítulo III (“De la constitución de Sociedades Mercantiles”), Sección 3ª (“De la escritura pública de constitución”), Subsección 3ª (“De la cláusula estatutaria de arbitraje”; art. 213-20).
- Esa ubicación sistemática significa que el arbitraje estatutario se considera común a todas las sociedades mercantiles, mientras que la Ley de Reforma solo lo refiere expresamente en su art. 11 bis a las sociedades de capital. Se aclara así la duda creada por esa norma;
- La precisión de que el arbitraje societario ha de ser de Derecho;
- La mayor especificación de las materias societarias arbitrales; frente a la lacónica expresión “los conflictos que en ellas [las sociedades] se planteen”, sin más referencia concreta que a la impugnación de acuerdos, el art. 213-20 del ACM detalla las materias arbitrables y cierra con una cláusula general: “... los estatutos podrán establecer que las controversias o conflictos que se susciten en la interpretación y en la aplicación de las normas en ellos contenidas, las impugnaciones de los acuerdos sociales por socios o por administradores, el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la

sociedad o por los socios contra los administradores o liquidadores o contra quienes hubieran ostentando cualquiera de estas condiciones y cualesquiera otros conflictos de naturaleza societaria”;

- La extensión del régimen de arbitraje administrado a todo arbitraje societario, con designación de los árbitros por la institución arbitral; frente a la reducción de esta exigencia a la impugnación de acuerdos sociales del art. 11 bis LA; la norma propuesta la amplía con carácter imperativo a todo arbitraje estatutario, de modo que los socios son libres de establecerlo (“podrán”, Derecho dispositivo), pero si lo establecen, están obligados (“encomendándose”, Derecho imperativo) a encomendar su administración y el nombramiento de árbitros a una institución arbitral.

Hasta aquí, el acuerdo de la Sección fue pacífico; la polémica surgió en el tema de la introducción de cláusula arbitral en estatutos. Respecto de los estatutos fundacionales, en la escritura de constitución de la sociedad, no había problema, ya que necesariamente han de acordarse por unanimidad de los fundadores y, una vez inscrita la sociedad, surten efectos respecto de terceros, como son los posteriores adquirentes de acciones o aceptantes de cargos de administración de la sociedad inscrita.

La cuestión se planteó respecto de la introducción de una cláusula arbitral en estatutos por la vía de modificación de éstos, en las sociedades de capital, porque en las personalistas se admitió sin reservas que solo podría hacerse con “el consentimiento de todos los socios”.

3. LA INTRODUCCIÓN DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE POR LA VÍA DE MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

3.1. Posiciones doctrinales

El régimen de introducción de la cláusula en las sociedades capitalistas careció de regulación legal expresa en nuestro Derecho hasta que la Ley de Reforma de la Ley de Arbitraje introdujo en ésta el art. 11 bis. Hasta entonces, la doctrina estaba dividida. Frente a quienes mantenían que el principio de libertad que inspira el arbitraje y sobre el que reposa su constitucionalidad impide imponerlo a quienes no lo hayan consentido, por lo que el acuerdo social de introducción ha de ser adoptado no ya por unanimidad, sino con el consentimiento de todos los socios³, se alzaba la tesis de aquellos que

³ MUÑOZ PLANAS, J.Mª., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a RODRIGO URÍA*, Madrid, 1978, pp. 381-498. Me declaré “corifeo” de esta doctrina en mi nota necrológica a «José María Muñoz Panas. “In memoriam”», en RDM, nº 283, 2012, pp. 17-21, especialmente pp. 19-20. V. también, en coautoría con José Mª MUÑOZ PAREDES, “La impugnación de acuerdos de la Junta general mediante arbitraje”, en *Estudios en homenaje al Prof. Fernando Sánchez Calero*, II, Madrid, 2002, pp. 1977-2029; POLO, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles”, en *Tribunal Arbitral de Barcelona, Seminario sobre Arbitraje en las Sociedades*

invocaban el principio de mayoría como rector del funcionamiento de las sociedades de capital, al que han de someterse todos los socios, incluso los disidentes y los ausentes (art. 159 LSC)⁴.

Ambas posturas estaban representadas en el seno de la Sección. Me refiero aquí solamente a quienes las habíamos expresado en publicaciones anteriores al debate en la Sección. La posición “mayoritaria” (la que invoca el principio de mayoría) había sido defendida por los Vocales RAFAEL ILLESCAS⁵ y ESPERANZA GALLEGO⁶. El primero critica la STS de 9 de julio de 2007 porque “supone la vuelta a los viejos tiempos en que se rechazaba la arbitrabilidad de las cuestiones societarias” y “es generadora de incertidumbre la afirmación de la Sentencia conforme a la cual ‘la modificación de los estatutos de una sociedad que comporte una sumisión a arbitraje... exige el requisito de la aceptación de los afectados’ ”. Conforme a la teoría de ILLESCAS, la “regla básica” de la mayoría no admite tal excepción en el caso de incorporación de cláusula arbitral a los estatutos sociales. En coincidente término se había manifestado la Prof. ENCARNA GALLEGO.

Mi parecer contrario⁷ argumentaba sobre la base de la doctrina del TC y de la STS criticada por ILLESCAS, para concluir que el principio de mayoría tiene sus

mercantiles, nº 4, Barcelona, 1992, pp. 64-100; VICENT CHULIA, F., *Compendio de Derecho Mercantil*, I-1º, 3ª ed., Barcelona 1991, pp. 616 y ss. V. también mi artículo “Las aportaciones del Prof. Vicent Chuliá al arbitraje societario”, en *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*”; Tirant lo blanch, 2013, pp. 491-498; GÓMEZ PORRÚA, J.M., “La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor FERNANDO SÁNCHEZ CALERO*, vol. II, Madrid, 2002, pp. 1925-1975.

⁴ V. FERNÁNDEZ DEL POZO, E., “Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral”, en RCDI, LXVIII, sept-oct., nº 612, 1992, pp. 2033-2053, especialmente p. 2045; CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, en RJC, nº 2, 1998, pp. 9-45, especialmente, pp. 28-12; PICÓ Y VAZQUEZ, A., “El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales: nuevas tendencias y nuevos problemas”, en *RdS*, nº 11, 1999, pp. 183-203, especialmente, pp. 196-197; CALAZA LÓPEZ, S., “El arbitraje societario”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 21, 2003, pp. 193-214; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, Cizur Menor, 2005, especialmente, pp. 213 y ss.; RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I., *Impugnación de acuerdos sociales y Arbitraje*, Barcelona, 2010, especialmente, pp. 252. y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas de arbitraje societario vistos por un notario”, en *La Notaría*, nº 47-48, 2007, pp. 13-56; ILLESCAS ORTIZ, R., “No va más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societarias”, en *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, nº 1, 2008, pp. 40 y ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, *RdS*, nº 32, 2009, pp. 2-51;; OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 10, 2010, pp. 11-65; PERALES VISCASILLAS, P., “La reforma de la Ley de Arbitraje y el arbitraje societario”, en *Derecho de los Negocios*, nº 243, 2010, pp. 21-23; PIZARRO MORENO, E., “Reflexiones en torno a la evolución del arbitraje en las sociedades mercantiles. Crónica de un problema resuelto”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 25, 2010, pp. 25-45, y por el Tribunal Arbitral de Barcelona, “El posicionamiento del Tribunal Arbitral de Barcelona ante el proyecto de Ley de Reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 10, 2010, pp. 299-301.

⁵ *Op. cit.* en Nota 4.

⁶ *Op. cit.* en Nota 4.

⁷ Mi posición a favor de la tesis de la unanimidad, como mantenían la Propuesta de Código de las Sociedades Mercantiles y el propio Proyecto de la Ley de Reforma de la LA, se formula como crítica a la introducción del art. 11 bis por vía de enmienda, que considero inconstitucional. V. mis trabajos: “Company Arbitration in Spanish Law”, en *Homenaje al Prof. José M^a Abascal, World Arbitration*

límites y no es competencia de la Junta imponer el arbitraje a quienes no lo aceptan libre y voluntariamente, ni vedarles el acceso a la tutela judicial efectiva por la vía directa de acudir a los tribunales ordinarios y al juez natural, ni obligarles a seguir el cauce de un “equivalente”⁸, por lo que la norma del art. 11 bis de la LA puede considerarse “inconstitucional”.

Pero, tras el interesante debate que siguió a la exposición de las tesis encontradas, triunfó la favorable a respetar el principio de mayoría, acogido por la Ley de Reforma. Se reprodujo incluso el régimen de mayoría cualificada del art. 11 bis.2 LA (dos tercios de los votos existentes), lo que sólo disminuye, pero no resuelve el problema constitucional. Mientras exista un solo socio que pueda ser obligado a un arbitraje sin o contra su voluntad, existirá la lesión de derechos fundamentales como son los de libertad y acceso a la tutela judicial.

& *Mediation Review*, Vol. 6, nº 2, 2012, pp. 369-384; “La cláusula de arbitraje introducida por vía de modificación de los estatutos sociales”, en *Actas XI Congreso Asociación Sainz de Andino. Homenaje al Prof. Juan Manuel Gómez Porrúa*, Madrid, 2012, pp. 11-20; Discurso de contestación al de ingreso de CARMEN MOYA SANABRIA en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, *Evolución histórica y estudio de la voluntad como fundamento de la institución arbitral. Capacidad y legitimación de la partes*, Sevilla, 2011, pp. 75-79; “Cláusula estatutaria de arbitraje impuesta por acuerdo mayoritario en las sociedades de capital (art. 11 bis.2 de la Ley de Arbitraje)”, en *Estudios*, de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2012; “El arbitraje y la Constitución de 1812”, acto conmemorativo del CC aniversario de ésta organizado por la CIMA, Madrid, mayo 2012; “El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de Reforma de la Ley 60/2003”, en *Sessió Oberta* de la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, *sobre el “Arbitraje en España”*, *RJC*, nº 4, 2012, pp. 87-113.

He mantenido también esta tesis en el Congreso de la Asociación Andaluza de Profesores de Derecho Mercantil PEDRO SAINZ DE ANDINO: “Constitución y Arbitraje”, Cádiz, 2012 (en prensa); en foros como el III Congreso de Instituciones Arbitrales: *La reforma de la Ley de Arbitraje*, organizado por la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara de Comercio, 2011. Jornada sobre *Arbitraje y Mediación. Métodos alternativos eficaces para la resolución de conflictos*, organizado por CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA, OLIVENCIA-BALLESTER, en el Instituto de Estudios Cajasol, el 16 de marzo de 2012; IX Curso de Arbitraje de la Universidad Rey Juan Carlos, 11 febrero de 2014; “El arbitraje en el Anteproyecto de Código Mercantil”; Curso de Verano El Arbitraje civil y mercantil, organizado por la Universidad de Almería.

Con posterioridad al debate en la Sección Segunda de la CGC, he publicado: “Las aportaciones del Prof. Vicent Chuliá al arbitraje societario”, en *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*; Tirant lo blanch, 2013, pp. 491-498; “Quórum y mayorías en las sociedades de capital. A propósito del artículo 11.bis.2 de la Ley de Arbitraje”, en *Liber Amicorum al Prof. Juan Luis Iglesias*; ed. Thomson-Reuters, 2014, pp. 799-817; Ponencia en el XII Congreso de la Asociación Andaluza de Profesores de Derecho Mercantil PEDRO SAINZ DE ANDINO, “Constitución y arbitraje”, Cádiz, 2012 (en prensa); en foros como el III Congreso de Instituciones Arbitrales: *La reforma de la Ley de Arbitraje*, organizado por la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara de Comercio, 2011; Jornada sobre *Arbitraje y Mediación. Métodos alternativos eficaces para la resolución de conflictos*, organizado por CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA, OLIVENCIA-BALLESTER, en el Instituto de Estudios CAJASOL, el 16 de marzo de 2012; X Curso de Arbitraje de la Universidad Rey Juan Carlos, 11 febrero 2014; “El arbitraje en el Anteproyecto de Código Mercantil”; Curso de Verano “El Arbitraje civil y mercantil”, organizado por la Universidad de Almería (en prensa).

⁸ El argumento del “equivalente”, invocado en el Preámbulo de la Ley de Reforma, es polémico. V. , CRUZ VILLALÓN (antiguo Presidente del TC), “Arbitraje y Constitución en España”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios Homenaje a HÉCTOR FIX-ZAMUDIO*, XI, México, 2008, pp. 421-435, especialmente, p. 432.

Nuestro homenajeado en este libro vio acogida su tesis. Quedé yo “en minoría” en mi “defensa de la minoría”. Pero, conseguí, al menos, por vía transaccional, que puesto que el modelo de la reforma de la LA había sido el italiano, se acogiesen los límites y exclusiones que éste reconoce.

3.2. El derecho de separación

Resulta que la reforma introducida en esta materia por la Ley 11/2011 se inspiró en el Decreto Legislativo italiano de 17 de enero de 2003 (art. 34)⁹, pero sin las garantías que para los socios ausentes o disidentes establece su apartado 6: el derecho de separación, introducido precisamente para evitar la inconstitucionalidad de la norma. El socio no conforme con la cláusula estatutaria arbitral tiene la salida de la separación para no verse imponer un arbitraje por la mayoría.

Se trata de una solución “garantista”, pero que estimo inadecuada al supuesto de hecho. La separación es siempre una medida quirúrgica, que amputa un miembro a la sociedad y le obliga a liquidar su cuota y a reducir el capital, a no ser que se evite mediante la adquisición de aquella por los restantes socios o por la sociedad (art. 271-19 ACM), una novedad del ACM que tiende a paliar, en lo posible, ese trauma. Para el socio, también puede resultar excesivo el remedio de la separación en previsión de un eventual futuro arbitraje, cuando se encuentre cómodo en la sociedad. Pero la fórmula italiana es hábil como coartada para eludir el reproche de inconstitucionalidad: el socio puede evitar la imposición del arbitraje; si no lo hace, se presume que lo consiente, aunque no haya votado a favor del acuerdo.

La regla de la mayoría sin ese remedio resulta, pues, inconstitucional. Así lo he considerado y he señalado los medios para llegar a obtener del TC esa declaración¹⁰ La incorporación del modelo italiano, como ya se había recomendado en nuestra doctrina¹¹, evita el riesgo de inseguridad jurídica que padece nuestro Derecho vigente.

El ACM ha acogido el derecho de separación en el art. 271.5, “Causas específicas de separación en sociedades de capital”, d), “La introducción en los estatutos sociales de cláusulas de sumisión a arbitraje de las controversias o conflictos de naturaleza societaria”.

⁹ Sobre el modelo italiano, V. GENNARI, F., “L’arbitrato societario”, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto pubblico dell’economia*, dirigido por GALGANO, F., vol. 51, 2009, pp. 100-108.

V. también, PIERALLI, A., “El nuevo arbitraje societario en Italia, análisis comparativo con España”, en *Anales de Justicia Alternativa*, nº 5, 2005, pp. 204-220, que proponía la ayuda de las normas italianas para la regulación en España de esta figura; RUFFINI, G., “Il nuovo arbitrato per le controversie societarie”, en *Riv. trim. dir. e pro. civ.*, vol. 58, nº 2, 2004, pp. 495-532; ZUCCONI, E., “La convenzione arbitrale nella società dopo la riforma”, en la misma Revista, vol. 57, nº 3, 2005, pp. 929-972, y “Modelli arbitrali e controversia societarie”, *ibídem*, vol. 60, nº 2, 2006, pp. 513-538.

¹⁰ V. mi artículo “Quórum y mayorías...”, cit., especialmente, IV. *Los remedios*, pp. 815-817.

¹¹ Por VICENT CHULIÁ, especialmente; v. mi artículo “Las aportaciones del Prof. Vicent Chuliá...”, *op. et. loc. cit.*, p. 496.

Como dice la E. de M. del ACM (III, 75 a 79), a partir de una cláusula general de atribución al socio del derecho de separación “por justa causa”, el texto introduce la separación en sociedades de duración indefinida, un listado común de causas y listados específicos para las sociedades de personas y para las de capital. Es en este último en el que se inserta la norma que concede derecho de separación al socio “que hubiera votado en contra” del acuerdo de introducción en los estatutos de la cláusula de arbitraje societario.

Pero la norma del ACM se diferencia todavía del modelo italiano. En primer lugar, con ventaja española, porque el régimen de mayoría en la introducción de la cláusula estatutaria sólo se contempla para las sociedades de capital, mientras que para las personalistas el ACM exige el consentimiento de todos los socios.

La segunda diferencia ya no es a favor de la norma española, porque mientras la italiana concede derechos de separación a los socios “ausentes o disidentes” (art. 34.6 del DL), el ACM solo lo concede al que “hubiere votado en contra”. Parece una aplicación de la máxima “*vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*”. Se requiere una posición activa y expresamente contraria a la introducción de la cláusula para poder ejercer el derecho de separación. Pero tampoco el ausente presta su libre consentimiento al arbitraje.

Por lo demás, no cabe duda de que el ACM he seguido ahora fielmente el modelo italiano, con las limitaciones y contrapesos que lo acompañan.

3.3. La exclusión de las sociedades cotizadas

La exclusión de las sociedades cotizadas es una limitación fundada del arbitraje estatutario. El ACM la expresa en la salvedad con que inicia el texto de la norma de admisión del arbitraje estatutario: el art. 213.20, cuyo apartado 1 comienza con estas palabras: “*Salvo en el caso de las sociedades cotizadas...*”. Las sociedades abiertas, de gran número de socios y accionariado “flotante” en un porcentaje considerable, se adecuan mal al arbitraje como forma de solución de conflictos sociales. De otra parte, existe en éstos un ingrediente de interés público o general que normalmente cuestiona el carácter de disponibilidad que ha de tener el conflicto arbitrable. Nuestra doctrina ya había excluido a las cotizadas del ámbito del arbitraje societario¹²; en el Derecho comparado, el modelo alemán¹³ excluye de éste a todas las anónimas, no sólo a las cotizadas, y el italiano prohíbe expresamente la cláusula compromisoria no sólo a las cotizadas sino a todas aquellas que tengan su capital repartido en el público en “medida relevante”.

¹² V. MUÑOZ PLANAS, J. M^a y MUÑOZ PAREDES, J.M^a, “El arbitraje en las sociedades profesionales”, en *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del Prof. ANIBAL SÁNCHEZ ANDRÉS*, Madrid, 2010, pp. 991-1001, especialmente pp. 1000 y 1001.

¹³ En la s.a. (art. 23.5 *AktGesetz*) no se prevé la cláusula de arbitraje entre las que pueden pactarse en los estatutos sociales. La Ley alemana de s.a. no permite más pactos estatutarios que los expresamente autorizados en ella, y el de arbitraje no se contempla.

LAS SOCIEDADES LABORALES ANTE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE NUEVO CÓDIGO MERCANTIL*

MANUEL PANIAGUA ZURERA**

Resumen

En nuestra experiencia socioeconómica la sociedad laboral es un tipo societario de la economía social que desarrolla el mandato de fomento *ex art.* 129.2 CE. Pese a la claridad del Poder Constituyente, nuestro Derecho positivo (con la LSL de 1997 y, antes, con la LSAL de 1986), no ha dotado a este tipo social de una legislación adecuada. Además, la doctrina científica está dividida en el entendimiento del tipo social laboral. En este escenario analizamos cómo afronta el Anteproyecto de ley del Código Mercantil, y la proposición de ley impulsada desde el movimiento asociativo de nuestras sociedades laborales, esta doble ineptitud: legislativa y científica. Finalmente, aportamos las pautas normativas para evitar la huida de nuestras sociedades laborales del sector de la economía social.

Contenido

1. La legislación mercantil en el Anteproyecto de ley de nuevo Código mercantil. – 2. La nueva codificación mercantil y las sociedades laborales. – 3. Las sociedades laborales en los hechos y en el Derecho. – 3.1. La experiencia de nuestras sociedades laborales. – 3.2. El desinterés de nuestros poderes públicos por el régimen jurídico-privado de la sociedad laboral. – 3.3. La Proposición de ley de sociedades laborales de Confesal. – 3.4. La división doctrinal sobre el sentido institucional de la sociedad laboral. – 4. El nuevo Código mercantil no es una legislación adecuada para las sociedades laborales. – 4.1. La insuficiencia de las reformas introducidas en la LSL por el Anteproyecto de ley de Código mercantil. – 4.2. Una legislación adecuada para la sociedad laboral como tipo societario de la economía social.

1. LA LEGISLACIÓN MERCANTIL EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE NUEVO CÓDIGO MERCANTIL

El Consejo de Ministros ha aprobado, a propuesta de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, el Anteproyecto de ley del Código Mercantil (ACM, en

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación de excelencia del Ministerio de Economía y Competitividad, “Contratación mercantil y competencia empresarial: nuevas tendencias reguladoras y propuestas de conexiones normativas” (Ref. DER2013-43674-P), cuyos investigadores principales son los Profs. Drs. Luis María Miranda Serrano y Javier Pagador López.

** Profesor Titular de Área de Derecho Mercantil. Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Educación (Universidad Loyola Andalucía).

adelante). Se inicia ahora una fase de informes¹, que culminará con su aprobación como proyecto de ley y su tramitación parlamentaria durante 2015: es el apretado calendario barajado.

El ACM ha ido precedido por una, aún más extensa, *Propuesta de Código Mercantil* elaborada –tras más de una década de estudios sectoriales, y globales desde 2006- por la Sección de Derecho Mercantil (o, Sección Segunda) de la Comisión General de Codificación², presidida por el maestro Alberto BERCOVITZ. La Propuesta, publicada el 17 de junio de 2013, lleva apenas un año sometida al debate público y científico. Breve plazo si consideramos los profundos cambios proyectados que, entendemos, hacen trabajoso y muy difícil un razonable consenso político y científico³.

De la Exposición de motivos (E. de m.) de la Propuesta se han entresacado las ideas de la preceptiva memoria de análisis del impacto normativo de la iniciativa legislativa. Los citados ministerios han destacado como fines generales del ACM estos tres objetivos centrales: la garantía de la unidad de mercado, la modernización del Cco de 1885 y la evitación de la dispersión normativa. Estas ideas se unen, en una relación de causa-efecto, a un principio-valor eminentemente jurídico (la seguridad jurídica, metanorma constitucionalizada) y a un objetivo básicamente económico (la agilización del tráfico económico).

La mayor mutación proyectada es la redefinición de la materia mercantil e, inevitablemente, del concepto de Derecho mercantil y del alcance de la legislación mercantil. De aprobarse el contenido sustancial del ACM habríamos de coincidir, con su E. de m., que en nuestro Derecho positivo la “*legislación mercantil*” es “*la regulación de Derecho privado propia del mercado*”⁴, a cuyos efectos se delimita la novedosa noción de “*operadores del mercado*” (v. art. 1-2).

Esta afirmación, como es sabido, tiene implicaciones constitucionales (v. gr., arts. 1.1, 9.2, 20, 22, 33, 34, 35, 38, 40, 45, 51, 128, 129.2, 130, 131 o 149 CE): el obligado ajuste de la legislación mercantil a la superioridad material de la Norma

¹ V., los informes, por lo general favorables, junto a una serie de atinadas observaciones de mejora, del Consejo Económico y Social (CES), Dictamen 5/2014 sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, Sesión del Pleno de 25 de junio de 2014 (v. www.ces.es); y, del CGPJ, un informe muy limitado aprobado por su Pleno el 30 de septiembre de 2014 (v. www.poderjudicial.es). Por su parte, el informe de la CNMV, muy crítico en las materias que afectan a la defensa de la competencia económica (cuya regulación ya había sido excluida del ACM), fue evacuado el 17 de julio de 2014 (v. www.cnmv.es). La sucesión de fechas nos da idea de la celeridad que está dándose a esta fase.

² La propuesta ha sido editada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.

³ Los trabajos prelegislativos de las propias secciones de la Comisión General de Codificación patentizan los, digamos, desencuentros científicos que son causa notoria de inseguridad jurídica. Así en materia de obligaciones y contratos en general, por ir al ejemplo paradigmático, están incomunicadas las extensas previsiones del ACM (v. sus arts. 411-1 a 450-9), y la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos preparada por la Sección de Derecho Civil (o, Sección Primera) de la citada Comisión (editada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 2009).

⁴ De lege ferenda es la propuesta defendida por BERCOVITZ, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, 13ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 66-68. El protagonismo del mercado es una tendencia atisbada por nuestra más relevante doctrina mercantil, vid. URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., “El Derecho Mercantil”, en VV. AA., *Curso de Derecho Mercantil*, URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), t. I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2006, pp. 42-43; y, OLIVENCIA, M., “La autonomía del Derecho Mercantil. La Constitución y el Derecho Mercantil. Ensayo de un concepto del Derecho Mercantil”, en VV. AA., *Derecho Mercantil*, JIMÉNEZ-DÍAZ (coords.), vol. 1º, 15ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 78-79.

fundamental, y a la primacía del Derecho comunitario. Además, y lo que sigue ha resultado extremadamente espinoso en nuestro sistema jurídico, dicha aseveración está llamada a generar conflictos competenciales⁵. Al final todos los sujetos de Derecho acuden al mercado a ofertar o a demandar bienes o servicios, como es inherente a una economía capitalista o de mercado. Por su parte, nuestra jurisprudencia constitucional no ha resuelto en forma sistemática, como demanda todo sistema económico y jurídico, sino tónica –en cada problema competencial-, el alcance de la competencia exclusiva estatal sobre la legislación mercantil (art. 149.1.6ª CE) y de las competencias autonómicas en materia económica⁶.

No obstante, la Sección Segunda del máximo órgano asesor del Ministerio de Justicia en las tareas prelegislativas ha cumplido cabalmente el encargo recibido, ciertamente, en uno de sus posibles sentidos. La Orden del citado Ministerio de 7 de noviembre de 2006 fijó como objeto de la encomienda (*sic*) “*la elaboración de un nuevo Código Mercantil*” que asegurase, de un lado, una delimitación clara de la materia mercantil por razones de seguridad jurídica (frente al desfase y al vaciamiento normativo del Cco de 1885 y ante la dispersión de la legislación mercantil) y, de otro, el mantenimiento de la unidad de mercado. Además, en la orden ministerial se alude, en términos muy amplios, al criterio de delimitación normativa: “*la regulación vigente que afecta a las relaciones jurídico-privadas vinculadas a las exigencias de la unidad de mercado*”.

Donde caben las mayores dudas es en la extensión de la labor de nueva codificación. La citada orden disponía que en el nuevo Código mercantil “*se integrará y delimitará la legislación mercantil existente, y se modernizará y completará, en la medida que se estime oportuno*”. Así se ha hecho, con el recurso al margen de discrecionalidad concedido. Es evidente que no toda la legislación mercantil, ni siquiera la que tiene hoy rango de ley, estará contenida en el proyectado Código mercantil: la Propuesta dejó fuera al Derecho concursal, al Derecho de los consumidores y al Derecho marítimo; y el ACM ha hecho lo propio con el Derecho de defensa de la competencia, el Derecho de la propiedad industrial y numerosos contratos mercantiles. Asimismo, es notorio que la legislación mercantil se ha extendido a materias cuya mercantilidad no es, digamos, pacífica [el ejemplo por antonomasia son los tradicionales “*actos mixtos*”, v. E. de m. sub VI.5) y arts. 1-3.1, 412-1 y 511-1 ACM].

En lo que sí coincidimos con la Propuesta es en que el principio de unidad de mercado –y, el más básico, de seguridad jurídica- exigen enmendar la actual fragmentación legislativa en Derecho privado fruto del juego combinado de, al menos,

⁵ En una de las muchas conferencias de presentación de la Propuesta el maestro A. BERCOVITZ ha afirmado: “la elaboración de un nuevo Código mercantil tiene por objeto asegurar en el ámbito jurídico-privado la unidad de mercado que impone la Constitución” (Revista El Notario del Siglo XXI, nº 56, 2014). Precisamente en las objeciones competenciales insisten las alegaciones realizadas por el grupo de profesores de Derecho civil “Actualiza” (disponible en: http://civil.udg.edu/php/biblioteca/arxius/Documento_de_alegaciones.pdf).

⁶ Con algunos sonoros desaciertos, de difícil solución. Por ejemplo, y limitamos la cita a dos ejemplos en materia mercantil, la competencia autonómica sobre el régimen jurídico-privado de las sociedades cooperativas [v. la breve STC 72/1983, de 29 de julio (RTC 1983, 72)]; o, el reconocimiento de las competencias ejecutivas autonómicas en materia de defensa de la competencia [v. STC 208/1999, de 11 de noviembre (RTC 1999, 208)].

tres factores: 1º) El deficiente reparto de las competencias normativas estatales y autonómicas en el bloque de la constitucionalidad, y el ulterior mercadeo (un fallo constitucional y político); 2º) La inacción del legislador estatal y el activismo legislativo autonómico (otro fallo político); y, 3º) Las deficiencias y las insuficiencias de la doctrina constitucional (un fallo de nuestra justicia constitucional).

2. LA NUEVA CODIFICACIÓN MERCANTIL Y LAS SOCIEDADES LABORALES

En el Derecho de sociedades mercantiles, la materia más extensamente codificada en el ACM, la E. de m. de la Propuesta afirma: *“Por obvias razones de estabilidad normativa, especialmente atendibles en la elaboración de un Código con vocación de permanencia, quedan fuera de este ámbito los variados tipos (sociales o societarios) especiales y subtipos que la legislación y la práctica han ido configurando, entendiendo que, en todo caso, su mercantilidad vendrá derivada de su adscripción material a alguno de los tipos regulados”*. En su articulado prevé que las normas propias de cada tipo social *“prevalecerán”* sobre las comunes a toda clase de sociedades mercantiles (art. 211-2). Y, lo que tiene mayor interés para las sociedades laborales, dispone que en defecto de norma *“con rango de ley que les sea específicamente aplicable”*, las sociedades mercantiles *“se regirán”* por las disposiciones contenidas en este Código (art. 211-1)⁷.

En la Propuesta no encontramos ninguna referencia expresa a las sociedades laborales, que están reguladas en una ley mercantil especial⁸: la Ley 4/1997, de 24 de marzo, *de sociedades laborales (LSL)*⁹, completada por el RD 2114/1998, de 2 de

⁷ El maestro R. ILLESCAS ha denunciado con reiteración, en sus editoriales en DN, la falta de sistema y de arte legislativo en las continuas reformas en nuestro Derecho de sociedades mercantiles de capital.

⁸ No analizamos las especialidades del tipo social en materia tributaria (con escasos y desfasados beneficios tributarios), laboral (con socios trabajadores que aúnan su condición de partícipes y de asalariados por cuenta ajena, como es típico en las sociedades mutualistas) y de Seguridad Social (v. art. 21 LSL).

⁹ La primera norma con rango de ley que aportó una relativa seguridad jurídica a las sociedades laborales fue la Ley 15/1986, de 25 de abril, de sociedades anónimas laborales (LSAL de 1986). Antes de esta norma jurídico-privada los fines atendidos por la sociedad laboral se cubrían con precarias órdenes ministeriales sobre calificación laboral y protección del empleo [v. ad ex. la Orden MTSS de 21 de febrero de 1986, por la que se establecen diversos Programas de apoyo a la creación de empleo, en cuyo art. 9 figuran algunos de los requisitos para la “sociedad laboral” que fueron acogidos, unos meses después, por la LSAL de 1986]. Vid. PIÑOL AGUADÉ, J. M^a, “Acotaciones a las Sociedades Anónimas Laborales (SAL)”, *RCDI*, n° 513, 1976, pp. 307-337; o, GISPERT PASTOR, M^a T. de, “Aproximación a una nueva realidad económica: la sociedad anónima laboral”, *RJC*, fasc. 2, 1983, pp. 269-330.

Sobre la regulación de Derecho privado introducida por la LSL en 1997, vid. NEILA NEILA, J. M^a, *Sociedades laborales. Análisis sistemático de la Ley 4/1997, de 24 de marzo*, Dykinson, Madrid, 1998; VALPUESTA GASTAMINZA, E. M^a y BARBERENA BELZUNCE, I., *Las sociedades laborales. Aspectos societarios, laborales y fiscales*, Aranzadi, Pamplona, 1998; GÓMEZ CALERO, J., *Las sociedades laborales*, Comares, Granada, 1999; SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., GOÑI SEIN, J. L., HUCHA CELADOR, F. de la y PERDICES HUETOS, A. B., *Sociedades Laborales*, en VV. AA., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA (dirs.), t. XV, Civitas, Madrid, 2000; CANO LÓPEZ, A., *Teoría jurídica de la economía social. La sociedad laboral: una forma jurídica de empresa de economía social*, CES, Madrid, 2002; SANTOS MARTÍNEZ, V., “Sociedades laborales: implantación y renovación de una peculiar figura societaria”, en VV. AA.,

octubre, *sobre el Registro administrativo de sociedades laborales*. Las sociedades laborales pueden constituirse en forma anónima o, como sucede en la práctica, en forma de sociedad limitada laboral. La d. f. 1ª LSL dispone: “*En lo no previsto en esta Ley, serán de aplicación a las sociedades laborales las normas correspondientes a las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, según la forma que ostenten*”. Esta norma de derecho supletorio demanda un juicio de compatibilidad con los principios generales del tipo social laboral. Esta usual labor jurídica, de la que depende la normativa supletoria finalmente aplicable, se complica sobremanera a falta de un entendimiento único de la naturaleza del tipo social laboral.

El ACM mantiene en su E. de m. el párrafo transcrito de la Propuesta (v. sub III-10), así como el comentado precepto sobre conflicto de leyes (art. 211-2. *Régimen jurídico*). Como fruto de este apenas un año de información pública, se han incrementado las derogaciones puntuales de la legislación mercantil no codificada, y las modificaciones parciales de esta legislación. Entre la normativa directamente afectada se encuentra la LSL (v. d. d. única.3.8º y d. f. 4ª ACM)¹⁰. Pero, lo más relevante es que el extensísimo Libro Segundo ACM (*De las sociedades mercantiles*, arts. 211-1 a 293-7: más de un tercio del proyectado Código mercantil) incorpora al régimen de las sociedades laborales todas las innovaciones normativas previstas en su articulado, no incompatibles con la naturaleza o los principios generales de este tipo social. Un solo ejemplo, de indubitada aplicación: las nuevas sociedades *anónimas* laborales y, antes del 31 de diciembre de 2020 las *anónimas* laborales ya constituidas, deberán tener un capital social mínimo de 120.000 euros (v. art. 233-1 y d. t. 1ª).

En consecuencia, la investigación del impacto de la aprobación del ACM sobre el régimen jurídico-privado de las sociedades laborales rebasa los límites de este trabajo. Ello no priva de utilidad a un estudio de orientación general sobre dos tareas de política legislativa que continúan pendientes: en primer lugar, a modo de premisa, si la legislación vigente es una *legislación adecuada* para las sociedades laborales; y, en segundo término, si las reformas legales propuestas y las contenidas en el ACM nos aproximan a dicha legislación adecuada.

La expresión “*mediante una legislación adecuada*” figura en el art. 129.2 CE predicada directamente de la legislación cooperativa y, a continuación, como demanda constitucional a los poderes públicos cuando establezcan “*los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción*”. La sociedad laboral –y la sociedad cooperativa– es el principal medio establecido, en forma singular en nuestro sistema jurídico respecto al Derecho comparado, por nuestros poderes públicos para facilitar dicho acceso. El art. 129.2 CE es un desubicado principio rector

Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, vol. IV, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pp. 4461-4466; y, PAGADOR LÓPEZ, J., *Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca*, en VV. AA., *Tratado de Derecho Mercantil*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), t. 12, vol. 2º, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

¹⁰ Como analizamos, el ACM prevé la derogación de los arts. 13.1 y 17.1 LSL referidos a la impugnación de los acuerdos sociales y a las causas de disolución, respectivamente. Así mismo, da nueva redacción al art. 12 LSL en materia del consejo como órgano de administración.

de la política social y económica que informa la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 CE)¹¹.

Las sociedades cooperativas y las sociedades laborales tienen un claro reconocimiento en los arts. 1.1, 9.2 y 129.2 CE. Esta positiva valoración constitucional fue desarrollada tanto por la LSAL de 1986, como por la LSL. La E. de m. de la LSAL 1986 afirmaba que la ley articulaba las medidas para “*fomentar adecuadamente esta fórmula de organización económica y de participación de los trabajadores en la empresa, de acuerdo con el mandato recogido en el artículo 129.2*” CE. La E. de m. de la LSL inicia su justificación en estos términos: “*La finalidad de conseguir nuevos métodos de creación de empleo, fomentando a la vez la participación de los trabajadores en la empresa, de acuerdo con el mandato recogido en el artículo 129.2 de la Constitución, es una preocupación constante de la sociedad a la que no es ajena el legislador*”.

Esta valoración constitucional, y su desarrollo legal, nos alejan de un tipo social laboral pensado como una sociedad mercantil de capital centrada en el interés lucrativo de sus socios. O, en otros términos, la sociedad laboral, como otros empresarios de la economía social (*ad ex.*, las sociedades cooperativas), internaliza, junto a un interés lucrativo limitado de sus socios y una distribución de los derechos sociales tendencialmente igualitaria, unos fines sociales y de interés general en coherencia con los valores y los principios de la economía social. En este caso, de manera muy marcada los fines sociales y de interés general son la creación o el mantenimiento, o ambos, de empleo estable y digno en una empresa de la economía social, la participación de los trabajadores en esta empresa y el control efectivo de la sociedad-empresa laboral por los trabajadores indefinidos¹².

La Ley 5/2011, de 29 de marzo, de economía social (LES)¹³, aunque efectúa una defectuosa recepción de los principios de la economía social¹⁴, ha incluido a las sociedades laborales entre los empresarios de la economía social mediante su directa

¹¹ Últimamente vid. PANIAGUA ZURERA, M., *Las empresas de la economía social. Más allá del comentario a la Ley 5/2011, de economía social*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 81 y ss., 123 y ss., 150-153 y 186-189; e, idem, “La sociedad-empresa cooperativa en la evolución de los modelos ius cooperativos en España”, *RDS*, nº 40, 2013, pp. 184-186 y 196 y ss.

¹² Los principios de la economía social están contenidos en la Carta de principios de la economía social aprobada, en enero de 2008, por la Conferencia Europea Permanente de Cooperativas, Mutualidades, Asociaciones y Fundaciones, hoy denominada Social Economy Europe. La aludida Carta recoge siete características (principios) comunes a las empresas y los empresarios de la economía social: 1º) La primacía de la persona y de la actividad económica y social sobre el capital; 2º) La adhesión voluntaria y abierta; 3º) El control democrático, excepto en las fundaciones; 4º) La conjunción de los intereses de los miembros usuarios y del interés general; 5º) La defensa y la aplicación de los principios de solidaridad y responsabilidad; 6º) La autonomía de gestión y la independencia de los poderes públicos; y, 7º) El destino de la mayoría de los excedentes a la consecución de objetivos a favor del desarrollo sostenible, de los servicios a los miembros y del interés general. PANIAGUA ZURERA, V. *Las empresas de la economía social ...*, *op. cit.*, pp. 92-95.

¹³ Nos encontramos ante una ley pionera en el reconocimiento de los empresarios y las empresas de la economía social, que ya ha tenido continuación en la Unión Europea. V. la breve Ley portuguesa 30/2013, de 8 de mayo, de bases de la economía social; y, la extensa Ley francesa sobre la economía social y solidaria, a modo de “código de la economía social”, aprobada en sesión extraordinaria de su Asamblea Nacional el 21 de julio de 2014.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 153-162. Entre los principios inserta “la promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca (...) la generación de empleo estable y de calidad” [art. 4 letra d) LES].

denominación: la técnica legislativa utilizada es una declaración legal de pertenencia a la economía social (v. art. 5.1 LES)¹⁵. Ahora bien, hemos de excluir de la economía social a los empresarios declarados tales por el legislador si, de manera efectiva, no cumplen con los dos requisitos que construyen la noción legal de empresario de la economía social: la persecución del “*interés colectivo*” de sus miembros o el “*interés general económico o social*”, o ambos (art. 2 LES), y el cumplimiento sustancial de los principios de la economía social (art. 4 LES).

Pese a la claridad legal en las declaraciones, no así en la normativa jurídico-privada, no ha existido un razonable consenso doctrinal sobre la naturaleza de la sociedad laboral. Como es frecuente en contextos de mutaciones legislativas, cuando en la ciencia jurídica cunde la desorientación, no es extraño que el legislador resulte seducido por los intereses especiales de los grupos de presión. Nos referimos a la *Proposición de ley de sociedades laborales* (PLSL, en adelante) realizada por la Confederación Empresarial de Sociedades Laborales (Confesal)¹⁶. La promoción de estos intereses económicos y sociales especiales es totalmente legítima (art. 7 CE). Como también lo son las demandas a los poderes públicos en favor del interés general o bien común (Preámbulo o arts. 1.1, 10 y 97 CE). Los mejores frutos del arte legislativo, y los más duraderos, nacen de un adecuado equilibrio de este juego de intereses y, por supuesto, del respeto a la superioridad material de la Norma fundamental.

3. LAS SOCIEDADES LABORALES EN LOS HECHOS Y EN EL DERECHO¹⁷

3.1. La experiencia de nuestras sociedades laborales

Según las estadísticas de la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (Cepes)¹⁸, a la que está adherida Confesal, en el primer trimestre de 2014 el *número total de sociedades laborales en activo* alcanza las 11.150 empresas (con 64.337 empleos, socios o no). Las cifras muestran una acusada reducción del total de sociedades laborales desde el año 2008 en que se parte de 19.374 sociedades en activo (con 123.107 empleos)¹⁹. Atendiendo a su distribución sectorial, prácticamente dos tercios operan en el sector servicios, seguido por la industria y la construcción.

¹⁵ “Forman parte de la economía social (...) las sociedades laborales” (art. 5.1 ab initio). Las sociedades laborales han estado presentes en las dos tentativas legales, de rango reglamentario, de definición de la economía social en España anteriores a la LES (v. art. 2.2 RD 1836/1991, 28.12; y, art. 2.3 RD 219/2001, 2.03). PANIAGUA ZURERA, V. *Las empresas de la economía social ...*, op. cit., pp. 65-80.

¹⁶ Constituida en 1987, es la organización representativa de ámbito estatal de las sociedades laborales. V. www.confesal.es.

¹⁷ Permítasenos el recuerdo al maestro GARRIGUES, J., *Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas*, MENÉNDEZ, A. (pr.), Civitas, Madrid, 1998 (reimp.).

¹⁸ Esta confederación intersectorial estatal, fundada en 1992, es la asociación empresarial que representa a los empresarios y las entidades de la economía social en España. Desde su constitución Cepes ha jugado un papel muy activo en la elaboración de la legislación que afecta a los empresarios de la economía social. V. www.cepes.es (consulta 15/09/2014).

¹⁹ Centrándonos en las sociedades laborales en activo, la secuencia se completa con estas cifras: 16.932 (2009), 15.376 (2010), 14.230 (2011), 13.102 (2012) y 11.322 (último trimestre 2013).

Muy significativa es, asimismo, la información publicada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social²⁰. Si analizamos las estadísticas de la última década, el *número de nuevas sociedades laborales registradas anualmente* (y de socios iniciales) ha descendido abruptamente, desde las 4.249 (con 15.558 socios iniciales) en 2004, a las 892 (con 3.444 socios iniciales) en 2013²¹. Los datos de 2013 confirman que la mayoría de las sociedades laborales de nueva constitución actúan en el sector servicios (634), seguido de la industria (163) y la construcción (85).

El número de nuevas sociedades anónimas laborales registradas pasa a la cifra testimonial de 15 sociedades en toda España en 2013, mientras las sociedades limitadas laborales registradas son 877. Los hechos han superado, para las nuevas sociedades laborales, la dualidad legal sociedad *anónima* laboral y sociedad *limitada* laboral. Las sociedades anónimas laborales originarias son, hoy, una experiencia residual. Recapitulando, en nuestra realidad socioeconómica la sociedad-empresa laboral es una sociedad cerrada titular de una pyme intensiva en el empleo de mano de obra²², del sector servicios en su mayoría, perteneciente a la economía social que internaliza fines sociales y de interés general.

Si pasamos a nuestra experiencia jurídica advertimos que la evolución de las sociedades-empresas laborales ha cursado estas tres etapas. En primer término, su origen, sentido y fines se centran en la continuidad de empresas capitalistas industriales en crisis²³. En una segunda fase, desde mediados de la década de los ochenta del pasado siglo, su alcance se extiende al fomento de la participación de los trabajadores en la titularidad de nuevas empresas *ex art. 129.2 CE*. Y, en tercer lugar, desde mediados de los noventa del siglo XX el tipo social laboral aparece en los textos legales –junto a las cooperativas de trabajo asociado– como instrumento de las políticas activas de empleo,

²⁰ V. www.empleo.gob.es (consulta 15/09/2014). La información procede del Registro administrativo del entonces Ministerio de Trabajo e Inmigración y de los Registros administrativos autonómicos.

²¹ La secuencia completa es la que sigue: 3.466 sociedades laborales en 2005, 2.526 (2006), 2.341 (2007), 1.514 (2008), 1.225 (2009), 1.252 (2010), 1.145 (2011) y 1.006 (2012).

²² En el bienio 2013-2014 sólo tres sociedades anónimas laborales superan los 20 millones de euros de facturación, las tres con elevado volumen de empleo (107 empleos, 224 y 217, respectivamente). V. el listado de empresas relevantes de la economía social en www.cepes.es/Ranking (consulta 19/09/2014).

²³ VICENT CHULIÀ, F., “Instituciones cooperativas y formas de trabajo asociado”, *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia*, nº 1, 1971, pp. 62-64; SALABERT PARRAMON, R., “Las sociedades anónimas laborales”, *CIRIEC-España: revista de economía pública, social y cooperativa*, nº 0, 1987, pp. 47-74; o, VV. AA., *Libro Blanco de la Economía Social en España*, BAREA TEJEIRO, J. y MONZÓN CAMPOS, J. L. (dirs.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pp. 59 y ss. y 357 y ss.

mediante la promoción pública de pymes y microempresas²⁴. Estas conclusiones, en esta muy sintética exposición, son confirmadas por los estudios de campo publicados²⁵.

Esta etiología, estos fines y esta evolución justifican que las sociedades laborales, junto a las sociedades cooperativas, sean destinatarias de estímulos económicos (p. ej., ayudas financieras, ayudas finalistas y subvenciones) y formativos (p. ej., asesoramiento y estudios de viabilidad) para incrementar su constitución y desarrollo. También explican el uso instrumental de la sociedad laboral (como el de las cooperativas) por las políticas públicas como meros arietes frente al desempleo²⁶.

3.2. El desinterés de nuestros poderes públicos por el régimen jurídico-privado de la sociedad laboral

Veremos que la actitud adoptada por el ACM no es original. Las sociedades laborales no han sido afortunadas con una legislación adecuada, antes al contrario, ha primado el desinterés público y las urgencias de su movimiento asociativo. Así lo patentiza la simple relectura del anémico y atécnico Proyecto de ley de sociedades anónimas laborales de junio de 1985²⁷.

Es cierto que la flexibilidad inicial del híbrido societario acuñado, con cuerpo de sociedad anónima donde se introducen fines sociales y de interés general, fue coyunturalmente necesaria para atender a cualquier sociedad de capital en situación de crisis patrimonial. Pero, atendida esta circunstancia presente en la primera etapa aludida, lo adecuado hubiese sido una regulación *ad hoc* de la sociedad laboral como tipo societario de la economía social que internaliza fines sociales y de interés general.

Los despropósitos legislativos continuaron. Hasta el 12 de abril de 1996, un vez perdidas las elecciones generales, el Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados no presentó la Proposición de ley de sociedades laborales²⁸. Demora excesiva porque la

²⁴ La definición legal de las políticas activas de empleo incluye la promoción del empleo asalariado y las medidas destinadas (sic) “al fomento del espíritu empresarial y de la economía social” (art. 23.1 Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, muy modificada por leyes de urgencia como los RD-Leyes 3/2011, 18.02 y 8/2014, 4.07). Además, entre los principios generales del diseño y la ejecución de las políticas activas de empleo debe estar presente, “El fomento del autoempleo y la iniciativa emprendedora, especialmente en el marco de la economía sostenible y de los nuevos yacimientos de empleo, incluyendo la atención y el acompañamiento a las personas emprendedoras en la puesta en marcha de su iniciativa empresarial” (art. 24.1 letra c).

²⁵ BAREA TEJEIRO y MONZÓN CAMPOS (dirs.), *Libro Blanco ...*, últ.op.loc.cit.; y, VV. AA., *La Economía Social en España en el año 2000*, BAREA TEJEIRO, J. y MONZÓN CAMPOS, J. L. (dirs.), CIRIEC-España y MTSS, Valencia, 2002, pp. 61-67 y 219 y ss.

²⁶ Sobre esta concepción instrumental de los empresarios de la economía social, y su contraste con el objetivo (no ajeno a la utopía) de construcción de un poder compensador en los mercados alentado por el espíritu de la economía social, vid. PANIAGUA ZURERA, *Las empresas de la economía social ...*, op. cit., pp. 88-92 y 276 y ss.

²⁷ BOCG, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, Proyectos de ley, Núm. 155-1, de 3 de junio de 1985.

Con anterioridad, las órdenes ministeriales que establecían programas orientados a la creación de empleo delimitaban, a sus efectos, a la sociedad laboral como una sociedad mercantil que cumplía ciertos requisitos respecto a la titularidad del capital social y la transmisión de los títulos representativos del capital.

²⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, Proposiciones de ley, Núm. 14-1, de 12 de abril de 1996.

trascendental Ley 19/1989, 25.07, nada menos que 7 años antes, había dejado sin una legislación adecuada a la mayor parte de las nuevas sociedades laborales, ya pymes del sector servicios²⁹.

Además, después de las elecciones generales anticipadas del 3 de marzo de 1996, el Grupo Socialista vio admitida su propuesta, pero su tramitación y, por supuesto, su contenido normativo, estuvo orientado por la coalición parlamentaria formada por el Grupo Popular y el Grupo Catalán (CiU). Estos grupos parlamentarios presentaron enmiendas muy similares (lo que denota su origen en Confesal) dirigidas, en exclusiva, a la extensión a las sociedades laborales de la flexibilidad acogida para la sociedad limitada (una sociedad de capital plutocrática) por la LSRL de 1995. Nuevamente estuvo ausente la tarea de elaborar una legislación adecuada al origen, a los valores y a los principios de la institución.

El resultado final es que la LSL mantiene, ampliada, la solución legislativa ensayada por la LSAL de 1986 de un tipo societario único (la sociedad laboral), ahora con dos formas organizativas: la anónima laboral, que apenas se utiliza; y, la limitada laboral, que tiene una mayor pujanza relativa por su mejor acomodo a las pymes. La LSL apenas ha experimentado reformas directas en su régimen jurídico-privado³⁰. En consecuencia, para el tipo social laboral no es atinada la apreciación de la E. de m. de la Propuesta de Código mercantil (la falta de estabilidad legislativa), que ha pasado al ACM.

Ahora bien, a través de la cláusula de derecho supletorio *ex d. f.* 1ª LSL, todas las reformas en el régimen de las sociedades mercantiles de capital inciden, al menos potencialmente, en la normativa de las sociedades laborales. De hecho la PLSL de Confesal³¹ se presenta, en apariencia (su *ocassio legis*), a modo de una actualización de la LSL para dar respuesta (competitiva, en términos normativos) a las reformas introducidas en nuestro Derecho de sociedades mercantiles de capital a favor de las pymes y de las microempresas.

²⁹ Entre la LSAL de 1986 y la LSL tuvo lugar un cambio normativo que frenó la constitución de nuevas sociedades laborales: la entrada en vigor de la aludida Ley 19/1989. Para la sociedad laboral la novedad más importante fue la exigencia de un capital social mínimo legal para la constitución y el funcionamiento de una sociedad anónima fijado, en su día, en 10 millones de ptas. Las sociedades laborales creadas antes de la publicación de la Ley 19/1989 dispusieron de un régimen transitorio especial, que se extendió hasta el 31 de diciembre de 1996 (v. su d. t. 3ª.3).

³⁰ En su régimen de Derecho privado ha tenido dos reformas de entidad menor. La primera en virtud de la Ley 44/2002, 22.11, que dio nueva redacción a su art. 8 LSL, con lo que el valor razonable de las acciones o participaciones sociales ha pasado a sustituir el anterior mandato apoyado en el valor real. La segunda mediante la Ley 62/2003, 30.12, que modificó el precepto sobre los trabajadores indefinidos que no computan en los límites al número de horas-año trabajadas por trabajadores indefinidos no socios, excluyendo a los trabajadores indefinidos con discapacidad psíquica en grado igual o superior al 33 por ciento (art. 1.2 párr. primero LSL).

³¹ La propuesta inicial de reforma de la LSL, impulsada por Confesal, fue realizada por la Profª. Gemma Fajardo García, en los aspectos societarios; por la Profª. Mª Pilar Alguacil Marí, en el régimen tributario; y, el Prof. Juan López Gandía, en la materia de encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social. La Memoria de la reforma de la Ley de sociedades laborales se hizo pública en octubre de 2006 (disponible en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/129853.pdf>). En marzo de 2009 Confesal dio a conocer el contenido, a día de hoy, de su Proposición de ley de sociedades laborales (disponible en http://www.aexel.org/datos/.../doc_4579f2ab4cbaf6598f3d5815feaac00b.pdf).

3.3. La Proposición de ley de sociedades laborales de Confesal

La Proposición de ley, a juicio de sus artífices e impulsores, trata de aumentar el atractivo de la sociedad (anónima o limitada) laboral para los futuros empresarios a través de la eliminación de límites legales hoy vigentes³²; y mediante la demanda de incentivos fiscales compatibles con el régimen de ayudas de Estado³³.

En su E. de m. se aduce la apertura de “una nueva etapa” con “una visión moderna y actualizada”. Paradójicamente, esta innovadora fase daría cabida, de un lado, a una redefinición legal a la baja de los requisitos de laboralidad; y, de otro, a unas políticas de fomento público (beneficios tributarios) al alza³⁴. Su contenido remodela profundamente el régimen jurídico-privado del tipo social laboral acercándolo hacia las sociedades mercantiles de capital y al espíritu capitalista (*decide y gana más, quien más aporta*). Una nueva oportunidad, frustrada o perdida, para la economía social. La PLSL mantiene literalmente la d. f. 1ª LSL (v. d. f. 1ª PLSL).

Pese a estos objetivos contrarios, salvo error, a nuestra Constitución económica y a los valores y los principios de la economía social, es muy probable que la PLSL, al menos en sus previsiones de Derecho privado, sea asumida por el Ejecutivo³⁵. Tristemente todo dependerá, como en el supuesto del propio ACM, de la simple coyuntura política favorable o no.

La PLSL asienta el concepto legal de sociedad laboral (v. art. 1) sobre dos solos presupuestos: primero, la mayoría de los derechos de voto (y no del capital social, como ahora) deberán pertenecer a los trabajadores indefinidos³⁶; y, segundo, salvo entidades públicas, de capital riesgo, no lucrativas o de economía social (que pueden alcanzar, sin sobrepasarlo, el 50 por ciento de los derechos de voto), ningún socio podrá ser titular de acciones o participaciones sociales que le atribuyan más de un tercio de los votos sociales.

³² Se insiste especialmente en el límite a la contratación de trabajadores indefinidos por la sociedad laboral, pues se han producido descalificaciones por la superación de los topes legales. La argumentación es añeja, pues siempre ha existido esta eventualidad; y, lo más relevante, está vacía de peligro, porque no existe un control efectivo de los requisitos de laboralidad por las administraciones competentes.

³³ La PLSL conlleva el tránsito desde unos escasos y obsoletos beneficios tributarios, a un buscado régimen tributario especial estricto sensu.

³⁴ Admiten y justifican la propuesta, en algún caso con sugerencias de mejora, FAJARDO GARCÍA, “Aspectos societarios de la reforma de la Ley de sociedades laborales”, *CIRIEC. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 19, 2008, pp. 142-158; SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, “Propuesta de reforma de la Ley de 1997 de sociedades laborales (Confesal). Problemas societarios”, *CIRIEC. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 19, 2008, pp. 179-187; o, ANDREU MARTÍ, M^a del M., “Luces y sombras de la reforma de la ley de sociedades laborales”, *CIRIEC. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 21, 2010, pp. 119-144. Por el contrario, se muestran críticos con el contenido medular de la propuesta, CANO LÓPEZ, “Algunas reflexiones tópicas al hilo de una singular y necesaria propuesta de reforma”, *CIRIEC. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 19, 2008, pp. 159-171; y, OLAVARRÍA IGLESIA, J., “Algunos aspectos societarios de la propuesta de reforma de la Ley de sociedades laborales presentada por Confesal”, *CIRIEC. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 19, 2008, pp. 173-177.

³⁵ Las últimas noticias refieren la celebración de reuniones técnicas entre Confesal y el Ministerio de Empleo para que esta proposición de ley pueda convertirse en anteproyecto de ley e iniciar su tramitación parlamentaria.

³⁶ La PLSL parte de la interpretación, no de la certeza, de que la LSL admite el voto plural en la sociedad limitada laboral. No compartimos esta hermenéutica, como indicaremos.

En forma precipitada, la PLSL elimina tanto los límites a la contratación de trabajadores indefinidos no socios³⁷, como de *facto* suprime la reserva legal especial³⁸. Por otro lado, focaliza la *laboralidad* de la sociedad en el acceso a la condición de socio exclusivamente de los trabajadores indefinidos de la sociedad³⁹.

No obstante, algunas de las medidas propuestas, en otro diseño legal del tipo social o respecto a la vigente LSL, mejoran la *singularidad tipológica* de la sociedad laboral. Por ejemplo, la prohibición expresa, hoy implícita, de las participaciones sociales laborales sin voto; la facultad social de conversión de acciones o participaciones sociales laborales en generales, y a la inversa; la autocartera para favorecer la adquisición de acciones o participaciones sociales, laborales o generales, por los trabajadores (indefinidos, en la PLSL); la facultad de oposición social a las transmisiones que incumplan los límites legales a la titularidad de acciones o participaciones sociales y, *mutatis mutandis*, en las ampliaciones del capital social; y, el derecho de separación de los socios que no voten a favor del acuerdo social de solicitud de la descalificación laboral.

El problema reside en que la PLSL de Confesal no está animada por la identificación de la sociedad laboral con una sociedad-empresa de la economía social que internaliza fines sociales y de interés general (*ad ex.*, garantizando el acceso a la condición de socio de los trabajadores, una gestión democrática y un reparto de beneficios a favor de los socios y del interés general). Antes al contrario, lo que urge es erosionar los fines sociales y de interés general presentes en su estatuto legal para competir con (*rectius*: emular a) la empresa capitalista tradicional centrada en la obtención de beneficios para sus socios actuales. La misma senda que está cursando en forma atropellada nuestra legislación cooperativa⁴⁰.

3.4. La división doctrinal sobre el sentido institucional de la sociedad laboral

³⁷ Lo que en hipótesis, aunque fuese de laboratorio, nos podría situar ante una sociedad laboral con tres socios trabajadores indefinidos, incluso a tiempo parcial, y tantos trabajadores indefinidos como quisiesen dichos socios. Es inevitable plantear esta cuestión, ¿cómo compatibilizamos este modelo de sociedad laboral con su pertenencia a la economía social? O, en términos más amplios, ¿cómo justificamos la percepción del fomento público tradicionalmente anudado a la laboralidad?

³⁸ Su dotación dejará de ser obligatoria, a efectos jurídico-privados, cuando su cuantía alcance el importe de la cifra de capital social (art. 13). Esta cifra puede ser de sólo 3.000 euros en el caso de la sociedad limitada laboral (límite cuantitativo que mantiene el ACM, v. art. 232-1.1).

³⁹ Los trabajadores temporales o no indefinidos desaparecen del sistema legal de derechos de adquisición preferente previsto para los supuestos en que las acciones o participaciones sociales laborales no se transmiten a trabajadores indefinidos de la sociedad. Esta solución chirría no sólo con los valores y los principios de la economía social, sino con los mandatos constitucionales y con la realidad de nuestro mercado de trabajo. Fácilmente nos encontraremos con sociedades laborales con tres (o cuatro o cinco, da igual) socios trabajadores indefinidos, y tantos trabajadores temporales no socios como precise la actividad económica. Estos trabajadores temporales nunca tendrán preferencia legal en caso de transmisiones de acciones o participaciones sociales laborales a personas que no sean trabajadores indefinidos socios.

⁴⁰ PANIAGUA ZURERA, “La sociedad-empresa cooperativa ...”, *op. cit.*, passim; e, idem, “Notas críticas a la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas”, *CIRIEC: Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 24, 2013, pp. 53-115.

La ausencia de un razonable consenso científico acerca del sentido institucional de la sociedad laboral genera inseguridad jurídica y daños a nuestras sociedades laborales.

La creación, con vacíos y dudas, de un nuevo *tipo social de la economía social*, aunque apoyado instrumentalmente en el régimen de las sociedades mercantiles de capital, es una realidad defendida por un sector de la doctrina jurídica y económica⁴¹, con el que coincidimos⁴². Y, lo que resulta más relevante, las instituciones comunitarias⁴³ y, como vimos, la LES, ubican a las sociedades laborales en el sector de la economía social. No obstante, el vigente tipo social legal, ante su parquedad normativa (el régimen sustantivo descansa en 18 artículos y una disposición final) y la remisión *in totum* a las normas de las sociedades plutocráticas de capital, no garantiza *per se* ni la gestión democrática, ni el reparto de resultados a favor del interés de los socios y del interés general. Si bien nuestras sociedades laborales han venido aplicando (en los hechos) procesos de decisión democráticos y repartos equitativos de beneficios a través de una titularidad igualitaria en el capital social⁴⁴.

Por otro lado, no han faltado, ni lo harán en un futuro, construcciones doctrinales que entiendan y valoren a la sociedad laboral como una simple sociedad mercantil de capital especial⁴⁵. De hecho la mayoría de la manualística mercantil parece optar, implícitamente, por esta concepción⁴⁶. Sin duda que poco beneficia a la economía social

⁴¹ En especial, SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., “Sociedad anónima laboral: notas para el estudio de una posible deformación del tipo legal mercantil”, *Revista de Trabajo*, nº 87, 1987, pp. 15-16, 22 y 47-49; CANO LÓPEZ, *Teoría jurídica de la economía social ...*, op. cit., pp. 239-303; LUCAS y CADENAS, J., “Sociedades anónimas laborales”, en VV. AA., *Comunidad de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*, t. II, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 1381-1383, 1404 y 1409; desde una perspectiva conceptual y de lege ferenda, VALPUESTA GASTAMINZA y BARBERENA BELZUNCE, *Las sociedades laborales ...*, op. cit., pp. 259-269; FAJARDO GARCÍA, G., “Reflexiones en torno a la función social de la sociedad laboral y su régimen jurídico”, en VV. AA., *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado*, VÍTOLO-EMBID (dirs.), Comares, Granada, 2003, pp. 297-316; VV. AA., *La economía social en la Unión Europea*, CHAVES ÁVILA, R. y MONZÓN CAMPOS, J. L. (dirs.), CESE, 2007, p. 26; y, VV. AA. *Las grandes cifras de la economía social en España: Ámbito, entidades y cifras clave. Año 2008*, MONZÓN CAMPOS, J. L. (dir.), CIRIEC, Valencia, 2010, p. 39.

⁴² PANIAGUA ZURERA, *Las empresas de economía social ...*, op. cit., pp. 65-80 y 186-189.

⁴³ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución sobre economía social, (RR\764541ES.doc), 26.1.2009, DOUE C 76, 25.3.2010; y, COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Distintos tipos de empresas, (INT/447-CESE 1454/2009), 1.10.2009.

⁴⁴ V. BAREA TEJEIRO y MONZÓN CAMPOS (dirs.), *Libro Blanco ...*, op. cit., pp. 74-76 y 363-364; CHAVES ÁVILA y MONZÓN CAMPOS (dirs.), *La economía social ...*, op. cit., p. 24; o, MONZÓN CAMPOS (dir.), *Las grandes cifras ...*, op. cit., p. 39.

⁴⁵ BATLLE SALES, G., “Notas sobre la sociedad anónima laboral: ventajas e inconvenientes para su adaptación a las pymes”, en VV. AA., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. II, Civitas, Madrid, 1996, p. 1521; PORTELLANO DÍEZ, P. y MERCADER UGUINA, J. R., “La sociedad laboral: sencillamente una sociedad especial (A propósito de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de sociedades laborales)”, *Revista de Relaciones Laborales*, nº 12, 1997, pp. 1155-1199; GÓMEZ PORRÚA, J. M., “La nueva regulación de las sociedades laborales”, *DN*, nº 80, pp. 1-3; GÓMEZ CALERO, *Las sociedades ...*, op. cit., passim; VALPUESTA GASTAMINZA y BARBERENA BELZUNCE, *Las sociedades laborales ...*, op. cit., passim; o, PAZ ARES, C., “La sociedad en general: elementos del contrato de sociedad”, en VV. AA., *Curso de Derecho Mercantil*, URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), t. I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2006, p. 523.

⁴⁶ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 36ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 728-729; BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, 20ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, pp. 655-658; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 896-898; o,

que las sociedades laborales sean pensadas bajo los moldes jurídicos de las sociedades plutocráticas de capital. Pero, es innegable que el legislador no ha preservado la singularidad o la autonomía tipológica de la sociedad laboral en numerosos aspectos. Por ejemplo, sin ánimo exhaustivo, en estas materias: 1ª) Los efectos de la pérdida de la calificación laboral, que sólo es causa de disolución social si está prevista como tal en los estatutos sociales (arts. 16 y 17 LSL). 2ª) Las causas de disolución social, que son remitidas directamente a las normas de la anónima y de la limitada (art. 17.1 LSL). 3ª) El silencio legal sobre el procedimiento de liquidación, las modificaciones estructurales o las modificaciones estatutarias que afecten a la calificación laboral. Y, 4ª) La remisión, en “*lo no previsto*” en la LSL, a la normativa general de la anónima o la limitada, sin una mínima referencia a un criterio de compatibilidad con los principios generales de la sociedad laboral, que debe ser deducido de la recta interpretación legal (d. f. 1ª LSL).

Junto a los dos esbozados planteamientos doctrinales, distantes, y que subrayan las aproximaciones a los empresarios de la economía social o a los capitalistas, no faltan argumentaciones híbridas o eclécticas, quizás las más apegadas al Derecho positivo. Un relevante sector doctrinal percibe a la sociedad laboral a mitad de camino entre una sociedad de la economía social y una sociedad anónima o limitada especial⁴⁷. Sin duda hasta aquí ha llegado la LSL. El desafío presente es hacia dónde debe avanzar la reforma.

4. EL NUEVO CÓDIGO MERCANTIL NO ES UNA LEGISLACIÓN ADECUADA PARA LAS SOCIEDADES LABORALES

4.1. La insuficiencia de las reformas introducidas en la LSL por el Anteproyecto de ley de Código mercantil

Una parte esencial de la *ratio legis* del nuevo Código mercantil, según la E. de m. del ACM, es efectuar una codificación sistemática de la legislación mercantil especial para acabar con una dispersión normativa dañina tanto para la seguridad jurídica como para la unidad de mercado. Ello, sin perjuicio –sería otro de los fines de la nueva codificación mercantil- de la revisión de esta legislación especial “*para actualizarla y completarla*”. Esta última labor no se ha acometido en el supuesto de la LSL que, hemos de entender, para los autores de la Propuesta de Código mercantil regula un tipo especial que no se incorpora al nuevo Código por “*obvias razones de estabilidad normativa*” (Exposición ACM, sub III-10). Esta afirmación, la volatilidad legislativa, no es aplicable, como vimos, a la LSL.

PEINADO GRACIA, J. I. y MARÍN HITTA, L., “Otras sociedades con base mutualista”, en VV. AA., *Derecho Mercantil*, vol. 3º, 15ª ed., JIMÉNEZ-DÍAZ (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 1040.

⁴⁷ SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU et al., *Sociedades Laborales*, en VV. AA., *Comentario...*, *op. cit.*, pp. 26-30; SANTOS MARTÍNEZ, “Sociedades laborales: implantación ...”, *op. cit.*, pp. 4461-4466; PAGADOR LÓPEZ, *Las sociedades laborales ...*, *op. cit.*, pp. 25-30; o, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y VÉRGEZ, M., “Sociedades de garantía recíproca y sociedades laborales”, en VV. AA., *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 2ª ed., URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), *op. cit.*, pp. 1458-1464.

Pese a este débil asidero argumental, ni siquiera se extraen consecuencias de la preferencia sistemática otorgada al régimen de la sociedad limitada por el ACM, dada la práctica desaparición, el desuso, de las sociedades anónimas laborales de nueva constitución⁴⁸. Con errado criterio, al nuevo codificador mercantil le bastan dos medidas para las sociedades laborales. En primer lugar, la derogación de dos párrafos de la LSL que simplemente reiteran o remiten, respectivamente, a mandatos contenidos en el vigente TRLSC (cfr. el art. 13.1 LSL con el art. 204.1 TRLSC, y el art. 17.1 LSL con los art. 360, 361 y 363 TRLSC). En segundo, la nueva redacción dada al art. 12 LSL que extiende a la sociedad limitada laboral la obligación legal de emplear el sistema proporcional para la designación de los vocales o miembros del consejo de administración, si éste es el órgano de gestión⁴⁹, cuando existan acciones o participaciones sociales laborales y generales. Lo que nos parece adecuado a la singularidad del tipo social, por la posible coexistencia de socios trabajadores y socios inversores; pero adolece de un excesivo laconismo normativo, máxime cuando el sistema proporcional se prevé en el ACM como una especialidad de la administración de la sociedad anónima (v. art. 233-47).

Estas previsiones del ACM sobre la sociedad laboral están muy alejadas de una actualización de la LSL conforme a unas normas equilibradas y modernas para el tráfico económico; están muy distantes de una respuesta jurídica adecuada a la realidad socioeconómica de nuestras sociedades laborales; y, ni siquiera aportan un simple reforzamiento de la seguridad jurídica⁵⁰. No se modifica la técnica legislativa: la irrazonable dualidad de tipos sociales capitalistas instrumentales, unida a la ambigüedad de la comentada d. f. 1ª LSL⁵¹. Tampoco se completa el breve contenido jurídico-privado de la LSL, ni mucho menos se orienta su articulado en coherencia con la naturaleza o los principios generales de la institución: un tipo societario de la economía social que internaliza fines sociales y de interés general.

4.2. Una legislación adecuada para la sociedad laboral como tipo societario de la economía social

La búsqueda de una legislación adecuada para la sociedad laboral optará por distintos fines y medidas atendiendo a la concepción de la institución que se defienda (v. gr., un tipo societario de la economía social frente a una sociedad mercantil de capital especial). Anticipado nuestro parecer, exponemos en forma muy sumaria las conclusiones que estimamos coherentes⁵².

⁴⁸ Esta misma realidad (el desuso) ha llevado a disponer la obligada conversión de las sociedades limitadas nueva empresa en sociedades limitadas, antes del 31 de diciembre de 2015 (d. t. 1ª.3 ACM).

⁴⁹ El consejo de administración será obligatorio para anónimas y limitadas cuando se elijan a más de dos personas como administradores conjuntos o mancomunados (art. 231-78.1 ACM).

⁵⁰ Objetivos todos que figuran, como sabemos, en la Memoria que acompañó al ACM.

⁵¹ Las sociedades laborales dispondrán, con carácter general, hasta el 31 de diciembre de 2015 para adaptar sus estatutos a lo previsto en el nuevo Código (d. t. 1ª.1). La expiración de este plazo sin efectuar la obligatoria adaptación, se sanciona con el cierre registral (d. t. 1ª.4).

⁵² Por conocidas razones de espacio no exponemos toda la argumentación de apoyo.

Una legislación adecuada para el tipo social laboral debe partir de la realidad socioeconómica y de los valores inspiradores de la institución. Para ambos, la sociedad laboral es una sociedad cerrada titular de una pyme intensiva en factor trabajo y perteneciente a la economía social, instrumentalmente apoyada, en lo que resulte compatible con sus principios generales, en el régimen del capital social propio de las sociedades mercantiles capital⁵³. Esta singularidad del tipo social demanda a nuestros poderes públicos una nueva legislación jurídico-privada adecuada –un nueva LSL– apoyada, a falta de un deseable tipo social *ad hoc*⁵⁴, como mínimo en estas grandes directrices.

Primera.- La eliminación de la opción constituida por la sociedad anónima laboral, lógicamente con las oportunas normas de Derecho transitorio. La forma jurídica utilizada instrumentalmente por la sociedad laboral debe ser la sociedad limitada, bien de nueva constitución, bien resultado de una *modificación social cualificada*⁵⁵.

Además, en temas jurídico-públicos el legislador debe aclarar estas materias: 1ª) La calificación administrativa como sociedad laboral es para la Administración competente una facultad reglada (art. 38 CE); 2ª) La mejora y actualización de las medidas de coordinación entre las competencias de los Registros administrativos y las del Registro mercantil (v. gr., ante la constitución electrónica de la sociedad limitada, v. arts. 232-3 y ss. ACM); y 3ª) La efectividad de los controles para el cumplimiento real de los requisitos de laboralidad.

Segunda.- La modificación del alcance de las normas de la sociedad limitada como derecho supletorio para las sociedades laborales. La seguridad jurídica exige mayores remisiones y exclusiones directas, y claras, al régimen de la sociedad limitada en las materias en que resulta necesario (p. ej., con la prohibición de las participaciones sociales sin voto o con voto plural⁵⁶; las matizaciones necesarias en el régimen de transmisión de las participaciones sociales⁵⁷, y de la adquisición derivativa de sus

⁵³ En la LSL este empleo instrumental se extiende al régimen de constitución y de disolución social, y a la ordenación de los órganos sociales.

⁵⁴ La opción de política legislativa más adecuada.

⁵⁵ La calificación y la descalificación laboral no pueden regularse, pues no es razonable según indicamos, como una simple modificación estatutaria.

⁵⁶ El voto plural está prohibido, a nuestro entender, en una interpretación sistemática de la LSL (v. su Exposición de motivos y art. 5.2) y sus antecedentes legislativos (v. art. 6.2 Proposición de ley). Pero, la PLSL de Confesal evidencia que el debate se mantiene. No tiene sentido que el ACM guarde silencio en esta materia para la sociedad laboral. Máxime cuando admite para la sociedad limitada en general tanto las participaciones sociales sin voto (art. 231-39.1), como las participaciones sociales con voto plural (art. 232-6.2).

⁵⁷ Los mandatos imperativos de la nueva LSL en materia de transmisión de participaciones sociales deben desplazar a las normas imperativas del ACM (arts. 232-7 y ss.), sin perjuicio de una hipotética aplicación supletoria en lo que resulte compatible. Es más, las normas imperativas de la LSL son inconciliables con el margen a la autonomía estatutaria existente en el TRLSC, y que amplía el ACM.

propias participaciones sociales⁵⁸; o, las mayorías legales para modificar los estatutos sociales⁵⁹).

Por otro lado, la cláusula general de derecho supletorio debe hacer salvedad expresa a la compatibilidad de la regulación de la sociedad limitada con las normas, especiales y excepcionales, de la sociedad laboral interpretadas conforme a los fines sociales y de interés general de la institución y los valores y los principios de la economía social⁶⁰. En las tareas jurídicas de calificación, interpretación y aplicación de la nueva LSL el operador jurídico habrá de realizar una labor de ajuste no simplemente técnico-jurídica, sino que preserve la persecución efectiva de los referidos fines, valores y principios.

Tercera.- Una regulación jurídico-privada del tipo social laboral respetuosa con el contenido esencial de nuestra Constitución económica y con los valores y los principios de la economía social, que justifique las medidas de fomento público *ex art.* 129.2 CE.

La noción legal debe contener, como mínimo, estos requisitos: 1º) El control real de la mayoría del capital social –y, en consecuencia, de los derechos de voto- por los socios trabajadores indefinidos⁶¹. 2º) El límite al número de horas/año trabajadas debe extenderse a todo el personal asalariado, reconociendo las excepciones oportunas (p. ej., los asalariados que se hayan negado a adquirir participaciones sociales). 3º) El fomento efectivo del acceso a la condición de socio de todos los trabajadores asalariados de la sociedad (indefinidos o no); desarrollado, luego, mediante la oportuna regulación de los derechos legales de adquisición y de asunción preferente a favor de estos colectivos, y la obligación legal de ofrecerles las participaciones sociales de un socio trabajador cuando éste pierde esta última condición. 4º) La revisión a la baja de los límites a la participación de los socios en el capital social, por exigencia del principio democrático inherente a los empresarios de la economía social⁶². 5º) La dotación de un reserva legal especial que dé contenido real a los fines sociales y de interés general que hace suyos el tipo social, en especial, el acceso a la condición de socio de los trabajadores de la

⁵⁸ El ACM permite que la sociedad limitada acepte como garantía sus propias participaciones sociales o que preste financiación o garantías para adquirir sus propias participaciones, siempre que los adquirentes sean personal de la empresa (v. su art. 232-24). Esta norma, prevista hoy para la sociedad anónima (v. art. 150 TRLSC), debería figurar con mayor desarrollo en la legislación adecuada de la sociedad laboral, en la nueva LSL.

⁵⁹ La importancia redoblada del régimen estatutario en la sociedad laboral, donde muchos socios son trabajadores en la empresa, demanda que las modificaciones que afecten al régimen de transmisión de las participaciones sociales requieran el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos sociales (v. art. 232-32 ACM).

⁶⁰ V. *supra* apartado 2.

⁶¹ En la LSL, rectamente interpretada, no cabe ni el voto plural, ni las acciones o participaciones sociales sin voto, luego no resulta necesario el criterio del derecho de voto pues éste debe ser proporcional al capital suscrito por cada socio. O, si se prefiere, es indiferente el resultado práctico de optar por un criterio u otro, en evitación de dudas debe introducirse una prohibición expresa.

⁶² Lo que debe flexibilizarse con medidas *ad hoc* para las sociedades laborales, originarias o sobrevenidas, en sus primeros años de actividad económica; y otras reglas que atiendan a las dimensiones de la sociedad laboral. Así mismo deben excluirse, en forma de excepción revisable, las descalificaciones administrativas cuando la sociedad laboral acredite su voluntad efectiva de cumplir con los límites legales.

sociedad⁶³. Y, 5º) La introducción de medidas que eviten el abono encubierto de beneficios entre los socios trabajadores, esto es, la cuantía de los salarios abonados a sus socios no debe exceder del valor correspondiente a la prestación laboral realizada (arg. art. 231-13 ACM)⁶⁴.

El régimen de Derecho privado del tipo social debe introducir mejoras evidentes que, en parte, están contenidas en la PLSL de Confesal⁶⁵. Por el contrario, deben mantenerse en lo sustancial, con algún recorte en los plazos vigentes y la aclaración de extremos litigiosos⁶⁶, el régimen de la LSL sobre los derechos legales de adquisición en las transmisiones *inter vivos* a personas que no sean trabajadores indefinidos de la sociedad (art. 7); la regulación de las transmisiones *mortis causa* (art. 11); las normas sobre la determinación del valor razonable de las participaciones sociales (art. 8); la extinción de la relación laboral de un socio trabajador (art. 10)⁶⁷; y los derechos de asunción preferente de las participaciones sociales en las ampliaciones de capital social (art. 15).

Finalmente, el régimen jurídico-privado de la sociedad laboral debe contar con una regulación *ad hoc* de materias que afectan a la singularidad del tipo social. Nos referimos a las modificaciones estatutarias –y, *mutatis mutandis*, a las causas de disolución– que conlleven la adquisición o la pérdida de la calificación laboral; y, al acuerdo de la junta general solicitando la descalificación como sociedad laboral, que necesariamente deberá incluir la oportuna modificación estatutaria. Esta entrada o, en su caso, salida de la economía social arrastra la aplicación o la desaplicación de las normas imperativas que construyen el tipo social laboral. Estos supuestos de hecho deben estar sujetos, al menos, a unas disposiciones similares a las previstas para la transformación

⁶³ Acierta la PLSL de Confesal cuando abre los fines de esta reserva legal a la facilitación del acceso de los trabajadores a la condición de socios. Por el contrario, entendemos que yerra cuando limita el acceso a los asalariados indefinidos, y cuando no prioriza el destino comentado (v. su art. 13).

Por otro lado, en la LSL la reserva legal especial es irrepartible entre los socios, salvo en las hipótesis de disolución social o de descalificación laboral. La singularidad tipológica de la sociedad laboral se refuerza si esta reserva es, en su mayoría, irrepartible en las hipótesis siguientes: la disolución por acuerdo social, el acuerdo de transformación social en una sociedad de capital y el acuerdo social de solicitud de descalificación.

⁶⁴ Esta materia, tan debatida respecto a la sociedad cooperativa, apenas es desarrollada en el supuesto de una sociedad mutualista como es la sociedad laboral. V. PANIAGUA ZURERA, M., *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 457-490.

⁶⁵ V. supra apartado 3.3. Además, debe regularse en forma clara y sencilla el régimen de las participaciones sociales laborales, que serán las que pertenezcan a los trabajadores indefinidos de la sociedad, sin más; y las generales, que serán las restantes. La nueva LSL debe imponer al órgano de administración la acomodación de una y otra categoría de participaciones sociales.

⁶⁶ Como ha ocurrido en supuestos de extinción de la relación laboral de socios trabajadores que, conforme a la LSL (art. 10), están obligados a ofrecer sus acciones o participaciones sociales a los titulares de derechos legales de adquisición preferente. Así como en materia de valoración de las acciones o las participaciones sociales cuando son objeto de transmisión –incluida la forzosa ex art. 10 LSL– en la sociedad laboral (v. art. 8).

⁶⁷ Para nuestra jurisprudencia menor estamos ante una norma imperativa que “afecta a la propia esencia societaria” [SAP Navarra 7 noviembre 2003 (AC 2004, 108616)]; o, en otros términos, “deriva de la especial naturaleza de las sociedades laborales” [SAP Pontevedra 23 diciembre 2006 (AC 2006, 127077)].

social⁶⁸ (p. ej., el informe de los administradores sociales, el proyecto de estatutos sociales, la tutela de los derechos individuales de los socios⁶⁹ y el derecho de separación de los socios que voten en contra).

⁶⁸ Pues su conversión en causas legales de disolución, aunque se prevé en la legislación cooperativa para hipótesis con identidad de razón, resulta económicamente ineficiente y jurídicamente debatida (v. arts. 22 y 38 CE).

⁶⁹ La SAP Cádiz 25 septiembre 1999 (AC 1999, 2280) declaró la nulidad de un acuerdo social dirigido a cambiar las acciones laborales de una socia por acciones generales, sin reconocerle su derecho a permanecer como trabajadora indefinida, ni proceder a extinguir su relación laboral. La SAP Ávila 1 julio 2005 (AC 2005, 238268) estableció la nulidad, por contrario a normas imperativas y al orden público, del acuerdo por el que los administradores redujeron sustancialmente el plazo para el pago de los desembolsos pendientes y, ante la falta de abono por los socios, procedieron a la venta de acciones en subasta pública. Por su parte, con mayor alcance conceptual y normativo, la SAP Córdoba 28 marzo 2007 (AC 2007, 11269) declaró nula la modificación estatutaria de sociedad limitada laboral a sociedad limitada, porque privaba al socio impugnante de su derecho esencial de adquisición preferente y de valoración objetiva de las participaciones sociales objeto de transmisión (v. art. 292 TRLSC, La tutela individual de los derechos del socio en la sociedad de responsabilidad limitada y, con mayor amplitud, v. art. 251-7 ACM, Tutela individual de los derechos del socio).

EL RIESGO DE INSOLVENCIA DE LA SOCIEDAD DEPENDIENTE EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO*

CARMEN PASTOR SEMPERE**

Resumen

En ocasiones las instrucciones perjudiciales de la sociedad dominante pueden poner en riesgo la solvencia de la dependiente, por ello el Anteproyecto determina su compensación patrimonial a la dependiente. El problema deriva de que, si con posterioridad la sociedad no pudiese soportar financieramente el trance y es declarada en concurso, habrá que articular intereses de naturaleza bien distinta y no siempre bien engarzados por el legislador: conciliar el interés social y el interés del grupo, con el interés del concurso. Se analizan, pues, las pautas interpretativas de la compensación patrimonial a la dependiente como causa enervatoria de la acción de reintegración concursal y la necesidad de realizar alguna matización al Anteproyecto, ya que estas operaciones pueden, aun compensadas patrimonialmente, redundar en una disminución cierta y real de las posibilidades de cobro de sus acreedores.

Contenido

1. Consideraciones introductorias. – 2. “Interés del concurso” e “interés de la sociedad filial”. – 3. La “compensación” a la sociedad dependiente, como causa enervatoria de la acción de reintegración concursal. – 3.1 Contexto del grupo. – 3.1.1. Los conflictos de intereses en situación de grupo y posible relieve del llamado “interés del grupo”. – 3.1.2 La llamada “Disociación temporal del interés social” y su repercusión contable en la imagen fiel de la sociedad dependiente. – 3.2 El “sacrificio patrimonial justificado”. – 3.3 Los “parámetros”. – 3.3.1. El “parámetro contractual”. – 3.3.2. “El parámetro de las ventajas compensatorias”. – 3.3.2.1 Valoración de la recepción de la doctrina de las ventajas compensatorias en el Anteproyecto de Código. – 3.3.2.1 El “control judicial” del perjuicio y su compensación. – 4. A modo de conclusión.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

A menudo las crisis empresariales no solo cuestionan la consistencia de las soluciones aportadas por la propia Ley Concursal, afloran problemas no resueltos de delimitación y conceptualización de otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico. Ello se ha

* El presente trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación “La renovación tipológica en el Derecho de Sociedades contemporáneo”, concedido del Ministerio de Economía y competitividad (DER-2013-44438-P, del que es investigador principal el Prof. José Miguel Embid Irujo).

** Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Alicante.

acentuado en un contexto de crisis económica que ha terminado imponiendo nuevas realidades¹. Es ya un hecho “cotidiano” el que una operación de modificación estructural como la escisión la pueda acometer una sociedad en crisis por ser una solución al problema de su insolvencia, en la medida en que le puede permitir separar la parte de la empresa que constituyendo una unidad económica menos afectada, sería escindida y de este modo contribuir a la “conservación de la empresa”. Lo señalado también es reproducible en la “mecánica de operaciones intragrupo” cuando una sociedad es sacrificada por mor del grupo al que pertenece al ser “cargada financieramente” formando parte dicha decisión de la estrategia del grupo. El problema, analizado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia deriva de que, si con posterioridad la sociedad no pudiese soportar financieramente el trance y es declarada en concurso, habrá que articular dos normas de naturaleza bien distinta y no siempre bien engarzadas por el legislador: la societaria y la concursal². Singularmente lo señalado se evidencia en problemáticas muy concretas; dentro de las modificaciones estructurales; la responsabilidad *ex arts.* 75 y 80 de la Ley de Modificaciones Estructurales (en adelante LME) y en los grupos de sociedades en el complejo acotamiento del Interés del grupo y su juego para determinar cuando existe el acto perjudicial para la masa de la sociedad filial que se declara en concurso³.

Qué duda cabe de que todo ello adquiere singular relevancia en un contexto de crisis como el actual, aderezado con ciertas dosis de incertidumbre legislativa⁴. Esto es importante remarcarlo puesto que supone una obligada tarea de construcción y resolución de los problemas que, por lo que a nosotros nos interesa, evidencia que en las decisiones del legislador han pesado más los “argumentos económicos” que los dogmáticos societarios, lo cual nos sitúa en el *Oceanus Procellarum* surgido en la confluencia de los sistemas societario y el concursal, como ya pusimos de manifiesto⁵. No se nos oculta, pues, que la “conexión” se nos presenta de este modo una tarea compleja puesto que el elemento intencional no es criterio rector a la hora de interpretar y aplicar el derecho por nuestros juzgadores que ven como el grupo de sociedades perfectamente lícito, en un contexto concursal pueden llegar a cuestionarse lo cual⁶,

¹ PASTOR SEMPERE, C., “Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 21, 2014, pp. 121-145.

² MARTÍ MOYA, V., “Capítulo X. Modificaciones estructurales”, en VV.AA., *Archivo Commenda de Jurisprudencia Societaria 2011-2012*, EMBID IRUJO (dir.), Granada, 2014, pp. 296-299.

³ Tampoco debe dejarse de lado, en este contexto, los beneficios que la sociedad *in bonis* podría disfrutar en un escenario concursal y de los que carecería si se produjeran estas operaciones con respecto a sociedades en situación de crisis económica pero aún no declaradas en concurso, como destaca PULGAR EZQUERRA, J., *Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal* en AA. VV., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, v. II, cit., pp. 733-760.

⁴ En un sentido similar, EMBID IRUJO, J. M., “La incesante reforma del Derecho español de sociedades”, *CDC*, nº 55, 2011, pp. 15-36, considera que, en cualquier caso, la realidad económica cambiante de la economía actual deviene en una incertidumbre que hace aumentar la mutabilidad de esta rama del ordenamiento jurídico.

⁵ PASTOR SEMPERE, C., “Algunas cuestiones concursales en torno a los acreedores de la sociedad escindida y de las operaciones intragrupo”, *RdS*, nº 41, 2013, pp. 401-428

⁶ Ex artículo 6.4 del Código Civil “*los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir*”. La cuestión es

“estresa” el ordenamiento jurídico cuya seguridad y certeza no han sido coordinadas adecuadamente, como decíamos.

Para evitarlo, intentaremos buscar alguna pauta interpretativa, recurriendo a las valiosas herramientas proporcionadas por la doctrina y la jurisprudencia, sin desconocer la complejidad y actualidad de dichas cuestiones abiertas⁷ -a las que ayudaba la imprecisión de la regulación del grupo de sociedades en el proyecto de nuevo Código de Comercio⁸- pero que parecen cerrarse en el nuevo diseño realizado por el Anteproyecto de Código⁹, como se comprobará en este trabajo. Ahora bien entendemos que debe abordarse, para comprender su verdadero alcance, a luz de las últimas reformas de nuestra ley concursal, orientadas hacia la “conservación de empresas”, pues introducen una nueva variable a la hora de determinar el concepto de “perjuicio” que tensiona y contrapone la ausencia de personalidad del grupo¹⁰ con la autonomía con la que es considerada la empresa a efectos concursales (Unidad Productiva). Es decir, con la tradicional relevancia jurídica del grupo desde la efectiva integración de la política empresarial de las sociedades¹¹, pues en ese caso cabe afirmar que existe una empresa unitaria -la empresa policorporativa-.

si, siguiendo los cauces dispuestos por el Derecho de sociedades, se llega con determinadas operaciones a un fin condenado por otra norma del Ordenamiento -Ley Concursal-, con independencia de su finalidad defraudatoria, puesto que en principio, es indiferente que el actor tenga intención de eludir la norma defraudada, siendo suficiente con el resultado ilícito. Debe subrayarse que la finalidad defraudatoria tampoco es necesaria en la determinación del acto perjudicial para la masa, ni necesariamente, como veremos, para la activación del mecanismo de responsabilidad solidaria por la puesta en riesgo de la solvencia de la sociedad dependiente (artículo 291-12 del Anteproyecto de Código).

⁷ Cómo se puso de relieve en *VI Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil* días 23 y 24 de mayo de 2013 celebrada en la Bolsa de Valencia (7ª Intervención Sr D. JAVIER GARCÍA MARRERO. Juzgado Mercantil núm. 5 de Madrid. “La rescisión de operaciones societarias” y, 8ª Intervención, “Los efectos de la rescisión”, el Prof. FRANCISCO LEÓN SANZ, el reto que supone; pues como reconocen nuestros Jueces (el Juez de Instancia núm. 3 de Alicante, (con sede Elche) donde se dice en su Sentencia núm. 45/2013 de 10 de mayo de 2013 quinto, “*si bien la inexistencia de pronunciamientos judiciales concretos sobre la cuestión permite albergar dudas jurídicas*”).

⁸ En el “nuevo Código de Comercio”, presentado por el Ministro Gallardón el 20 de junio de 2013, con ciertas dosis de imprecisión señalaba “*Artículo 291-10. Instrucciones a los administradores de la sociedad dependiente 1. Los administradores de la sociedad dominante tendrán la facultad de impartir instrucciones en interés del grupo a los administradores de la sociedad dependiente, aunque la ejecución de esas instrucciones pueda ocasionar un perjuicio a esta sociedad. 2. En ningún caso las instrucciones impartidas podrán ser contrarias a la Ley o a los estatutos de la sociedad dependiente ni poner en riesgo la solvencia de la propia sociedad. Artículo 291-11. Perjuicio por ejecución de instrucciones La existencia del perjuicio a la sociedad dependiente, por ejecución de instrucciones de los administradores de la sociedad dominante deberá determinarse teniendo en cuenta el conjunto de las ventajas y desventajas que tenga para la sociedad dependiente la pertenencia al grupo*”.

⁹ Cuenta con la opinión favorable de nuestra mejor doctrina en Grupos, “*una aproximación razonablemente completa y organizada a la figura del grupo desde la imprescindible perspectiva del Derecho de sociedades*” (EMBID IRUJO, J. M., “El interés del grupo en el concurso” en WWW.COMMENDA (consultada por última vez el 7 de julio de 2014).)

¹⁰ Así la exposición de motivos Anteproyecto de Ley de Código Mercantil elaborado por los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, de 30 de mayo de 2014, III-105. In fine, “*Se hace expreso que en todo caso el grupo de sociedades carece de personalidad jurídica*”.

¹¹ A propósito de la sentencia 80/2014 del Tribunal Supremo (sala de lo Civil, sección 1ª), de 28 de febrero, en la que el grupo aparece considerado en el marco del levantamiento del velo, nos comenta el Prof. EMBID IRUJO que “*Frente al criterio, absoluto y carente de matices, de que el grupo como tal, por representar un supuesto de “dirección externa”, constituye campo abonado para el levantamiento del velo, idea no infrecuente en el pasado, el fallo acierta al salvar la legitimidad del grupo como*

2. “INTERÉS DEL CONCURSO” E “INTERÉS DE LA SOCIEDAD FILIAL”

No puede dudarse que las últimas reformas han procurado, como ha observado nuestra mejor doctrina concursal “la propiciación de la concursalidad conservativa”¹², donde se quiere que las instituciones concursales sean un instrumento al servicio de la viabilidad y dinamización de nuestro tejido empresarial. En definitiva, la satisfacción, lo más eficiente y equitativamente posible de los acreedores y la conservación de la empresa cuando sea económicamente viable. Con todo, las instituciones preconcursales pueden servir de expediente para alcanzar una solución sanatoria y de prevención del concurso¹³. Y todavía más, en determinados supuestos, la empresa unitariamente considerada puede precisar, para su viabilidad, de vinculación a otra titularidad distinta donde, por las sinergias con otras empresas, del grupo o asociadas, encuentre la eficiencia suficiente para permanecer en el mercado. A la luz de los criterios que fija la reforma concursal la solución convencional a la crisis tampoco existe inconveniente alguno para que en su marco pueda ser objeto de transmisión “conservativa” un establecimiento o, incluso, una unidad productiva separada¹⁴, en la medida en que al igual que sucede en las modificaciones estructurales salvaguardan la continuidad de la sociedad fusionada, escindida y ahora, cedida, -mediante cesión global de activo y pasivo-, pues la exigencia de unidad económica -a pesar de su indefinición por la LME- como eje vertebrador de estas

institución jurídica, reservando para el sustancial reproche que dicha técnica representa a aquellos ejemplos de grupo dotados de una notoria estructura centralizada. Se trata de grupos, al fin y al cabo, en los que la personalidad jurídica independiente de cada una de sus sociedades integrantes no traduce, en puridad, un mínimo de autonomía empresarial, constituyendo la dirección unitaria una mera prolongación de los criterios o decisiones de la entidad o sociedad dominante. De este modo, se afirma, a la inversa, que los grupos descentralizados, es decir aquellas figuras en los que sus miembros gozan de una cierta autonomía empresarial, se sitúan al margen, en principio, del levantamiento del velo”. (EMBID IRUJO, J. M, “Levantamiento del velo y grupo de sociedades”, en WWW. COMMENDA (consultada por última vez el 23 de julio de 2014,).

¹² PULGAR EZQUERRA, J. “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, *Diario La Ley*, núm. 8391, Sección Doctrina, 3 de Octubre de 2014, Año XXXV.

¹³ La recomendación 30 de la Recomendación de la Comisión europea de 12 de marzo de 2014, *sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*, bajo la rúbrica “una segunda oportunidad para los empresarios”, también establece en tres años el período de suspensión de actividad y liquidación de deudas de un emprendedor honrado después del concurso. El régimen del concurso consecutivo también anticipa, aun parcialmente, las recomendaciones 31 y 32, tras la redacción dada al artículo 242.2.5^a LC, que establece, cuando el concurso del deudor empresario persona natural y se califique como fortuito, la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho público y siempre que sean satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados.

¹⁴ Se refieren a la enajenación del conjunto empresarial, de partes autónomas del mismo o de activos esenciales para la actividad, incluso antes del convenio o la liquidación, como mecanismo de satisfacción a los acreedores, FERRÉ FALCÓN, J./FRANCO, P., “Estrategias de reestructuración empresarial en el concurso: suspensión de las facultades de administración y enajenación real de la empresa en la fase común”, *ADCo*, núm. 15, 2008, pp. 635-648; y PULGAR EZQUERRA, J., “La enajenación de activos y unidades productivas en fase común del concurso de acreedores”, en VV.AA., *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, BENEYTO PÉREZ-LARGO GIL (Coords.), Barcelona, 2009, pp. 558-561.

operaciones, deja fuera cualquier duda sobre la apreciación del interés general en la conservación de las empresas¹⁵.

Éstos se convierten en los principales motivos de su protagonismo en el llamado “Derecho de la Crisis”¹⁶, y su “contagio” hacia un principio favorable a la “transmisión de empresas viables”. Así se contempla, de un lado, en el artículo 132-4.2 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil¹⁷ cuando exceptúa la facultad del contratante cedido de dejar sin efecto la relación contractual comunicando su decisión al adquirente de la empresa en las transmisiones realizadas en el marco del concurso de acreedores¹⁸; y, de otro, al extender a la fase común y a la de convenio, los mecanismos de valoración y venta anticipada o urgente de la Unidad Productiva (proceso de admisión de ofertas y de adjudicación) que últimamente han sido reformados en la Ley Concursal. Ello es fruto, sin duda, de la práctica de jueces y administradores concursales¹⁹ en los que han sido decisivos fallos judiciales como los del concurso de la empresa Cacaolat²⁰, entre otros, que han evitado la depreciación que el activo padece, en muchas ocasiones, durante el proceso concursal. En definitiva, maximizar el valor de la masa activa mediante una venta de la Unidad Productiva rápida que permita garantizar la mayor recuperación posible a los acreedores y la supervivencia de empresas viables.

Indudablemente en nuestro Sistema se ha operado una importante transformación y para que lo señalado sea posible, es necesario que de forma armónica todas sus piezas se alineen a este fin, o al menos se depuren aquellas que pueden dificultarlo. Pues bien en atención a ello, ya lo adelantamos, nos merece un juicio positivo el Anteproyecto. Podría entenderse que, subyace un mismo criterio de política

¹⁵ Vid. Sobre el mismo ALONSO UREBA, A., “La cesión global de activo y pasivo: elementos de caracterización y régimen”, *RdS* n.º, 33, año 2009-2, especialmente, pp. 25 y 26; ALONSO UREBA, A., RONCERO SÁNCHEZ, A., “La viabilidad de la aportación de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la Ley de Modificaciones Estructurales”, *RdS*, n.º 34, 2010, especialmente pp. 274 - 275.

¹⁶ Magistralmente, EMBID IRUJO, J.M., *Sobre el derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, Granada, 2013, pp. 88 y ss.

¹⁷ Anteproyecto de Ley de Código Mercantil elaborado por los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, de 30 de mayo de 2014.

¹⁸ HERNANDO CEBRIÁ, L., PASTOR SEMPERE, C., “La dación de la pyme como unidad productiva en pago de deudas en el acuerdo extrajudicial de pagos”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. extraordinario (en prensa).

¹⁹ El paso decisivo en este ámbito, como en otros, lo dieron nuestros Jueces de lo mercantil. Con fecha 3 de julio de 2014, fue publicada una nueva hoja de criterios aprobada por los jueces mercantiles y secretarios judiciales de Cataluña. El documento intenta arrojar luz sobre algunos de los aspectos conflictivos en la normativa concursal que, como vimos en otros trabajos previos, era deseable fueran abordados por el legislador. La principal novedad de la reforma realizada por el RDL 11/2014, de 6 de septiembre, que se encuentra a día de hoy en trámite de convalidación a Ley, reside en establecer un régimen común de transmisión de la unidad productiva en la fase de liquidación, trasladable a todas las fases del concurso, incluida la fase común y al sistema del artículo 43 de la LC. Se trata de garantizar en lo posible la continuación de la actividad empresarial, facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas. Así, se introduce la subrogación *ipso iure* del adquirente en los contratos y licencias administrativas de que fuera titular el cedente (artículo 146 bis) y se arbitran los mecanismos de exención de responsabilidad por deudas previas, salvo en determinados casos especiales que por su singularidad siguen mereciendo una especial tutela, como es el caso de las deudas frente a la Seguridad Social o a los trabajadores.

²⁰ Concurso de CACAOLAT, AAP Barcelona (Secc. 15.ª) de 6 de febrero de 2012.

jurídica a este Derecho concursal de nuevo cuño, en la regulación del artículo 71 de la LC, y la afirmación del Anteproyecto de que el perjuicio habrá de ser compensado en tiempo y forma²¹. De hecho, la concepción del Anteproyecto de Código vendría a mitigar el riesgo de rescisión, pues contribuiría a la maximización del valor del patrimonio concursal, como medio de alcanzar el fin primordial “la satisfacción de los acreedores”²².

Ahora bien, esa mayor satisfacción puede venir de la “conservación de la empresa”, de ahí que la reforma concursal aborde por vez primera su valoración en el informe de la Administración Concursal²³. Pero ello no necesariamente debe traducirse en la conservación de la empresa a ultranza -como “única” finalidad orientadora de la nueva concursalidad-. Debe entenderse e interpretarse en sus justos términos, sin llevarse al exceso, y desecharse sino garantiza la mayor recuperación posible a los acreedores. Lo contrario, no situaría en una nueva dimensión que, hoy por hoy, no ha alcanzado nuestro Derecho concursal.

Resulta complejo, pues, pronunciarnos con carácter general sobre si la existencia del perjuicio se puede establecer su correspondiente traducción en la pérdida de posibilidades reales de viabilidad de la empresa y su prueba, pues todo ello indudablemente pasa por analizar dicho perjuicio y si su “su contexto” fue capaz de amortiguarlo, es decir, si ha sido “compensado cuantitativamente con una ventaja cierta y proporcional” y no ha perjudicado a la masa activa.

El juicio sobre el perjuicio exige además, a la hora de determinar si ha existido una operación intragrupo lesiva, el examen del acto patrimonial en sí mismo y en su contexto contractual pues no se da en todo acto de disposición patrimonial, así por citar un ejemplo, cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Por otro lado, es preciso que

²¹ Como señala la Exposición de Motivos del Anteproyecto, (III-108 *in fine*) para determinar la existencia o no “*el perjuicio habrá de ser compensado en tiempo y forma, de modo que la falta de compensación es el presupuesto de la responsabilidad por el daño causado que puede exigirse solidariamente a la sociedad dominante, a sus administradores y, en su caso, a los administradores de la propia sociedad dependiente*”. Y en su artículo 291-9. 1. “*Los administradores de la sociedad dominante tendrán la facultad de impartir instrucciones en interés del grupo a los administradores de la sociedad dependiente, aunque la ejecución de esas instrucciones pueda ocasionar un perjuicio a esta sociedad. 2. En ningún caso las instrucciones impartidas podrán ser contrarias a la Ley o a los estatutos de la sociedad dependiente ni poner en riesgo la solvencia de la propia sociedad*”.

²² AZOFRA. F., “Reestructuración de deuda: la transmisión de activos”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 50, diciembre de 2008, p. 55.

²³ Así pues, la reciente redacción del artículo 75 de la LC incluye un número 5 al apartado 2, en los siguientes términos: “*5.º Valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación.*” Ya apuntábamos como propuesta de *lege ferenda*, que el Informe, debía proporcionar una “*imagen estática, poliédrica y actual*” de la situación patrimonial de la empresa concursada. Es decir, no se trataba de que la administración concursal hiciera un estudio de viabilidad sobre la continuidad de la empresa (lo cual, obviamente, podría suplirse con la figura de los auxiliares); simplemente su labor debía acotarse a suministrar *la información suficiente* con la finalidad de que los sujetos involucrados en el proceso concursal dispusieran de una *información adecuada* acerca del valor de la empresa en funcionamiento, pero también, y a la vez, sobre el valor de liquidación. Vid. PASTOR SEMPERE. C., “Las cuentas anuales de la sociedad concursada e informe de la administración concursal (art. 75 de la Ley Concursal)” en AA.VV *Gobierno Corporativo y crisis empresariales, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, Barcelona, 2006, pp. 490- 522.

dicho sacrificio carezca de justificación. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales, como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor, que puedan privar de justificación al pago, en atención a la vulneración de la *par condicio creditorum*²⁴.

Y añadiríamos más tras las últimas reformas concursales; que no le haya privado de un elemento que precisaba para mantener su actividad. Así, al margen de las operaciones intragrupo pero con indudable repercusión sobre ellas, nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 abril 2014, entendió que una dación en pago causó perjuicio grave a la concursada *por haberle privado de un elemento que precisaba para mantener su actividad*, y por infringir el principio de trato igual a los acreedores²⁵. A estos efectos, no es menos importante la reciente reforma operada por la *Ley para la mejora del gobierno corporativo* en las competencias de la Junta, pues se introduce su poder de decisión “sobre los activos esenciales” con una nueva letra f) que se adiciona al Artículo 160. Competencia de la junta y señala “*La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado*”²⁶.

Aflora, pues, la necesidad de realizar alguna matización al Anteproyecto. Es cierto, que no pueden dejarse de señalar las dificultades ya existentes para conciliar el interés social y el interés del grupo, y que en muchos casos no tiene por qué haber oposición: -una manera de maximizar el interés del grupo es maximizando el interés de todas sus unidades productivas-. Pero no es menos cierto que en otros surgirá la tensión -vgr.: transferencias intragrupo, que aun cuando benefician a la empresa policorporativa, resultan lesivas para la empresa concursada-. Y que estas transacciones, aun compensadas, puedan implicar que se le ha privado a la dependiente de un elemento que precisaba para mantener su actividad y, consiguientemente, comprometan su viabilidad y las posibilidades de cobro de sus acreedores. Por ello, y siendo en la actualidad una hipótesis, no podemos descartarla pues, “*es también misión de la doctrina de los grupos de sociedades ponderar el alcance de estos posibles conflictos y elaborar los remedios de que echar mano cuando se presenten*”²⁷.

²⁴ SANCHO GARGALLO I., “Reintegración de la masa del concurso. Aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal”, nº 4, *RJC*, 2004, p. 159 y 165.

²⁵ En un supuesto en el que partiendo deudas vencidas previas, se entrega para pago de parte de las mismas una máquina -sustituido así parte del precio por la entrega de tal útil (dación en pago)-, operación que declarado el concurso se rescinde. Un comentario sobre la misma puede encontrarse en RODRÍGUEZ ACHUTEGUI. E., “Inexistencia de crédito restitutorio contra la masa tras la rescisión de una dación en pago (A propósito de la STS 9 abril 2104)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2014, parte Comentario.

²⁶ Ley 31/2014, de 3 de diciembre, *por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*.

²⁷ PAZ-ARES, C., “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 1, 1999, pp. 223-252.

3. LA “COMPENSACIÓN” A LA SOCIEDAD DEPENDIENTE, COMO CAUSA ENERVATORIA DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN CONCURSAL

3.1. Contexto del grupo

3.1.1. Los conflictos de intereses en situación de grupo y posible relieve del llamado “interés del grupo”

Muchas páginas se han dedicado a comentar la acción de reintegración, como particular mecanismo introducido por nuestra Ley Concursal (en adelante LC), pero no se puede decir lo mismo de su operativa ante un grupo de sociedades²⁸. En efecto, un paso previo para declarar la procedencia de la acción rescisoria –dado que no se requiere, en este caso, por la LC elemento intencional alguno- es determinar que los actos objeto de rescisión no han sido realizados en condiciones normales. Es obvio que este aspecto del concurso, al igual que otros, tiene su primer y fundamental obstáculo en los límites derivados de la personalidad jurídica de cada una de las sociedades que lo integran o en la correlativa ausencia de personalidad jurídica del grupo, a pesar del reconocimiento de su legitimidad. La tensión entre esa vinculación patrimonial y la autonomía formal será permanente en el concurso desde su iniciación, hasta su terminación. Pero no todas las operaciones realizadas entre las sociedades pertenecientes a él deben ser calificadas como “ordinarias”. Al contrario, aumentan los supuestos en los que las normas mercantiles tratan de combatir esas operaciones económicamente irracionales y jurídicamente ilegítimas.

Estas acciones, ya lo adelantamos, deberían ejercitarse frente a aquellas operaciones justificables por el interés de grupo, -como actos ordinarios de la operativa grupal, no de la actividad empresarial a efectos concursales (art. 71.5.1.º LC)-, cuando, sirvan para imponer decisiones que resultan desproporcionadas y llegan a amenazar la propia solvencia y viabilidad de las sociedades afectadas. De ese modo, la gestión común de la tesorería que permite disponer de la liquidez a favor de las sociedades del grupo que en cada momento lo demandan y, además, obtener una rentabilidad basada tanto en su colocación, como en el ahorro de costes inherentes a obtener esa liquidez de terceros podría ser encuadrada como parte de “la operativa ordinaria y normal”. Otras veces, al contrario, no deberían ser conceptuadas dentro de “la operativa ordinaria y normal” porque la unidad de decisión ha sido precisamente la que ha impuesto decisiones que han afectado la capacidad de la sociedad filial de cumplir sus obligaciones. Y es que, la jerarquía inherente a muchos grupos se traduce con frecuencia en la imposición de decisiones que, basadas en el interés del grupo y en contra de los intereses de los accionistas minoritarios e, incluso, de sus administradores, merman la solvencia de la sociedad filial afectada, hasta el punto de que quienes no son responsables de esa situación, pueden acabar siéndolo de solicitar la declaración de concurso. En otras ocasiones, la dependencia o subordinación conlleva que la

²⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. J., “Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades”, *ADCo*, nº 5, 2005, pp. 7-60.

insolvencia de una sociedad contagie a las demás, de suerte que el concurso de la dominante provoque un efecto imparable sobre las filiales, que se ven arrastradas a tener que iniciar sucesivos procedimientos concursales²⁹.

Lo señalado nos conduce inevitablemente a los conflictos de intereses en situación de grupo y al posible relieve del llamado “interés del grupo”, entendido como interés de la empresa policorporativa, cuyo máximo exponente en su tratamiento en nuestro país es el profesor EMBID IRUJO³⁰. Pues bien, con independencia, en todo caso, de los vínculos que unan a las sociedades agrupadas, y de la estructura organizativa de que se doten, ha de afirmarse que el grupo constituye una realidad relevante para el ordenamiento jurídico en la que destaca su condición de empresa articulada mediante diversos sujetos de Derecho. Esta característica es, sin duda, la causa del éxito de esta singular modalidad de concentración empresarial en la realidad económica de nuestros días; pero es, a la vez, la fuente de numerosos problemas derivados del conflicto típico que los grupos plantean: la posible contradicción entre los intereses de la empresa como tal -el grupo- y los intereses de las sociedades, u otros sujetos de Derecho, que la compongan.

Puede hablarse, así, de un interés del grupo, identificado en los grupos jerárquicos, a veces con cierta precipitación, con el interés de la entidad dominante, que ha de constituir de hecho la pauta de comportamiento de las sociedades agrupadas³¹; pero como, a su vez, estas últimas han de promover su propio interés, tan legal y

²⁹ Una tratamiento del problema puede encontrarse en el trabajo del Prof. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., “Grupos de empresas y el concurso de acreedores”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley concursal*, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA-SÁNCHEZ ÁLVAREZ (Coords.), Madrid 2004, pp. 737 y ss.

³⁰ Que puso además de relieve, en numerosos trabajos una nueva dimensión, no suficientemente analizada en la doctrina, del conflicto de intereses en el grupo al insertarse en su seno otros intereses no estrictamente particulares, una realidad cierta y característica en el seno de los grupos. No ha de ocultarse, del mismo modo, que la existencia, también real, del conflicto de intereses apuntado; se trata, en todo caso, señala el Prof. EMBID, de un conflicto cuya resolución ha de evitar los dos extremos a priori imaginables: de un lado, el otorgar perpetua prioridad al interés del grupo, sin preocuparse de la suerte de los intereses sociales particulares y de los sujetos (socios, acreedores y trabajadores de las sociedades filiales) a ellos conectados; de otro, el reconocer, de acuerdo con el Derecho de sociedades vigente en casi todos los países actualmente, la existencia insoslayable del interés particular de las sociedades agrupadas. De seguir la primera solución, la formación de un grupo supondría la conversión en “esclavas” de las sociedades o entidades integrantes; de atender, en cambio, a la segunda solución, la tutela excesiva de estas últimas haría imposible el funcionamiento del grupo como tal. A la vista de lo expuesto, cualquier intento de regulación legal de los grupos de sociedades habrá de partir del necesario respeto al interés del grupo, que constituye, con los matices debidos a la modalidad de que se trate, la razón de ser de la existencia de la empresa de grupo. Tal cosa supone reconocer la licitud de las instrucciones impartidas por la entidad cabecera del grupo en uso de la dirección económica unificada que le corresponde. Además, para que dichas instrucciones permitan la realización del interés del grupo hace falta que sean consideradas vinculantes, esto es obedecidas por los órganos de las sociedades agrupadas, siempre que se desenvuelvan en el marco del interés del grupo. Sobre esta premisa, puede suceder que algunas de esas instrucciones resulten perjudiciales para la sociedad ejecutora de las mismas, lo que no empaña en absoluto su licitud si esta última recibe una compensación adecuada que sirva de contrapartida al daño experimentado. vid entre otras de sus numerosas aportaciones, en referencia a este tema concreto que ahora abordamos, EMBID IRUJO, J. M., “Pautas de análisis y tratamiento de los conflictos de intereses en los grupos de sociedades”, en AA.VV, *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, PACIELLO, A. (ed.), Napoli, 2011 pp. 191-245.

³¹FUENTES NAHARRO, M., *Grupo de sociedades y protección de acreedores. Una perspectiva societaria*, Madrid, 2007, p.134. Desde la ley concursal, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M^a, “Grupos de empresas”, cit., pp. 737-753.

legítimo como el anterior. Se abre la posibilidad de conflicto antes apuntado, cuya resolución viene a constituir el nudo gordiano del Derecho de los grupos de sociedades. En definitiva, si las operaciones intragrupo suponen “un conflicto de interés” y causan “un perjuicio” evidente de la sociedad del grupo individualmente considerada, y a sus acreedores y socios, especialmente los externos, aunque ello redunde en beneficio de las restantes sociedades del grupo y no lo olvidemos, también a sus acreedores y socios³². Se hace imprescindible, por tanto, la revisión de los límites del concepto de interés social, y con ella, la delimitación de los acuerdos lesivos y sus posibilidades de impugnación³³.

3.1.2. La llamada “Disociación temporal del interés social” y su repercusión contable en la imagen fiel de la sociedad dependiente.

Se ha apuntado tanto por la jurisprudencia como por algún autor el que “*puede prevalecer el interés de grupo si, pese a lesionarse el interés de la filial, se compensa este perjuicio*”³⁴. Para sus seguidores el interés de grupo se invoca, de este modo, como causa de justificación de actos que un diligente administrador de la sociedad aislada no hubiera ejecutado³⁵. Estas “instrucciones perjudiciales”, ejecutadas por los administradores de la filial en ejecución de la planificación estratégica del grupo, no

³² De esta problemática se ha ocupado en profundidad FUENTES NAHARRO, M., *Grupo de sociedades y protección de acreedores. Una perspectiva societaria*, Madrid, 2007, y últimamente, “La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español”, *ADCo*, nº 22, 2011, nos remitimos a estos trabajos y a la doctrina extranjera allí citada.

³³ Sobre ello, FERRANDO VILLALBA, L. “Gobierno corporativo y crisis económica: la delimitación de los nuevos “intereses sociales””, en VV.AA., *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, EMBID IRUJO (dir.), Granada, 2013 pp. 95-109; SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *RDM*, nº 246, 2002.

³⁴ La apuntada necesidad de compensar a la sociedad filial ante los daños derivados del acatamiento del interés del grupo que apunta, de manera indirecta, a la tutela de los intereses de los acreedores y de los accionistas externos al grupo; orientación básica del Derecho de grupos, quedó expresamente acogida en el art. 595 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, en su página 217: “1. En el caso de que se ocasione algún perjuicio a la sociedad dominada por actuar sus administradores siguiendo las instrucciones recibidas de la sociedad dominante, ésta deberá abonar a aquélla una compensación adecuada. 2. Los administradores de la sociedad dominada deberán expresar en la Memoria la causa y la cuantía del perjuicio ocasionado a la sociedad por la ejecución de las instrucciones de los administradores de la sociedad dominante y la cuantía y condiciones de pago de la compensación”. En igual sentido, el *Informe Winter*, p. 97, que se remite además a la importante contribución del conocido *Forum Europaeum Derecho de Grupos*, vid. “Por un Derecho de los Grupos de Sociedades para Europa”, en *RDM*, núm. 232, 1999, pp. 548-557. Vid. también recientemente, la exposición realizada sobre esta tendencia por PÉREZ BENÍTEZ, J.J., “Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades”, *RDCP*, nº19, *Sección Varia*, Segundo semestre de 2013.

³⁵ La Guía Legislativa sobre Insolvencia de la CNUDMI también se hace eco de este problema señalando que: “*algunas operaciones tenidas por legítimas en el seno del grupo de empresas pudieran no estar comercialmente justificadas fuera de este contexto, si se analizan a la luz de las condiciones comerciales normales*” (nota de la secretaría, apartados 75 a 82, con referencia a las recomendaciones 87 a 99, pp. 43-46, y recomendaciones 217 y 218). En definitiva, apunta a la exigencia de atender a la finalidad de la operación en su conjunto, es decir, si la operación ha contribuido al rendimiento comercial del grupo y si, gracias a la operación, las empresas del grupo u otras personas allegadas han obtenido una ventaja que normalmente no se otorgaría entre partes no allegadas.

constituyen en sí mismas una patología³⁶, sino una realidad consecuencia del carácter jerárquico con que el grupo se organiza³⁷. Ha de llevarse a cabo, entonces, según esta doctrina, la ponderación de los sacrificios sufridos por la filial en comparación con las ventajas obtenidas por la dominante o por el grupo en su conjunto o, incluso, por las ventajas “compensatorias” obtenidas por la propia filial como participante de las “sinergias creadas por el grupo”, beneficio este que debe revertir al grupo, no a terceros por ejemplo, a un socio mayoritario de la matriz o de alguno de sus acreedores. Es lo que se ha denominado “disociación temporal del interés social”³⁸, pues a la postre el acto perjudicial, inicial y paradójicamente, está beneficiando al interés social. Esta disociación implica, aunque sea en apariencia, una distorsión “temporal” de la imagen fiel de la filial.

Ello se evidencia en situaciones de grupo complejas como la recogida por la Consulta núm. 2 del BOICAC núm. 97 de marzo de 2014, en el que la sociedad dominante de un grupo de sociedades acuerda instrumentar un plan de retribución a ciertos empleados del grupo con instrumentos de patrimonio propios de dicha sociedad, es decir, la obligación de la sociedad dominante se cumple mediante la entrega de instrumentos de patrimonio emitidos por esta sociedad. Lo relevante a nuestros efectos es, que dicho plan incluye también a empleados que prestan sus servicios en diversas sociedades filiales del grupo y la compleja contabilización de su compensación³⁹. Como

³⁶ Tampoco puede descartarse la especial importancia que cobra la posibilidad de imponer a la sociedad dominante alguna responsabilidad por su dirección sobre la filial que ha devenido insolvente, en especial considerando la repetida invocación que el régimen concursal hace a los administradores de hecho. Vid sobre esta temática. FUENTES NAHARRO, M., “La funcionalidad de la figura del administrador de hecho como vía de imputación de responsabilidades intragrupo (una aproximación a la delimitación conceptual de la figura)”, en http://www.ucm.es/info/mercantil/documentos/comunicacion_monica_fuentes.pdf, en especial, p. 11 y ss.; HERNANDO CEBRIÁ, L., “¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo”, *RDM*, núm. 280, 2011. pp. 133-168.

³⁷ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades”, *ADCo*, núm., 5, 2005 pp. 7-60. El autor parece posicionarse a favor de la irrevocabilidad de las operaciones intragrupo en condiciones normales: “*Estas acciones no deberán ejercitarse frente a aquellas operaciones justificables por el interés de grupo como actos ordinarios de la actividad empresarial*”. En contra, SARAZÁ GIMENA, “Responsabilidad concursal y grupos de sociedades”, *ADCo*, nº 10, 2007, quien se opone a la posición del profesor SÁNCHEZ CALERO argumentando que “*el simple acto de que se trata de una operación intersocietaria realizada en interés del grupo no transmuta su naturaleza de acto no ordinario o realizado de modo no perjudicial para los acreedores (...) el interés de los acreedores, que es el que primordialmente debe defender los administradores concursales, primeros legitimados para ejercitar estas acciones, no puede verse desplazado en este extremo por el interés del grupo*”.

³⁸ Así, la contradicción que supone el enfrentamiento del interés social que cada sociedad del grupo persigue y los sacrificios que le son exigidos en nombre del interés común, es superada a través de la disociación temporal de la noción de interés social, puesto que si la sociedad realiza un acto contrario a su interés social inmediato a favor de interés del grupo está, en realidad, persiguiendo su interés social propio en la medida en que puede razonablemente atender una contrapartida futura por este sacrificio MONTANELI, “*Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*”, en *VV.AA. I gruppi di società (Atti del convegno internazionali di studi)*, Venecia, 16-17-18 novembre 1995, II, Giuffrè, Milano, 1996, págs. 1627 y ss, pág. 1643 citado por FUENTES NAHARRO, M. *Grupos de sociedades*, cit.

³⁹ Pues bien, sin perjuicio de la dificultad apuntada por el propio ICAC en este supuesto, se señala que “*si la obligación de entrega de los instrumentos no recae en la sociedad dependiente, sino en la dominante, que asume el compromiso en contraprestación del servicio que los trabajadores "aportan" a la filial a*

advierte el ICAC (núm. 2 del BOICAC núm. 97 de marzo de 2014), *“a la vista del carácter singular de las relaciones jurídicas descritas, en cuya virtud, el gasto de personal de la sociedad dependiente originará un desembolso en efectivo por una causa distinta, pero simultánea, a la entrega de los instrumentos de patrimonio a los trabajadores, es preciso realizar algunas observaciones sobre los efectos mercantiles (naturaleza) de las citadas operaciones societarias no genuinas, pues no cabe duda que de generalizarse esta práctica (para las restantes adquisiciones de bienes o servicios), los acuerdos sincronizados de “entrega de instrumentos” y “disposición de efectivo” podrían vaciar de contenido el principio recogido en el apartado 1 del Marco Conceptual de la Contabilidad (“el sujeto contable que informa como persona jurídica individual, lo hará con independencia del grupo de empresas al que pueda pertenecer”), con el consiguiente perjuicio para alcanzar el objetivo de la imagen fiel”*⁴⁰.

Debe darse por tanto una información complementaria, destinada a ofrecer la imagen fiel de la realidad contable de la dependiente. No podemos olvidar, a estos efectos, el *“juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria”* presentadas por el concursado (75.1. 2º de la LC) que debe realizar la administración concursal en su Informe⁴¹. Por ello acertadamente el artículo 291-11. del Anteproyecto matiza *“2. En el informe de gestión de la sociedad dependiente se expresarán la causa y, en su caso, la cuantía real o estimada del perjuicio ocasionado a la sociedad por la*

cambio de las opciones recibidas, el Instituto opina que la “compensación” que se describe en los antecedentes se deberá calificar como una operación “distinta”, porque en tal caso el “pago” del servicio no se realiza en efectivo sino mediante la entrega de instrumentos de patrimonio neto por parte de la sociedad dominante a los trabajadores de la filial. Esto es, bajo esta premisa, el servicio de personal lo adquiere la sociedad dependiente a título de “aportación” de la sociedad dominante, estableciéndose la relación jurídica entre los trabajadores de aquella y esta última”. A mayor abundamiento, cuando la obligación (de entregar sus propios instrumentos de patrimonio a los trabajadores de la sociedad dependiente) es asumida por la sociedad dominante, sin contraprestación por la filial, el Instituto ha interpretado en su consulta 7 del BOICAC núm. 75, de septiembre de 2008, que los hechos deben calificarse “como una operación de “aportación”, cuyo registro contable sería el siguiente: a) En la filial, efectuando una aplicación analógica de la NRV 17ª, se reconocerá un gasto de personal de acuerdo con el principio de devengo, con abono directo a los fondos propios (en el epígrafe “Otras aportaciones de socios”). Ambos importes habrán de valorarse por el valor razonable de los instrumentos de patrimonio cedidos, referido a la fecha del acuerdo de concesión. En las transacciones en las que sea necesario completar un determinado periodo de servicios, el reconocimiento se efectuará a medida que tales servicios sean prestados (a lo largo del citado periodo). b) De manera simétrica, la operación supone una aportación a la dependiente que se hace efectiva mediante el servicio de personal que ésta recibe a cambio de los instrumentos de patrimonio propio de la dominante. Por ello, en la respuesta se aclara que la contrapartida de las opciones entregadas constituirá, con carácter general, un mayor valor de la inversión que tiene la sociedad dominante en el patrimonio de la filial”.

⁴⁰ Previamente el ICAC ya determinó - BOICAC núm. 96, diciembre 2013. Consulta 10, sobre el reflejo contable del importe recibido de la sociedad dominante para el pago de las indemnizaciones al personal en la sociedad dependiente- *“El registro contable de las operaciones debe realizarse atendiendo al fondo económico y jurídico que subyace en las mismas, con independencia de la forma empleada para instrumentarlas, una vez analizados en su conjunto todos los antecedentes y circunstancias de aquellas, cuya valoración es responsabilidad de los administradores y, en su caso, de los auditores de la sociedad. En este sentido, el artículo 34.2 del Código de Comercio establece que en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica”.*

⁴¹ Sobre ello nos remitimos a nuestro trabajo PASTOR SEMPERE, C., *“Cuentas anuales de la sociedad concursada e informe de la administración concursal”*, en VV.AA., *Gobierno corporativo y crisis empresariales (II Segundo Seminario Harvard-Complutense)*, cit.

ejecución de las instrucciones de los administradores de la sociedad dominante y las condiciones de la compensación”.

3.1 El contexto del “sacrificio patrimonial injustificado”.

Su examen ha sido realizado, en la mayoría de supuestos, desde la perspectiva de las llamadas “garantías contextuales”. Sobre ellas hay un amplio debate entre Audiencias como la de Oviedo, que suelen considerar un acto gratuito - el que la filial otorga la garantía sin contraprestación a favor de otra sociedad del grupo- y son reticentes a aceptar que las ventajas derivadas de la pertenencia al mismo neutralicen la gratuidad que se sostiene en otros contextos como “sacrificio patrimonial injustificado”⁴². Sin embargo, para Audiencias como la de Alicante no parece descabellado, plantear que dichas ventajas –máxime si, por ejemplo, ha permitido a la sociedad concursada dotarse de recursos financieros o acceder a determinados contratos- puedan efectivamente desvirtuar la gratuidad del acto; o que, incluso, al constituir el grupo de sociedades una única empresa plurisocietaria que tiene un interés propio, resulte contradictorio considerar gratuita una operación realizada en interés de grupo⁴³. Como vemos la Audiencia de Alicante interpreta de forma muy amplia el beneficio que “de forma indirecta” percibe la sociedad del grupo (que acaba en concurso) al hipotecarse a favor de otra sociedad del grupo, porque considera que es “operación ordinaria”, que debe ser “contemplada en su contexto”⁴⁴ de lo que claramente se deduce su posicionamiento por “la doctrina de la compensación, teoría cualitativa, caracterizada por una mayor flexibilidad y discrecionalidad para el juzgador” y una noción “muy estricta de perjuicio”⁴⁵, de las que seguidamente se hablará, no sin advertir que ello ha sido

⁴²Como indica la SAP O 714/2012 Id Cendoj: 33044370012012100067, Ponente: ANTON GUIJARRO. J.

⁴³ Para ilustrar lo señalado, vid. Audiencia Provincial de Alicante (secc. Octava) (Ponente: SOLER PASCUAL, L.A.), en su sentencia de 31 de mayo de 2013.

⁴⁴ Al respecto señala PÉREZ BENÍTEZ, J.J., “Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades”, *RDP*, nº 19, Sección Varia, Segundo semestre de 2013. “*si la garantía se constituye sin conexión con el negocio garantizado, de forma o contextual, si no supone una contraprestación del deudor por la concesión de crédito, entonces la garantía se ha constituido a título gratuito. Por ello resulta obligado, y esto es lo complejo del asunto, analizar la estructura jurídico-económica del negocio: el deudor otorga la garantía porque ello le “compensa” pese a los costes que asume, para poder acceder a la prestación del acreedor, el cual, a su vez, concede el crédito por la seguridad que le supone la garantía. Si así son las cosas —como debería ser normal en el tráfico—, la garantía es contextual, y sólo puede rescindirse si se acredita el perjuicio por el actor, sin el beneficio de ninguna presunción legal. Si la constitución de la garantía no está en la causa jurídico-económica del negocio, entra en juego la presunción del art. 71.3.1.º, y será el deudor el que tenga que probar que no hubo perjuicio*”.

⁴⁵ Si bien la doctrina más autorizada se inclina por *interpretación estricta* (BELTRÁN, E. en *Curso de Derecho Mercantil*, URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), II, 2ª ed, 2007, p. 1024) entiende que “*La ley no define el perjuicio, si bien la letra del artículo 71 (que se refiere reiteradamente al perjuicio patrimonial) y la propia rúbrica del Capítulo IV del Título III (“efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa”) inducen a seguir una interpretación estricta en el sentido de que sólo podrá considerarse que existe perjuicio cuando el acto produzca una reducción del patrimonio del concursado, que construye la garantía de los acreedores, sin que haya de valorarse, por el contrario, los efectos que el acto pueda producir en la ordenación de la masa pasiva*”.

resuelto por el Anteproyecto de Código de forma clara, y entendemos evitará eventuales acciones de reintegración (*Artículo 291-14. Garantías*).

Con carácter general, opinamos que, aun pudiendo cuestionar la gratuidad de un determinado acto entre -o a favor- de sociedades del grupo, será determinante si, -aun oneroso- el acto resulta perjudicial para la masa y es un elemento imprescindible para su viabilidad.

Al respecto, puede decirse que resulta altamente criticable esta tendencia que quiere graduar y relativizar “el perjuicio” cuando se trata de operaciones intragrupo, al vincularlo con una ampliación desmesurada de lo que se considera operación ordinaria, fijándolo como contexto, y de ese modo defraudar las expectativas de cobro de los acreedores de la sociedad del grupo concursada “*al disminuir o dificultar la satisfacción colectiva de los acreedores concursales*”⁴⁶. No bastará, pues con indicar que en estas operaciones, -por necesaria que sea para la propia identificación del concepto de grupo la estrategia común de financiación y por frecuentes que puedan ser las operaciones vinculadas- operan como causa enervatoria del perjuicio consistente en la realización de actos ordinarios de la actividad empresarial (art. 71.5.1.º), cuyo ámbito de aplicación se sabe limitado.

Esta conclusión se soportaría entendemos en supuestos al que ya aludimos, como el comentado en la Consulta de contabilidad núm. 2 del BOICAC núm. 97 de marzo de 2014, -de plantearse en un contexto concursal- pues depende de “*los términos pactados en el seno del grupo*”. La evidencia de que la sociedad dependiente está retribuyendo a sus trabajadores, al “compensar” a la sociedad dominante por la entrega de los instrumentos de patrimonio a los trabajadores, -actuando esta última como agente o intermediaria pero en ningún caso como obligada de la relación jurídica principal que, en este caso, vincularía a la sociedad dependiente y sus trabajadores- no convierte la operación en la realización de actos ordinarios de la actividad empresarial (art. 71.5.1.º LC). Esto es, la existencia de una obligación de entrega de instrumentos de patrimonio de la dominante por parte de la sociedad dependiente a sus trabajadores, que la sociedad dominante ejecuta por cuenta de la filial y que señala el ICAC, “*proporcionando al mismo tiempo el medio de pago a cambio de la diferente contraprestación (“compensación”) acordada, según los casos, en los términos pactados en el seno del grupo*”. Ello nos introduce, además, en la problemática de la valoración de los pagos no realizados en moneda de curso legal y la tradicional desconfianza de nuestra

⁴⁶Indica PÉREZ BENÍTEZ, J. J., “Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades”, *RDP*, nº 19, Sección Varia, Segundo semestre de 2013. “*como ejemplo de una línea jurisprudencial mayoritaria—, la sentencia del juzgado de lo mercantil núm. 8 de Madrid de 8 de febrero de 2012 (26) afirma que la mera existencia del grupo no implica en modo alguno que las operaciones vinculadas “irradien de modo automático efectos respecto a las demás personas jurídicas independientes integradas en el grupo”; corresponde al demandado —se dice—, que invoca tal interés, justificar su existencia, que en el caso no se logra, por lo que estima la demanda de integración. Las sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid de 8 de noviembre de 2011 y 28 de septiembre de 2012, siguen el esquema argumental que aquí se propone, analizando la presencia del grupo y rechazando en el caso la presencia de un interés superior legitimador de la operación rescindida. Confirmamos, pues, cómo la concreción del perjuicio se convierte en el deus ex machina del éxito de la oposición a acciones rescisorias que juegan con la ventaja de la invocación de las presunciones legales*”.

jurisprudencia hacia algunos de ellos, a los que ya nos referimos recientemente⁴⁷.

Podemos concluir que no cabe la compensación intragrupo sino existe una proporcionalidad en los valores de “*la cuantía real o estimada del perjuicio ocasionado (...) y las condiciones de la compensación*” (artículo 291-11.p.2 *in fine* del Anteproyecto), y por tanto *podría ejercitarse la acción de reintegración*. Sin perder de vista que, en su caso, además aun existiendo la compensación en los términos señalados, podría ser susceptible de reintegración, aquellas operaciones justificables por el interés de grupo, cuando, sirvan para imponer decisiones que resultan desproporcionadas y llegan a amenazar la propia solvencia de las sociedades afectadas y/o comprometan la viabilidad de su/s Unidad/es Productiva/s.

3.3. Los “parámetros”

3.3.1. El “parámetro contractual”

A los efectos de este trabajo y desde el punto de vista de los acreedores de la filial “sacrificada”, sus trabajadores, su Administración Concursal, y por qué no de la propia sociedad concursada que puede aspirar a alcanzar un convenio de continuación, resulta muy interesante la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 28 Mar. 2012, rec. 550/2009. Sentencia: 185/2012, ya que sienta una importante doctrina en materia de acción de reintegración concursal y grupos de sociedades⁴⁸, pues -a pesar de señalar las grandes similitudes entre las acciones de reintegración concursal, y la rescisoria regulada en el artículo 1290 y siguientes del Código Civil- nos indica que: “*Los actos susceptibles de reintegración lo resultan porque resultan lesivos para la masa activa, aunque no redunden en daño del patrimonio de la concursada, con independencia de si han sido realizados de buena fe. Por el contrario, no lo son los que no son lesivos para la masa activa, incluso si fueron ejecutados de mala fe*”. Los términos de la norma “*serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa...*” permiten afirmar a la Sala la impugnación de concretos comportamientos aislados del contexto en el que se desarrollan, incluso cuando se trata de actos debidos -como lo demuestra la posibilidad de atacar pagos anticipados a acreedores de las sociedades del grupo-, por lo que desde la perspectiva teórica podría mantenerse por un lado la eficacia

⁴⁷ “*Forman parte del catálogo típico de operaciones sujetas a rescisión concursal*”. Quizá la razón de la desconfianza en su “tratamiento” resida, por un lado, en la arraigada creencia de que la institución de la dación en pago, es, en esencia, “un acto perjudicial para los acreedores” inclusive para el deudor; y por otro, en la ausencia de tipicidad legal y su equívoca asimilación, en virtud de la analogía, a instituciones de Derecho privado que poco o nada tienen que ver. Pero más bien, el problema se centra en la dificultad que supone “el valor” del bien entregado en satisfacción de la deuda pendiente, es decir, entre la prestación originaria y la nueva prestación, el “*aliud pro alio*”. Esta cuestión, por otro lado, dota a la dación en pago de deudas de indudable utilidad en la práctica concursal y en el contexto socio económico en el que nos encontramos. Y en particular, ante problema que se plantea en la actualidad con la caída de la economía y la inexistencia, por tanto, del valor y el precio de los bienes. PASTOR SEMPERE, C., “Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, cit.

⁴⁸Vid. nuestro comentario “Capítulo I. grupos de sociedades”, en, *Archivo Commenda de Jurisprudencia Societaria* (2011-2012), EMBID IRUJO (dir.), Granada, 2014. pp. 16-21.

de la compraventa y, por otro, la reintegración de los pagos realizados de forma discriminada con el precio percibido, por entender que la primera no es lesiva para la masa y si lo es el pago, ya que incluso tratándose de deudas vencidas pueden constituir un comportamiento discriminatorio injustificado, pero también cabe vincular ambos cuando responden a una operativa comercial compleja que las partes han querido de forma inescindible. Y añade que ésta es la posición que apreció la Audiencia al concluir que el comportamiento comercial complejo, no susceptible de fragmentación en distintos actos a efectos de la acción de reintegración, es lesivo para la masa activa, lo que constituye una valoración que, en cuanto supone un juicio de hecho no es susceptible de control en casación, a salvo supuestos excepcionales, excepcionalidad esta que no es apreciada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en este supuesto.

Como vemos a pesar de que casi se ha dicho todo y de que contamos con importantes aportaciones doctrinales que han contribuido a perfilar con contornos bastante definidos la figura, la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 2012, nos abre un nuevo interrogante, pues sienta una doctrina que llevada al exceso nos podría conducir concebir los actos *lesivos para la masa activa* como algo “determinable” exclusivamente por las instancias, con el problema que plantean las distintas líneas interpretativas abiertas sobre la existencia y prueba de dicho “perjuicio en el contexto de las operaciones intragrupo”. Particularmente, cuando el de “actos perjudiciales para la masa activa” y la “conservación de empresas” no es algo determinado, ni tan siquiera fuera de estas operaciones. Consciente de ello la Sentencia aludida reconoce la posibilidad de contemplar su control en casación en “supuestos excepcionales”. Si bien ello vendrá atemperado con el nuevo régimen de “la compensación” en el Anteproyecto de Código, deberemos esperar a ver qué grupo de casos entran dentro del elenco “supuestos excepcionales”.

3.3.2 “El parámetro de las ventajas compensatorias”

3.3.2.1. Valoración de la recepción de la doctrina de las ventajas compensatorias en el Anteproyecto de Código

Ahora bien, la cuestión es, si la operación es calificada como “onerosa”, qué ventajas derivadas de la pertenencia al grupo son capaces de “neutralizar el perjuicio” que se sostiene en otros contextos como “injustificado” (*art. 71.2 en su juego con sus números 71.3. 1º y 2º*). Situados en “los parámetros de la doctrina de las ventajas compensatorias”⁴⁹, debemos entender que el perjuicio, -“actos perjudiciales para la

⁴⁹La teoría de las ventajas compensatorias se presenta como la solución idónea al conflicto de intereses intragrupo, a pesar de la ausencia de consenso en torno a lo que se debe considerar una adecuada compensación. En términos generales, se distingue por la doctrina que se ha ocupado de la cuestión, en profundidad, (FUENTES NAHARRO, M. *Grupos de sociedades y...* cit. pp.155 a 194). dos corrientes: la teoría cuantitativa, y la teoría cualitativa, caracterizada por una mayor flexibilidad. La cuantitativa, cuyo máximo exponente lo encontramos en el ordenamiento alemán, requiere que el otorgamiento de la ventaja deje a la sociedad como si nunca la hubiesen sufrido desventaja alguna, lo que exige que el perjuicio se compense por completo y, si no de forma simultánea, sí muy cercana en el tiempo. Esta

masa activa”- se debe haber “compensado cuantitativamente con una ventaja cierta y proporcional”⁵⁰, por tanto, será un aspecto determinante para que pueda prosperar la acción de reintegración la inexistencia o escasa incidencia del beneficio obtenido, -”la ventaja”- por la filial y como este no ha compensado, si no de forma simultánea, sí muy cercana en el tiempo, los “actos perjudiciales para la masa activa” que “permiten distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva”. *Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa.* Por otro lado, no se ha de olvidar el hecho de que el acto realizado entre las sociedades del grupo, la parte actora sigue contando con la presunción *iuris tantum* de perjuicio que se establece con motivo de la especial relación de las partes (71.3-1º LC).

Consideramos por ello muy acertada la regulación del Anteproyecto pues determina que si bien, la existencia del perjuicio a la sociedad dependiente, por ejecución de instrucciones de los administradores de la sociedad dominante deberá determinarse teniendo en cuenta el conjunto de las ventajas y desventajas que tenga para la sociedad dependiente la pertenencia al grupo el artículo 291-11. matiza “1. *En el caso de que se cause algún perjuicio a la sociedad dependiente por actuar sus administradores siguiendo las instrucciones recibidas de la sociedad dominante, ésta deberá compensar adecuadamente a aquélla en el plazo máximo de un año. Si el perjuicio fuera objetivamente previsible, el plazo de un año se contará desde la fecha de la instrucción.* 2. *En el informe de gestión de la sociedad dependiente se expresarán la causa y, en su caso, la cuantía real o estimada del perjuicio ocasionado a la sociedad por la ejecución de las instrucciones de los administradores de la sociedad dominante y las condiciones de la compensación*”.

3.3.2.2. El “control judicial” del perjuicio y su compensación.

Mientras este esperado Anteproyecto sigue su curso, debe observarse que “*el centro de gravedad de la normativa concursal sobre rescisión de actos perjudiciales del deudor lo constituye la existencia de perjuicio patrimonial y el régimen de su prueba*”⁵¹. Por

posición ha sido objeto de críticas al entenderse que exigir un rígida identificación cuantitativa entre ventaja y desventaja significa desconocer la realidad del grupo, pues, subordinar la legitimidad de la consecución del interés del grupo a la obtención de un resultado económico equivalente al que se habría obtenido de haber sido la sociedad independiente refleja la idea tradicional de que el interés del grupo se justifica en tanto haya una ausencia de perjuicio para la filial.

⁵⁰ Disentimos de PÉREZ BENÍTEZ, J.J., “Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades”, *RDP*, nº 19, Sección Varia, Segundo semestre de 2013, “*Creo que la ventaja, a diferencia de lo que acontece en Derecho alemán, no tiene por qué ser estrictamente económica, sino que puede ser cualitativa, desde una perspectiva más amplia. A veces, en los supuestos en que el grupo tiene su origen en un contrato, éste puede prever los mecanismos de compensación (v.gr., asunción de las pérdidas de la filial en cada ejercicio, constitución de una reserva especial en la filial para compensar pérdidas, promesa de aportación de liquidez); en otras ocasiones, en especial en los grupos fácticos, las ventajas son más intangibles (prestigio, valor de marca, facilidad para contratar con proveedores, acceso a crédito, facilidad para colocar sus productos ventajosamente en el mercado, incluso con su adquisición por otras filiales, etc.)*”.

⁵¹ Como se destacó por GULLÓN BALLESTEROS, *La acción rescisoria concursal*, en VV.AA. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, IV, Madrid, 2005, p. 4126.

ello debe seguirse un especial cuidado, pues a la vista de que según se siga por nuestros juzgadores una posición u otra en torno a la “doctrina de la compensación” determinará la existencia o no del “perjuicio” -lo que constituye, recordemos, una valoración que, en cuanto supone un juicio de hecho no es susceptible de control en casación-. Y ello, sobre todo desde un punto de vista procesal, puesto que la aplicación del concepto de “perjuicio” a que se refieren los arts. 71.2.2º y 71.3.2º de la Ley Concursal se le debe dar un tratamiento separado, de cada cuestión mediante el motivo correspondiente, tratando de evitar el rechazo de su admisión por recoger el escrito de interposición del Recurso de casación motivos en los que se mezclen cuestiones heterogéneas entre sí, procesales y sustantivas, pero que en el caso que nos ha ocupado están íntimamente unidas sin que se puede entender las unas sin las otras.

Será decisivo, en consecuencia, en la preparación del Recurso de casación examinar si la parte dispositiva o fallo, además de ajustarse a lo suplicado, se sustenta en los hechos relevantes o fundamentales introducidos válidamente en el proceso por las partes en apoyo de su acción o excepción⁵², pues correlativamente a lo señalado “*se impone el deber a nuestros juzgadores de motivar las sentencias con el fin de potenciar su control en evitación de decisiones arbitrarias*”⁵³. Desde luego, qué duda cabe que la doctrina de la compensación, teoría cualitativa, caracterizada por una mayor flexibilidad y discrecionalidad para el juzgador, le sitúa peligrosamente en un terreno muy próximo⁵⁴.

Por lo señalado, cobra especial relevancia la Sentencia del Tribunal Supremo (sala primera) de 30 de abril de 2014, que sin ser el “núcleo duro” del mismo, tiene considerable interés por lo que aquí se referirse ya que señala puede considerarse excluido el perjuicio “*si existe una atribución patrimonial, siquiera indirecta, a favor de la sociedad garante, de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía*”. A renglón seguido se indica, no obstante, que la mera existencia de un grupo no justifica por sí sola la atribución patrimonial que excluya el perjuicio. No cabe alegar, en tal sentido, un abstracto “interés del grupo” como elemento de cobertura de todo posible perjuicio en la prestación de garantías, ya que, a juicio del Tribunal Supremo, “*es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido por el garante*”⁵⁵.

⁵² Con los matices que derivan de las reglas *iura novit curia, da mihi factum, dabo tibi ius*, que autorizan al tribunal para encontrar el derecho aplicable a la solución del caso, aunque la parte no lo hubiera alegado, cuando los términos del debate lo permiten y, en todo caso, sin modificar ni alterar la causa de pedir, ni sustituir las cuestiones debatidas por otras (sentencias 19/2011, de 11 de febrero, y 991/2011, de 17 de enero de 2012).

⁵³ Sobre ello vid. la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1) de 5 de noviembre de 2012, (9149/2012) Id Cendoj: 28079110012012100784, Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS.

⁵⁴ Si bien es cierto que no podemos olvidar que en nuestro sistema judicial se atribuye a las partes la facultad de ejercitar sus derechos en vía jurisdiccional e iniciar el proceso civil como instrumento dirigido a la tutela de sus intereses privados -la libertad de acción-, pero también la carga de alegar y probar los hechos sobre los que el juez debe decidir según la regla clásica *iudex iudicet secundum allegata et probata partium*. La ya aludida, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1 de de 8 de noviembre (652/2012), de forma meridiana su ponente, el magistrado RAFAEL GIMENO BAYÓN-COBOS.

⁵⁵ EMBID IRUJO. J. M., “El interés del grupo en el concurso”, en WWW. COMMENDA (consultada por última vez el 7 de julio de 2014).

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Merece un juicio altamente positivo la proyectada regulación, que a buen seguro evitará muchos quebraderos de cabeza a nuestros juzgadores, pues las operaciones intragrupalas perjudiciales pasarán por una fijación clara de los hechos y sus consecuencias en el tiempo, no meras suposiciones o conjeturas. En efecto, el Anteproyecto parte de que estas operaciones no “*irradian de modo automático efectos beneficiosos respecto a las demás personas jurídicas independientes integradas en el grupo*”⁵⁶; ni mucho menos siempre compensan a la sociedad sacrificada y a sus acreedores, ni en consecuencia, enervarán de forma automática, la acción de reintegración concursal.

No obstante, creemos conveniente la necesidad de realizar una matización al Anteproyecto que lo concilie con el “interés del concurso” -y ello sin dejar de reconocer las dificultades ya existentes para conciliar el interés social y el interés del grupo-. Las últimas reformas concursales de 2014, sitúan la conservación de la empresa viable como medio de maximización del patrimonio concursal y medio, asimismo, para alcanzar el fin primordial, -que en última instancia no ha dejado de ser el mismo- la mayor recuperación patrimonial posible de los acreedores. Por esta razón, la sociedad dependiente puede ser compensada patrimonialmente, y aun así puede verse privada de un elemento que precisaba para mantener su actividad. En consecuencia, lo señalado, puede redundar en una disminución cierta y real de las posibilidades de cobro de sus acreedores; su “insatisfacción” y la activación de una acción de reintegración. No debemos olvidar que Ley Concursal no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Ello determinará que las instrucciones perjudiciales de la sociedad dominante, deberán ser calibradas no solo desde el punto de vista del riesgo de la solvencia, sino también desde el riesgo de viabilidad.

Procede por último, matizar que quizá ello también debería ser recogido por el legislador concursal, -al realizar una reforma integral y armoniosa, como parece está previsto- y determinará en aplicación del concepto de “perjuicio” a que se refieren los arts. 71.2.2º y 71.3.2º de la Ley Concursal “el riesgo de viabilidad” de tal manera que, se aportara cierta previsibilidad al determinar qué casos entrarán a formar parte de estos supuestos de operaciones intragrupo que supongan un “acto perjudicial para la masa activa”. Y ello en aras a la seguridad jurídica, pues, como vimos, al ser una “cuestión de hecho” el Tribunal Supremo no puede entrar a “revisar” la existencia o no del perjuicio.

⁵⁶ Sentencia del juzgado de lo mercantil núm. 8 de Madrid de 8 de febrero de 2012.

ARBITRAJE ESTATUTARIO

PILAR PERALES VISCASILLAS*

Resumen

El presente trabajo analiza la disposición sobre arbitraje estatutario en el marco del proyectado Código Mercantil y particularmente su crítica y comparación con la regulación todavía vigente establecida en los artículos 11 bis y ter de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje. El proyectado precepto prohibirá el arbitraje en las sociedades cotizadas, el arbitraje de equidad, el arbitraje *ad hoc* y el nombramiento de árbitros por las partes. No exigirá unanimidad pero sí implicará la concesión de un derecho de separación al socio disconforme con la introducción de un convenio arbitral en los estatutos.

Contenido

1. Introducción. – 2. Breve repaso a la evolución normativa. – 3. El marco legal vigente: principios, problemas y soluciones. – 3.1. Arbitrabilidad de las disputas societarias – 3.2. Quórum necesario para la introducción sobrevenida de un convenio arbitral en los estatutos – 3.3. Medidas de defensa del socio disconforme – 3.4. La impugnación de acuerdos sociales – 3.5. Impugnación del laudo – 3.6. Arbitraje de Derecho v. equidad.

1. INTRODUCCIÓN

El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (ALCM, mayo 2014) dedica una disposición al arbitraje estatutario. Se trata del Artículo 213-20:

Arbitraje estatutario.

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

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

* Catedrática de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid.

De aprobarse el futuro Código Mercantil nos encontraríamos ante un grave retroceso en el posible sometimiento al arbitraje societario en comparación con la vigente regulación del arbitraje para las sociedades de capital (arts.11 bis y ter Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje (LA)).

La proyectada disposición, en muchos puntos influenciada por el derecho italiano, de claro marcado restrictivo y prohibicionista implicará constreñir gravemente la libertad de sometimiento al arbitraje de las disputas societarias al prohibir:

- El arbitraje en las sociedades cotizadas
- El arbitraje de equidad
- El arbitraje *ad hoc* y
- El nombramiento de árbitros por las partes

Si bien no se requiere la unanimidad para la introducción en los estatutos de una cláusula de sumisión a arbitraje en el caso de las sociedades de capital –sí se exige para las sociedades personalistas-, se ha acogido, al estilo del derecho italiano, un causal de separación legal del socio. Así el Artículo 271-5.1 d) ALCM considera que en las sociedades de capital el socio podrá separarse cuando hubiera votado en contra de la introducción en los estatutos sociales de cláusulas de sumisión a arbitraje de las controversias o conflictos de naturaleza societaria.¹

Curiosamente el legislador del Anteproyecto ha olvidado derogar de forma expresa el art.11 bis LA, aunque resultará de aplicación lo dispuesto en la derogatoria única (apartado 4º), esto es, la derogación de cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en el Código. No sucederá lo mismo con el art.11 bis ter que deberá entenderse vigente una vez que se apruebe el Código Mercantil, salvo que – y esperemos que así suceda- se elimine esta disposición en la fase de tramitación parlamentaria.

2. BREVE REPASO A LA EVOLUCIÓN NORMATIVA

El arbitraje societario tiene en España una muy antigua raigambre jurídica, aunque los vaivenes históricos nos llevarán a observar diferentes estadios en el proceso evolutivo del mismo, lo que incluye también como se ha indicado la proyectada disposición: desde la consideración y amplio reconocimiento del arbitraje societario, que incluso en sus orígenes se conceptuaba en parte con un carácter forzoso (Código de Comercio (CCo) de 1829), pasando por un desconocimiento de la institución a nivel legal y una clara actitud contraria y restringida del mismo por parte de la doctrina y la jurisprudencia (1885-1998), hasta el inicio y consolidación actual de la institución, donde el arbitraje societario vuelve a cobrar protagonismo en la legislación arbitral gracias a la modificación de la vigente Ley de Arbitraje de 23 diciembre 2003 (LA) que se llevó a cabo en el año 2011. Sin embargo, como se ha indicado el Anteproyecto presenta una regulación del arbitraje societario claramente restrictivo en comparación con el vigente artículo 11 bis LA.

¹ Vid. El número monográfico de *Giurisprudenza Italiana*, 2014, vol. 6, L'arbitrato societario in Spagna e in Italia. Un'analisi comparata. Recientemente también: CERRATO, S., *La Clausola Compromissoria nelle Società*. G. Giappichelli, Torino, 2012.

El CCo de 30 de mayo de 1829 fue el primer texto que con carácter sustantivo reguló el arbitraje societario estableciendo tanto un arbitraje voluntario como uno forzoso: el artículo 323 CCo señalaba que: *"Toda diferencia entre los socios se decidirá por jueces árbitros, háyase ó no estipulado así en el contrato de sociedad"*².

Pese a su antecedente inmediato, el CCo vigente de 1885 (Real Decreto de 22 agosto 1885) no regula el arbitraje societario ni, en general, el arbitraje mercantil. Ello no significa que la institución hubiese perdido su importancia, puesto que bajo el principio de libertad de pacto se dejaba a la autonomía de la voluntad de las partes la decisión acerca de la inclusión de una cláusula arbitral en los estatutos de las sociedades mercantiles, pero evidentemente la supresión del arbitraje forzoso significó que la institución perdiera peso específico. Por su parte, el Código Civil (CC) vigente de 1889 dedicaba dos preceptos al arbitraje en general, los artículos 1820 y 1821³, que fueron posteriormente derogados en 1953. Un poco antes se promulgó la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 que estableció un procedimiento judicial especial para la impugnación de los acuerdos sociales, lo que llevó a una interpretación doctrinal y jurisprudencial contraria al posible sometimiento a arbitraje de las cuestiones relativas a la impugnación de acuerdos sociales, especialmente problemática en el caso de los acuerdos nulos por la afectación de las normas imperativas.

Un hito relevante para el arbitraje se produjo en 1953 con la aprobación de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado (LADP) al tratarse ya de una Ley especial que reguló de forma general el arbitraje de derecho privado, aunque no hacía mención específica al arbitraje societario. Esta Ley presentaba numerosos problemas –prohibición del arbitraje institucional, y un excesivo rigor formalista, entre otros- que hicieron que el arbitraje en general pasara por una etapa de empobrecimiento a todos los niveles que afectó también al arbitraje societario.

La situación mejoró con la LA (1988) al ser una regulación más moderna, aunque de nuevo no consideró de forma específica el arbitraje societario. De esta Ley, a efectos de este trabajo, destaca la preferencia por el arbitraje de equidad, al ser éste la regla general (art.4.2), frente a la vigente LA (art.34.2 que establece como regla general el arbitraje de derecho), lo que hizo que en la práctica se introdujeran convenios arbitrales en pactos estatutarios que especificaban este tipo de arbitraje y que todavía hoy subsisten.

A nivel jurisprudencial el año 1998 marcó un antes y un después en el arbitraje societario en España gracias a la STS 18 abril 1998⁴ y a la RDGRN 19 febrero 1998 donde se consagró la doctrina predominante en el moderno arbitraje societario según la cual el socio no fundador queda vinculado al convenio por la simple adhesión a los estatutos. Y,

² El arbitraje forzoso no era desconocido en otros países. Vid. también: artículo 51 CCo francés de 1807: *"Toute contestation entre associés, et pour raison de la société, sera jugée par des arbitres"*, y con idéntica redacción el artículo 51 del CCo Belga. Ambas disposiciones fueron derogadas respectivamente en 1856 y 1873. Sobre este particular: COHEN, D., *Arbitrage et société*, Paris, 1993, pp.7 y ss; y CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruxelles/Paris, 2002, pp.145-148.

³ El artículo 1820 CC indicaba que: *"Las mismas personas que pueden transigir, pueden comprometer en un tercero la decisión de sus controversias"*; y el art.1821 CC entendía que: *"Lo dispuesto en el capítulo anterior sobre transacciones, es aplicable a los compromisos. En cuanto al modo de proceder en los compromisos y a la extensión y efectos de éstos, se estará a lo que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil"*.

⁴ Confirmada parcialmente por las SSTs 30 noviembre 2001 (JUR 9855) y 15 septiembre 2004 (JUR 5476) en lo atinente a la validez de la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje.

además, se puso fin al erróneo argumento de que el carácter imperativo de la normativa societaria impide el sometimiento a arbitraje. Antes al contrario, hoy está plenamente asentada la diferencia entre la arbitrabilidad de la materia, incluso sobre cuestiones afectadas por el orden público, y la aplicación incorrecta de ese orden público que puede dar lugar a la anulación del laudo arbitral (art.41.1 f) LA)⁵, acogiéndose como regla general un control limitado de la arbitrabilidad con carácter *ex post*⁶. En definitiva, el principio general que se aplica es que la caracterización de una materia arbitrable como imperativa no impide el arbitraje, pues el procedimiento es disponible⁷. Al mismo tiempo, resulta perfectamente posible un arbitraje en equidad para dirimir disputas societarias, sin perjuicio de que los árbitros deban respetar las normas de orden público⁸.

3. EL MARCO LEGAL VIGENTE: PRINCIPIOS, PROBLEMAS Y SOLUCIONES

El 23 de diciembre de 2003 se aprobó la vigente Ley de Arbitraje que está basada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (1985). La Ley Modelo, sin embargo, no se refiere a la arbitrabilidad de la materia que puede ser sometida a arbitraje –tema crucial en el arbitraje societario, como veremos- ni tampoco se refiere de forma específica a este tipo de arbitraje⁹.

Antes, sin embargo, de la reforma de 2011, una modificación normativa de importancia que, sin embargo, pasó inadvertida entre la doctrina, fue el reconocimiento del arbitraje estatutario en el Reglamento del Registro Mercantil (RRM) que expresamente confirmó en febrero de 2007 que en la escritura o en los estatutos de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada se podían incluir “el pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos”¹⁰.

⁵ STS 18 abril 1998: "la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de *ius cogens*, pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ... ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje". Por ejemplo, entre otras también: STS 22 marzo 2010; y SAP Madrid, 4 mayo 2012 (JUR 2013/534).

⁶ Vid. En relación con las cuestiones relativas al derecho de la competencia con referencia expresa y apoyo en la STS 18 abril 1998: SAP Madrid, 18 octubre 2013 (JUR 354923).

⁷ Así por ejemplo en el caso resuelto por la SAP Santa Cruz de Tenerife, 4 julio 2011 (JUR 378779) se cuestiona la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales por vulneración del derecho de información del socio por tener éste un carácter imperativo e inderogable.

⁸ STSJ Galicia, 10 mayo 2013 (JUR 4815). Entre otras: SAP Guipuzcoa, 16 abril 2009 (JUR 284126). Vid. PERALES VISCASILLAS, P., “Sociedades de capital y arbitraje (Reforma de la Ley de Arbitraje. Arbitraje de equidad y separación por justa causa”, *Spain Arbitration Review*, nº 13, 2012, pp.123-145.

⁹ Sobre la necesidad de cubrir este vacío normativo en la Ley Modelo: PERALES VISCASILLAS, P., “The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Interpretation, General Principles and arbitrability as a future topic”, con especial referencia al arbitraje societario. *The Journal of Law, Society and Development*, 2014 (en prensa).

¹⁰ Arts.114.2 y 175.2 c) RRM, Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, BOE, núm.65, 16 marzo 2007. Disposición Final Segunda por la que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil. Estas normas continúan vigentes.

Un mes después, en marzo 2007, el legislador societario de un tipo especial, la sociedad profesional¹¹, vino a reconocer expresamente el pacto estatutario arbitral¹². Pese a esta reforma, sin embargo, la STS 9 julio 2007, provocó un gran revuelo en la doctrina al exigir el consentimiento individual de los socios.

Con estos antecedentes, no sorprende que el legislador español decidiera consagrar legal y de forma general el arbitraje societario en España mediante la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (BOE, núm.121, 21 mayo 2011), y que entró en vigor el día 10 de junio, al introducir disposiciones específicas sobre el arbitraje societario (artículos 11 bis y 11 ter).

En lo que ahora interesa el art.11 bis indica que:

Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario.

1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.
2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.
3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.

El vigente art.11 bis LA se aplica a toda sociedad de capital, esto es, sociedades anónimas, lo que incluye también a las sociedades anónimas cotizadas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones que están reguladas de forma unitaria en la Ley de Sociedades de Capital¹³, por lo que otros tipos sociales continuarán rigiéndose por las reglas generales de la Ley de Arbitraje y, en su caso, por

También ha de traerse a colación la *Orden JUS/1445/2003, 4 de junio, por la que se aprueban los Estatutos orientativos de la sociedad limitada Nueva Empresa que asimismo establece como modelo de cláusula en su art.15 el posible sometimiento a arbitraje*: “Toda cuestión que se suscite entre socios, o entre éstos y la sociedad, con motivo de las relaciones sociales, y sin perjuicio de las normas de procedimiento que sean legalmente de preferente aplicación, será resuelta ... (a elegir en el lugar del domicilio social y por arbitraje, formalizado con arreglo a las prescripciones legales)”.

¹¹ La Ley de Sociedades Profesionales (LSP) se aplica a toda sociedad civil y mercantil que tenga por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales (art.11).

¹² Art.18 de la vigente LSP: “El contrato social podrá establecer que las controversias derivadas del mismo que surjan entre los socios, entre socios y administradores, y entre cualesquiera de éstos y la sociedad, incluidas las relativas a separación, exclusión y determinación de la cuota de liquidación, sean sometidas a arbitraje, de acuerdo con las normas reguladoras de la institución”.

¹³ Art.1.1 Ley de Sociedades de Capital (LSC) aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio RCL 2010\1792, BOE núm.161, 3 julio 2010.

Vid. También considerando la inclusión de las sociedades cotizadas, a diferencia del derecho italiano: Informe sobre el Arbitraje Societario en España, incluyendo convenio arbitral tipo y artículo modelo para el reglamento de cortes arbitrales, elaborado por la Comisión para el estudio del arbitraje societario (22 febrero 2013), y en cuyo anexo B se contiene el convenio arbitral modelo. Disponible en: [http://www.clubarbitraje.com/files/docs/cea Arbitraje Societario.pdf](http://www.clubarbitraje.com/files/docs/cea_Arbitraje_Societario.pdf), nº23. Este convenio arbitral modelo deberá modificarse para adecuarse a los nuevos dictados del arbitraje estatutario si se aprueba finalmente la proyectada disposición del ALCM.

disposiciones específicas, como sucede por ejemplo para las sociedades cooperativas¹⁴.

El Anteproyecto, por el contrario, consagra una regulación unitaria del arbitraje estatutario que se aplica tanto a las sociedades de capital como las personalistas. Tanto en la regulación vigente como en la proyectada, el arbitraje estatutario se circunscribe únicamente a los pactos arbitrales contenidos en los estatutos, quedando fuera la sumisión a arbitraje en pactos parasociales, en protocolos familiares, o en los reglamentos de la Junta General o del órgano de administración¹⁵, sin perjuicio que el convenio arbitral estatutario pudiera extenderse a litigios surgidos de pactos parasociales que no contengan otra cláusula de sumisión incompatible¹⁶. Señalar, además, que está muy asentada en la jurisprudencia la diferencia entre el arbitraje que dirime una cuestión litigiosa entre las partes, y la figura del arbitrador que desempeña una función por encargo de las partes, por ejemplo determina el valor de las cuotas sociales, y por ello completa o integra una relación jurídica aún no definida completamente¹⁷.

El art.11 bis y también el art.213-20 del Anteproyecto –éste con la salvedad de la prohibición del arbitraje estatutario en sociedades cotizadas- parten de un principio general ampliamente reconocedor del arbitraje al establecer la libertad de las sociedades de someter los conflictos societarios a arbitraje¹⁸, lo que se enlaza con la materia arbitrable, regulando a continuación algunas cuestiones que el legislador ha considerado necesarias como la relativa al quórum necesario para la introducción sobrevenida de un convenio arbitral en los estatutos de la sociedad¹⁹, y lo que parece ser una limitación en cuanto al tipo de arbitraje y a la elección de los árbitros que si bien en el art.11 bis se circunscribe a la impugnación de acuerdos sociales, en el ALCM se extiende a toda la materia sujeta a arbitraje.

Antes de abordar dichas cuestiones conviene precisar que no toda cuestión societaria será susceptible de ser sometida a arbitraje, sino que ha de tratarse jurídicamente hablando de una *controversia* (art.11 bis 1º LA). Ello implica dejar fuera del arbitraje, por ejemplo, la solución dirimente relativa a los empates del órgano de administración²⁰.

¹⁴ Vid. Disposición Adicional Décima (Arbitraje) de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

¹⁵ Puede verse sobre estas y otras cuestiones las monografías específicas: RODRÍGUEZ ROBLERO, I., *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2010, 220 y ss.; CARAZO LIÉBANA, M.J., *El arbitraje societario*, Madrid, 2005; y PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho societario*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp.197-203. En el mismo sentido: Informe sobre el Arbitraje Societario del CEA, *op. cit.*, nº22.

¹⁶ Vid. Extendiendo la interpretación del convenio arbitral estatutario: “todas las cuestiones societarias litigiosas”: STSJ, 6 febrero 2014 (JUR 2014\1987).

¹⁷ STS 2 noviembre 2012 (JUR 10422), especificando que cabe el control de la actuación del auditor y su ajuste al mandato legal o estatutario consistente en fijar el valor razonable, de tal forma que su incumplimiento, además de la responsabilidad a que pudiera dar lugar, puede dar lugar a una impugnación sin necesidad de concurrir manifiesta iniquidad o una actuación de mala fe.

¹⁸ RDGRN 25 junio 2013 (BOE, nº178, 26 julio 2013) ratifica “la incontrovertida posibilidad de incluir en los estatutos una cláusula de arbitraje en general”. Idéntica consideración realiza la indicada Resolución en relación con la mediación.

¹⁹ Lógicamente si la introducción del convenio arbitral se realiza en el momento fundacional es obvio que existirá unanimidad de todos los socios en cuanto a su inclusión.

²⁰ Vid. Recientemente RDGRN 25 junio 2013 (BOE, nº178, 26 julio 2013) reiterando la doctrina de la DGRN en su Resolución de 27 abril 1989): “La segunda cuestión hace referencia a la sumisión a arbitraje

3.1. Arbitrabilidad de las disputas societarias

La vigente LA se refiere en el art.2.1 a la arbitrabilidad conforme al principio de la libre disposición de la materia²¹, que es un criterio comúnmente aceptado en numerosas leyes de arbitraje en el mundo.

En relación con la arbitrabilidad societaria, la cuestión más importante que se suscita es la relación entre la regla o principio general del art.11 bis 1º y el art.2.1 LA, pues resultan posibles dos interpretaciones, que se reproducen también si se aprobara el art.213-20(1) del Anteproyecto de Código Mercantil:

(i) Sin perjuicio de la regla general establecida en el art.11 bis.1º, la cuestión relacionada con la arbitrabilidad de las cuestiones societarias debe sujetarse también al criterio general del art.2.1 LA, aunque la elevación a norma legal del principio general de sometimiento a arbitraje societario sin limitaciones abona una interpretación restringida de la inarbitrabilidad al tiempo que una aplicación generosa del principio del *favor arbitris*²².

(ii) El devenir histórico de la arbitrabilidad societaria evidencia que el propósito del legislador, como se resalta en la propia Exposición de Motivos de “eliminar las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital” y “reconocer la arbitrabilidad de los conflictos que en ellas se planteen”, junto al hecho de que la reforma se incardina en la propia Ley de Arbitraje, es el de reconocer sin excepciones, salvo violación del orden público que siempre sería indisponible, el posible sometimiento a arbitraje de toda disputa societaria. En otras palabras, la ubicación de esta cuestión en la Ley de Arbitraje supone reforzar la arbitrabilidad societaria²³ sin limitaciones, por lo que en esta interpretación el art.2.1 LA no sería de aplicación y, en consecuencia, se desterrarían por completo los argumentos basados en la indisponibilidad de la materia societaria para negar su sometimiento a arbitraje.

Es esta la interpretación que desde nuestro punto de vista debe prevalecer, impidiendo que se incurra en el círculo vicioso de la STS 18 abril 1998 y RDGRN 19 febrero 1998 que, aunque favorables al arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales, dejan a salvo y por lo tanto abren la puerta a que se cuestione la arbitrabilidad de aquellos extremos que estén fuera del poder de disposición de las partes. De esta

y mediación de los conflictos que puedan surgir entre administradores. Es cierto como pone de relieve la nota de defectos que esta Dirección General afirmó en la Resolución de 27 de abril de 1989 que la sumisión a arbitraje, en un caso en el que el sistema de administración era de consejo y se preveía como fórmula para solucionar las situaciones de empate, se aviene mal con el sistema de formación de la voluntad del órgano así configurado pues no puede afirmarse en puridad que la situación de empate de votos constituya un conflicto susceptible de ser conocido por los Tribunales de Justicia o, por pacto de sumisión, por un árbitro nombrado al efecto. Este razonamiento sigue siendo válido pues no todo conflicto en el ámbito societario tiene naturaleza litigiosa y el ordenamiento prevé soluciones cuando resulta imposible alcanzar acuerdos dentro de la sociedad, soluciones que si bien traumáticas (artículo 363.1.d de la Ley de Sociedades de Capital) responden rigurosamente a su base contractual”.

²¹ Art.2.1 LA: “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”. Era un criterio que estableció también de forma general el art.14 LADP y que se mantuvo en art.1 LA (1988).

²² Se ha señalado que el art.11 bis en relación con el art.9 LA son disposiciones “en pro del arbitraje societario”: STSJ Valencia, 12 febrero 2013 (JUR 6377).

²³ Parece entender lo contrario: ALONSO PUIG, J.M., “La reforma de la Ley de Arbitraje: avances y retrocesos”, *Otrosí*, nº 8, 2011, p.19.

forma se elevaría la seguridad jurídica en esta materia, así como la transparencia, como objetivos perseguidos y declarados por el legislador en el arbitraje societario (véase Exposición de Motivos Ley 11/2011). Por ello, podemos indicar que, a nuestro juicio, la nueva regulación acoge con rango legal y sin limitaciones como regla general el posible sometimiento a arbitraje de los conflictos que se planteen en sede de sociedades de capital. Como se ha indicado así debe también entenderse si se aprobara el art.213-20 ALCM.

3.2. Quórum necesario para la introducción sobrevenida de un convenio arbitral en los estatutos

La Ley de Arbitraje en su redacción final rebaja el requisito para la introducción en los estatutos sociales de una cláusula de arbitraje societario, pasando de la unanimidad prevista en proyectos anteriores (art.11 bis 2 Proyecto de Ley 8 septiembre 2010) al voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social. Idéntica solución acoge el art.213-20(2) ALCM para las sociedades de capital, aunque no para las personalistas donde el criterio es la unanimidad.

Se trata de una cuestión que está resultando muy discutida entre la doctrina española, que viene a considerar incluso la inconstitucionalidad del precepto por ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art.24 Constitución Española)²⁴. Se aduce, además, que el Tribunal Supremo ya consagró la unanimidad en su sentencia de 9 julio 2007 al establecer la necesaria aceptación de los afectados por el convenio arbitral y por ello considerar que el arbitraje implica una restricción de la tutela judicial efectiva²⁵.

²⁴ La norma también es criticada en cuanto a la mayoría exigida, pues se entiende que debería haberse seguido la mayoría ordinaria establecida para la modificación de estatutos, y ello porque en definitiva, las exigentes mayorías requeridas van a hacer inviable que las grandes sociedades con capital disperso –las sociedades anónimas cotizadas, sin duda, estarían en esta categoría- puedan modificar sus estatutos para incluir una cláusula de arbitraje estatutario. Vid. PERALES VISCASILLAS, “Sociedades de capital y arbitraje”, *op.cit.*, p.123.

²⁵ No está de más, sin embargo, recordar que la Ley de Arbitraje aplicable era la de 1988 y no la vigente, y que trataba un supuesto muy particular. Vid. Con críticas a la STS 9 julio 2007, considerando que la regla debía ser la de la mayoría: ILLESCAS ORTIZ, R., “No va más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societaria”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, nº 1, 2008, p.40; MONTERO, F., “Impartiality of Arbitrators and Conflicts of interest”, *Spain Arbitration Review*, nº 7, 2010, pp.17-18; RODRÍGUEZ ROBLERO, *op.cit.*, 252-263. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 julio 2007 está disponible en: *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2010 (2), vol.III, pp.576-585, con nota de Iribarren, crítico en algún punto, aunque considerando acertada la necesaria aceptación de los socios tanto bajo la LA (1988) como bajo la vigente. Vid. Considerando inaplicable la STS 9 julio 2007 dado que en la modificación estatutaria examinada, en los estatutos originales no existía limitación a la actuación arbitral, lo que sí sucedía en la STS donde se excluía del arbitraje la impugnación de acuerdos sociales. Vid. SAP Murcia, 27 septiembre 2011 (JUR 362703).

Una posición más favorable a la STS: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº1, 2008, pp.437 y ss.

Vid. Considerando la aplicación de la mayoría con anterioridad a la STS 9 julio 2007: CAMPO VILLEGAS, F., “Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un notario. Cuestiones en la nueva Ley. Discurso de ingreso en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya”, disponible en:

3.3. Medidas de defensa del socio disconforme

El relajamiento durante la tramitación parlamentaria de la LA en cuanto al quórum necesario –de la unanimidad a la mayoría- según la vigente redacción no lleva aparejada la concesión de medidas de defensa/protección para el socio que vota en contra. La consecuencia es que un sector de la doctrina española que se muestra muy crítica con la regla vigente ha iniciado un debate acerca de la constitucionalidad de la norma por la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva (art.24 CE)²⁶. La respuesta a esta difícil cuestión va a estar principalmente influenciada por la concepción que se tenga acerca del arbitraje y/o acerca del consentimiento en el arbitraje que puede verse modulado en función de la sede específica en la que se debate esta cuestión: los contratos plurilaterales de organización, por diferencia con los contratos bilaterales, consensuales y sinalagmáticos típicos, y el hecho de que los socios de las sociedades no tienen la consideración de consumidores por lo que no precisan medidas especiales de protección.

En relación con el todavía derecho vigente y con las medidas de defensa que se articulan típicamente en la LSC consideramos que no resulta de aplicación lo dispuesto en el art.292 LSC, que requiere en sede de SRL el consentimiento de los afectados cuando la modificación estatutaria afecte a los derechos individuales de cualquier socio, ya que los derechos de los socios permanecen inalterados por la introducción del convenio arbitral que es un acto neutro y por ello el socio no se coloca en peor situación²⁷. Tampoco puede considerarse de aplicación el art.291 LSC que requiere el consentimiento de los afectados cuando la modificación de los estatutos implique nuevas obligaciones para los socios. Sin embargo, el socio disconforme tiene abierta la vía de impugnación de los acuerdos sociales (arts.204-208 LSC)²⁸ pero no tanto porque

<http://www.ajilc.cat/pdf/discursos/Discurs%20Campo%20Villegas.pdf>, pp.20-21 (última consulta 30 octubre 2014).

²⁶ Singularmente el profesor Olivencia al considerar que estaríamos ante un arbitraje forzoso; OLIVENCIA, M., “La cláusula de arbitraje introducida por vía de modificación de los estatutos sociales”, en AA.VV., *Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, 2013, pp.11-20. También: VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p.740; GONZÁLEZ NAVARRO, A. ¿Cuáles son las condiciones de validez de una cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje no institucional?, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 40, 2013, pp.325-331, al hilo de la actual doctrina del Tribunal Constitucional puesto que no existiría una renuncia a la tutela judicial efectiva clara, terminante e inequívoca, si bien entiende que si se planteara un recurso de inconstitucionalidad, el TC debería revisar su posición. Por el contrario, considerando que no se vulnera dicho principio constitucional: OLAVARRÍA IGLESIA, J., “Artículo 11 bis”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Valencia, 2011, p.690, y ESCALER BASCOMPTE, R., “La injustificada reforma de la Ley de Arbitraje por los escasos cambios sustanciales que aporta: un mensaje contraproducente para el fomento del arbitraje”, *Justicia, Revista de Derecho Procesal*, nº 1, 2012, pp.400-401, pues estamos ante sociedades de capital que se rigen por la mayoría.

Vid. además acerca del encaje constitucional del arbitraje en el art.1.1: OTERO LASTRES, J.M., “La incardinación del arbitraje en el sistema constitucional de Administración de Justicia y el derecho fundamental a la tutela “arbitral” efectiva, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum al Prof. Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 93-98.

²⁷ En este sentido, PERALES VISCASILLAS, “Arbitrabilidad y convenio”, *op. cit.*, p.214. Vid. también, RODRÍGUEZ ROBLERO, *op. cit.*, p.256 y la doctrina ahí citada.

²⁸ Si bien estrictamente hablando esta acción debería desarrollarse ante los árbitros, el Informe de Arbitraje Societario del CEA, *op. cit.*, nº74, por motivos de seguridad jurídica considera que los disidentes deberían poder acudir a la vía judicial.

la introducción de un convenio arbitral pueda considerarse contrario a ley, los estatutos o lesionen el interés social, sino porque podría argumentarse su contrariedad con el orden público; acción que bajo el derecho de sociedades es imprescriptible (art.205.1 LSC). Por este motivo, entendemos que el transcurso de los plazos de impugnación de los acuerdos sociales previstos en la LSC (1 año o cuarenta días según los casos) no implica aquiescencia del socio si lo que se pretende es la nulidad del acuerdo de modificación de estatutos por contrariedad con el orden público constitucional.

El legislador español, a diferencia del italiano, no ha considerado preciso establecer un derecho de separación de los socios disconformes con la introducción de un convenio arbitral, aunque un sector de la doctrina ha considerado conveniente su introducción²⁹. De hecho, es la medida que adopta el Anteproyecto incorporando un causal específico de separación en las sociedades de capital (art.271-5(1) d) ALCM). Lo anterior, sin perjuicio, claro está, de que en el todavía derecho vigente pueda establecerse estatutariamente un derecho de separación para el socio disconforme al amparo del art.347 LSC aplicable a toda sociedad de capital, ya sea por este motivo o porque se haya establecido un derecho de separación por justa causa, lo que en este último caso obligaría a discutir si por justa causa de separación tendría cabida el supuesto que nos ocupa.

3.4. La impugnación de acuerdos sociales

Especial mención realiza el legislador a la impugnación de acuerdos sociales en el art.11 bis 3º LA, adoptando soluciones particulares para este caso que se han extendido en el Anteproyecto a toda materia sujeta a arbitraje estatutario, a saber: la prohibición del arbitraje *ad hoc* y el nombramiento de todos los árbitros por la institución arbitral. A ellas se suman la prohibición del arbitraje en equidad.

Recordar que fue precisamente la cuestión relativa a la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales, especialmente cuando se trataba de acuerdo nulos, la que provocó una situación contraria a la arbitrabilidad societaria durante buena parte del siglo XIX. En este sentido, nótese que la norma no distingue entre acuerdos nulos y anulables y, por lo tanto, se aplica a todos, lo que supone aclarar las dudas que existían entre la doctrina en torno a su aplicación a los acuerdos nulos³⁰.

Sin embargo, la redacción de la vigente norma suscita ahora otras cuestiones creando nuevos problemas de interpretación y aplicación. Efectivamente, el legislador parece prohibir el arbitraje *ad hoc* así como impedir la libre elección de árbitros por las

²⁹ RODRÍGUEZ ROBLERO, *op. cit.*, pp.260-262, considerando además de *lege ferenda* el modelo italiano apto para que fuera seguido por el legislador español. También estimando que debería haberse concedido un derecho de separación: VÁZQUEZ LEPINETTE, T., “La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas: análisis del art.348 bis de la Ley de Sociedades de Capital”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2012, pfo.45, ya que ello puede dar lugar a la opresión de la minoría, y nota 69 considerando el art.11 bis LA de constitucionalidad dudosa a la vista de la STS 9 julio 2007.

³⁰ Vid. Sin embargo, considerando que no serían arbitrables las impugnaciones de acuerdos nulos que lesionen intereses de terceros: OLIVENCIA, M., “Artículo 11 bis”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, Madrid, 2011, pp.178-179.

partes, pues parece encomendar imperativamente dicha designación a la institución arbitral.

La confusa dicción del precepto, unida a la discrepancia entre el texto de la Exposición de Motivos, que parece exigir por motivos de seguridad y transparencia que el sometimiento a arbitraje de la impugnación de acuerdos societarios sea mediante un arbitraje administrado, y el propio texto de la norma que meramente reconoce la posibilidad de que dicha impugnación de acuerdos sociales se pueda realizar bajo un arbitraje administrado, han propiciado interpretaciones divergentes. Tres son las posibles interpretaciones que se están desarrollando en la doctrina española en relación con el art.11 bis LA:

- 1) Sólo cabe el arbitraje institucional, estando vetado el arbitraje *ad hoc*, y los árbitros sólo pueden ser designados por una institución de arbitraje³¹.
- 2) Sólo es posible el arbitraje institucional, pero el procedimiento de designación de los árbitros será el que establece el Reglamento institucional pactado, siendo que éstos suelen dejar libertad a las partes para efectuar el nombramiento o designación de los árbitros, aunque sujeta dicha designación a la confirmación por la propia institución (argumento ex art.14.1 LA).
- 3) Es posible tanto el arbitraje institucional como el arbitraje *ad hoc*³².

³¹ FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., “El arbitraje societario tras la última reforma”, LXII, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2011, pp.150-152; OLIVENCIA, M., “Company Arbitration in Spanish Law”, en *Liber Amicorum Abascal, World Arbitration & Mediation Review*, nº 6, 2012, p.382. Id., *Artículo 11 bis, op. cit.*, pp.176-179, considerando que la medida garantiza la objetividad e independencia de los árbitros y PICÓ i JUNOY, J/VÁZQUEZ ALBERT, D., “La revitalización del arbitraje societario”, en AAVV., *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, Tirant, Valencia, 2013, p.112; ARMAS, “La condición de jurista del árbitro en Derecho”, en AA.VV., *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, Tirant, Valencia, 2013, p.186; MIRÓ, “L’arbitratge institucional”, en AA.VV., *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, Tirant, Valencia, 2013, pp.227-228; ALONSO, *op. cit.*, 19; y SÁNCHEZ POS, La validez y eficacia del laudo arbitral a la luz de la reforma de la Ley de Arbitraje, n.º 7707, *La Ley*, 3 octubre 2011, p. 2, considerando, aunque de forma crítica, que la Ley de Arbitraje excluye de forma imperativa los arbitrajes *ad hoc* en materia de impugnación de acuerdos sociales.

Contrasta claramente esta interpretación con la ya lejana y arcaica prohibición de deferir el nombramiento de árbitros a una de las partes o a un tercero bajo el art. 22.2 LADP, donde el art.22 indicaba que: “Los árbitros habrán de ser designados, en todo caso, de común acuerdo. No será válido el pacto de deferir a una de las partes, o a un tercero, la facultad de hacer el nombramiento de ninguno de ellos”.

³² Vid. PERALES VISCASILLAS, P., “La reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo)”, *Arbitraje (Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones)*, nº 3, 2011, pp.667-704. Considera también que cabe el arbitraje *ad hoc* en materia de impugnación: VICENTE-ALMAZÁN, “El notario del Siglo XXI”, *Revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2011, nº 38, pp. 21-22, aduciendo no sólo el tenor literal de la norma sino además la proclamación en la Exposición de Motivos relativa al “mayor acoplamiento a la libre competencia que reclaman las instituciones de la Unión Europea pues sería contradictorio ampliar la competencia por un lado y restringirla por otro. En definitiva, en su opinión, el art.11 bis 3 se limita a favorecer el arbitraje institucional pero no a su imposición. Siguiendo a este autor: MERINO MERCHÁN, F., “Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 39, 2013, pp.32-33. Asimismo a favor: GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, pp.321-324.

Estima que deben prevalecer las normas generales de la Ley de Arbitraje relativas a la designación de árbitros, decidiendo las partes si prefieren un arbitraje institucional o de otro tipo. ESCALER BASCOMPTE, *op.cit.*, pp.400-401.

La SAP Santa Cruz de Tenerife, 4 julio 2011 (JUR 378779) *obiter dicta* ha indicado en relación con el art.11 bis 3º que la impugnación de acuerdos sociales son cuestiones plenamente arbitrables “sin ningún tipo de limitación”. Destacar que el convenio arbitral parece acoger un arbitraje *ad hoc* y de equidad.

Como solución práctica y deseable para evitar la inseguridad jurídica que deriva de las distintas interpretaciones del art.11 bis LA, la propuesta de convenio arbitral tipo para su inclusión en los estatutos de las sociedades de capital recientemente propuesto por el CEA, se decanta por uniformizar la misma solución para todas las disputas societarias incluidas en el convenio arbitral a favor de un arbitraje institucional, con un sistema de lista para el nombramiento de árbitros, así como por un arbitraje de Derecho³³.

En todo caso, debe advertirse que las restricciones previstas en el art.11 bis 3º no tiene aplicación retroactiva por lo que las cláusulas que con anterioridad hayan previsto un arbitraje *ad hoc* continúan siendo plenamente válidas. En este sentido resulta interesante la STJ Cataluña de 28 noviembre 2013 (JUR 2014/159) analizando un convenio arbitral que indicaba que: "Cualquier duda o diferencia que surja entre los socios a causa de la interpretación de estos estatutos o en el ejercicio de los derechos y obligaciones dimanantes de este contrato de sociedad, se someterá al laudo arbitral de la forma que se expresa en la legislación vigente, salvo los casos en que por ley se establezcan procedimientos especiales con carácter imperativo". A juicio del Tribunal, existiendo convenio arbitral en los estatutos de la sociedad y pretendiendo la actora la impugnación de los acuerdos sociales adoptados en la Junta General y Ordinaria procede, por ende y por mor de lo dispuesto en el artículo 11 bis. 3 en relación con el artículo 15.3 de la Ley de Arbitraje, el nombramiento judicial de una institución arbitral.

3.5. Inscripción del laudo

La última de las normas introducidas en la reforma de mayo de 2011 en la Ley de Arbitraje se refiere a un aspecto práctico de importancia en relación con el arbitraje societario. Se trata del art.11 ter que exige, con buen criterio, que el laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible se inscriba en el Registro Mercantil y que el BORM (Boletín Oficial del Registro Mercantil) publique un extracto coherentemente con el art.208 LSC para las sentencias estimatorias de impugnación³⁴. Dicho precepto, que tal y como hemos señalado deberá entenderse vigente aunque se apruebe el art.213-20 ALCM indica que:

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

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

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

³³ Vid. Informe sobre el Arbitraje Societario en España, *op. cit.*

³⁴ Así lo propuso la Enmienda núm.19 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. BOCG, IX Legislatura, 22 diciembre 2010, Serie A, núm.85-15. La norma está en línea con lo dispuesto por el art.208 LSC. Solución que ya había propuesto la doctrina: PERALES VISCASILLAS, "Arbitrabilidad y convenio arbitral", *op. cit.*, 177-183.

Indicar que queda a salvo lo dispuesto en el art.37.8 LA, esto es, que el laudo podrá ser protocolizado notarialmente.

Se prescinde de la necesaria protocolización del laudo para su inscripción en el registro cuando el acuerdo anulado constara en documento notarial como al efecto exigía el Proyecto de Ley de 8 septiembre 2010. Ello parece resultar coherente con la regulación en esta materia y, en consecuencia, entenderse que estamos ante una excepción legal como requiere el art.18.1 CCo y el art.5.1 RRM³⁵.

Igualmente atendible es la regla prevista en el párrafo segundo del art.11 ter que señala que cuando el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella³⁶.

3.6. Arbitraje de Derecho v. equidad

Entre las materias objeto de reforma por la Ley 11/2011 de modificación de la Ley de Arbitraje, no se encontraba finalmente, pese a estar inicialmente proyectada, la eliminación del arbitraje en equidad en el ámbito del arbitraje doméstico, lo que debe considerarse un acierto, y posibilita que podamos realizar una reflexión sobre esta cuestión que tiene particular importancia en el marco del arbitraje societario, sobre todo porque el Anteproyecto retoma esta cuestión y toma partido prohibiendo el arbitraje de equidad en el marco del arbitraje estatutario.

Desde nuestro punto de vista la supresión del arbitraje de equidad en el arbitraje estatutario resulta incoherente con la subsistencia del arbitraje de consumo en equidad³⁷ y con la regulación del arbitraje en el ámbito internacional. Su eliminación implica la

³⁵ Artículo 18.1 CCo: La inscripción en el Registro Mercantil se practicará en virtud de documento público. Sólo podrá practicarse en virtud de documento privado en los casos expresamente prevenidos en las Leyes y en el Reglamento del Registro Mercantil.

Artículo 5 RRM: 1. La inscripción en el Registro Mercantil se practicará en virtud de documento público. 2. La inscripción sólo podrá practicarse en virtud de documento privado en los casos expresamente prevenidos en las Leyes y en este Reglamento.

³⁶ En relación con las buenas prácticas sobre esta cuestión se aconseja la lectura del Informe sobre Arbitraje Societario del CEA, *op. cit.*, nº90-93.

³⁷ Vid. Artículo 33.1 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo: “El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho”.

Apela precisamente a este argumento también en un caso de arbitraje societario en equidad: STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª), 9 marzo 2012 (JUR 183203). La sentencia utiliza el criterio del “segundo vistazo” en esta materia, es decir, se traslada el control del orden público a sede de anulación o, en su caso, exequátur: “Más aún, ha de considerarse la existencia de la cláusula general de orden público como causa de impugnación del laudo (que obviamente afecta a toda forma de arbitraje), lo que determina que el árbitro de equidad, al dictar el laudo, deberá resolver con absoluta libertad de criterio cuando se trate de materias no regidas por normas imperativas, si bien, en la medida en que haya intereses de terceros o quede comprometido el interés general o el orden público, los laudos han de ser respetuosos con las exigencias más rígidas del ordenamiento jurídico: dicho de otro modo, la eventualidad de una afectación del orden público o del interés de terceros no constituye impedimento para la constitución judicial del arbitraje, sino que recibe su tratamiento adecuado en sede de impugnación del laudo que finalmente se dicte”. Añade también como argumento que la vigente regulación del art.11 bis LA en modo alguno lo prohíbe, aunque sí sería conveniente que el árbitro sea un jurista. Vid. Los argumentos en PERALES VISCASILLAS, Sociedades de capital y arbitraje, *op.cit.*, pp.127 y ss. En torno al orden público, PERALES VISCASILLAS, Arbitrabilidad y convenio arbitral, *op.cit.*, pp.161 y ss.

desaparición de una institución de gran tradición en nuestro sistema jurídico al haber sido la regla general hasta la Ley 60/2003³⁸ y que además goza de absoluto respaldo a nivel internacional especialmente en la Ley Modelo CNUDMI (art.28), interfiriendo de forma grave en el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

En materia de arbitraje societario es clásica la discusión acerca de si debe restringirse a los arbitrajes únicamente de derecho, quedando vedado en este marco el arbitraje de equidad. La discusión se enlaza con cuestiones relacionadas con el contexto normativo, imperativo en muchos casos, en que se mueve el derecho societario, que haría poco aconsejable e incluso altamente inconveniente el arbitraje de equidad.

Entendemos, sin embargo, que en nuestro ordenamiento jurídico es posible un arbitraje de equidad para dirimir controversias societarias. Laudar en equidad no significa arbitrariedad³⁹, sino decidir “*conforme al leal saber y entender de los árbitros*”⁴⁰, lo cual implica, sencillamente, la posibilidad de apartarse de las normas legales de aplicación, siempre dentro de los límites de la norma imperativa y sobre todo el orden público⁴¹. En este sentido resulta paradigmática la normativa en materia de consumo donde como hemos indicado la regla general es la del arbitraje en equidad pese a que la normativa en materia de consumidores es altamente imperativa y así el art.34.2 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, señala que: “Las normas jurídicas aplicables y las estipulaciones del contrato servirán de apoyo a la decisión en equidad que, en todo caso, deberá ser motivada”.

Existe también acuerdo en que laudat en equidad no puede en modo alguno implicar arbitrariedad en la decisión⁴², y sí requiere un “*fallo congruente por parte de los árbitros que no pueden desatender lo pactado por las partes*”⁴³.

³⁸ De hecho un sector doctrinal criticó duramente la preferencia de la Ley 60/2003 por el arbitraje de derecho frente al de equidad. Vid. BARONA VILAR, S., “Artículo 37”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*. Thomson/Civitas, 2004, pp.1204-1210.

³⁹ Además como recientemente ha señalado la SAP Madrid, 30 junio 2011 (sección 12) (RA 347818) en relación con la independencia e imparcialidad de los árbitros que: “*la exigencia, tanto formal como efectiva, de la imparcialidad e independencia de los árbitros debe ser aún más acusada en los arbitrajes de equidad, y ello, en primer término, porque, si bien con sujeción al marco normativo que las partes puedan señalar a los árbitros, en todo caso, al someter la decisión de la controversia a la equidad, es decir, y en esencia, al sentido de justicia que los árbitros tengan, obviamente será la confianza de las partes en su plena objetividad el pilar básico sobre el que descansa la aceptación de que el resultado del litigio habrá obedecido a una decisión correctamente adoptada; en segundo lugar, al someter la resolución de la controversia a equidad el ámbito del arbitrio del juzgador es más intenso en los arbitrajes de equidad que en los de derecho, lo cual refuerza la necesidad de que los árbitros carezcan de vínculos o relaciones con las partes que permitan cuestionar su independencia e imparcialidad*”.

⁴⁰ Por todos: ALBALADEJO GARCÍA, M., *Si puede anularse el laudo de Derecho por infracción de normas y el de equidad por ser inequitativo*. Cuadernos de Derecho Registral. Madrid: Fundación Registral, 2010, p.20. Indica la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 de Arbitraje que son sinónimos a la equidad los términos “en conciencia”, “ex aequo et bono” y “amiable compositeur”. Vid. Considerando perfectamente posible el arbitraje de equidad para disputas societarias: SAP Guipúzcoa (Sección 2), 16 abril 2009 (RA 284126).

⁴¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, nº18-91.

⁴² HIERRO/HINOJOSA, “Artículo 34”, *op.cit.*, p.384.

⁴³ ESPLUGUES, “Artículo 34”, *op.cit.*, p.1117.

Esa decisión tomada según su leal saber y entender significa que en materia de arbitraje societario los árbitros no podrán desconocer el marco legal societario porque, como señala el art.34.3 LA, aplicable también a los arbitrajes de equidad⁴⁴:

"En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables" (subrayado nuestro)⁴⁵.

Es decir, la decisión en equidad ha de estar en consonancia con las estipulaciones del contrato, lo cual es lógico ya que evidencia la voluntad de las partes. En el caso del arbitraje societario, ello significa tener en cuenta las previsiones de la escritura y de los estatutos⁴⁶, los cuales, generalmente incorporarán directa o indirectamente las leyes societarias españolas.

Entendido así el arbitraje de equidad, nos parece un grave error su prohibición en el arbitraje estatutario al restringir el principio de autonomía de la voluntad de las partes, que podría así diseñar su convenio arbitral en función de la tipología societaria.

⁴⁴ Es apreciación común considerar que el art.34.3 Ley de Arbitraje se aplica al arbitraje de equidad (MANTILLA-SERRANO, F., *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Iustel, Madrid, 2005, p.193), como lo es también en el ámbito del art.28.3 Ley Modelo (LEW/MISTELIS/KRÖLL, *op. cit.*, nº18-86). Vid. También: ESPLUGUES, Artículo 34, p.1133, al referirse al citado precepto de la Ley de Arbitraje, indica que: *"La referencia a las estipulaciones del contrato es lógica dado que en el mismo se refleja en toda su plenitud la voluntad de las partes, vinculándose las mismas a su cumplimiento de acuerdo con el principio pacta sunt servanda".* O como indica MANTILLA-SERRANO, *op. cit.*, p.193, en relación con el mismo precepto: *"se consagra la importancia del principio de pacta sunt servanda, de tal manera que en ningún caso, ni siquiera cuando disponga del poder de decidir en equidad, podrá el árbitro ignorar las estipulaciones contractuales entre las partes o modificarlas"* (subrayados y negrita nuestros).

⁴⁵ Se trata por lo demás de una disposición plenamente admitida en el arbitraje comercial internacional pues deriva del art.28.3 Ley Modelo de la CNUDMI. Vid. Igualmente: Art. 15 OHADA Uniform Act on Arbitration; Art. 17.5 Reglas Arbitraje ICC; y Art. 33.3 Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL (1976) o art.35.3 (2010). En todos ellos se ordena a los árbitros que observen las estipulaciones del contrato. Vid. Considerando que en el arbitraje de equidad los árbitros no pueden prescindir del contrato entre las partes: LEW/MISTELIS/KRÖLL, *op.cit.*, nº18-88, quienes, incluso, consideran que: *"amicable compositeurs must comply with the provisions of the contract, even if that could lead to an inequitable result"* (id., nº18-93).

⁴⁶ Posición adoptada por la doctrina que ha estudiado el tema. Vid. PERALES VISCASILLAS, Arbitrabilidad y convenio arbitral, *op.cit.*, pp.230-231 en igual sentido que en el texto; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por "justa causa" en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005", *RDS*, nº26, p.298: "Resolver en equidad no equivale desde luego a disfrutar de una dispensa para inaplicar la ley imperativa cuando parezca oportuno al árbitro. Tampoco autoriza al árbitro para eludir las normas contenidas en estatutos o en un pacto parasocial".

LA NUEVA DISCIPLINA JURÍDICA DE LAS DENOMINADAS “ACCIONES PRIVILEGIADAS SIN VOTO” EN EL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL: PRIMERAS REFLEXIONES

LEOPOLDO JOSÉ PORFIRIO CARPIO*

Resumen

El presente trabajo se dedica a realizar unas reflexiones preliminares sobre la disciplina jurídica de las denominadas acciones privilegiadas sin voto. Partiendo del Derecho vigente, se escruta los preceptos que el Proyecto de Código Mercantil dedica a tales títulos y se resalta las novedades que, en el status jurídico del accionista sin voto, aparecen en ellos recogidas.

Contenido

1. Introducción. – 2. El montante de emisión de acciones sin voto. – 3. El derecho al dividendo de las acciones sin voto. – 4. Privilegio sobre el dividendo: dividendo preferente en cuanto “dividendo participativo”. – 5. Privilegio sobre el dividendo: dividendo preferente en cuanto “dividendo acumulativo”. – 6. Colisión de dividendos. – 7. Privilegio en caso de reducción del capital por pérdidas. – 8. Privilegio en la cuota de liquidación. – 9. El “derecho de voto” de las acciones sin voto. – 10. Otros derechos de los accionistas sin voto. – 11. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Como resulta de todos conocido, la publicación del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas¹ -en vigor desde el 1 de enero de 1990- introdujo en España las denominadas acciones sin voto, disciplinadas en los artículos 90-92 del citado Texto Refundido.

De su parte, la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores² alteró parcialmente el régimen jurídico de las acciones sin voto e introdujo importantes modificaciones en el del las acciones privilegiadas.

* Catedrático de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla.

¹ B.O.E. núm. 310, de 27 de diciembre; corrección de errores en B.O.E. núm. 28, de 1 de febrero de 1990.

² B.O.E. núm. 275, de 17 de noviembre. Véase también la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (B.O.E. núm. 313, de 31 de diciembre).

La disciplina jurídica de las acciones sin voto y de las privilegiadas se contiene la actualidad en la Ley de Sociedades de Capital -LSC-³, concretamente en sus artículos 98 a 103 (acciones sin voto), 95 (acciones privilegiadas), 498 y 499 (para ambas).

En la Exposición de Motivos de la Propuesta de Código Mercantil-en adelante, PCM⁴-, y en su apartado III-53 se manifiesta que “Del régimen de las acciones se han eliminado las acciones sin voto, ahora privativas de la sociedad cotizada (...)”. Completando esta declaración, en sede de sociedades cotizadas, en el apartado III-101 de aquélla se asevera: “Tras esas disposiciones se ordenan las especialidades agrupadas por materias: en acciones y obligaciones, donde se consignan las acciones sin voto, ahora como singularidad exclusiva (...)”.

Pues bien, el propósito de esta contribución a un Maestro del Derecho Mercantil, a mi Maestro de Derecho Mercantil, el profesor D. Rafael Illescas Ortiz, es analizar el régimen jurídico de las acciones sin voto contenido en el PCM. Para ello habrá de examinarse el Derecho vigente para su posterior confrontación con el proyectado y así apreciar sus semejanzas y diferencias.

2. EL MONTANTE DE EMISIÓN DE ACCIONES SIN VOTO

El artículo 98 LSC - Creación o emisión-: “Las (...) sociedades anónimas podrán emitir acciones sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado”. Afirmaba el Maestro Garrigues que este requisito objetivo o cuantitativo era uno de los presupuestos de admisión de las acciones sin voto en nuestro Ordenamiento jurídico.

La *ratio legis* de la fijación de un límite a la creación de acciones sin voto parece ciertamente evidente: se trataría de impedir que un escaso número de accionistas- con voto- pudiesen controlar la sociedad poniendo en circulación un gran número de acciones sin voto. En definitiva, se buscaría mantener, al menos en parte, la estructura tradicional de las sociedades anónimas: que los acuerdos fuesen adoptados por la mayoría de socios con voto- al menos, el cincuenta por ciento (50%)-⁵.

En el Derecho vigente, para determinar si las acciones sin voto se crean dentro del límite legal, ha de tenerse en cuenta el valor nominal de todas ellas con relación al importe desembolsado de todo el capital social, incluyendo el valor nominal representado- y desembolsado- por las acciones sin voto.

Esta solución legal fue criticada por parte de la doctrina, afirmándose que ello restringía excesivamente la emisión de tales títulos por parte de las sociedades

³ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (B.O.E. núm. 161, de 3 de julio de 2010; corrección de errores en B.O.E. núm. 210, de 30 de agosto de 2010)

⁴ Fecha de publicación junio de 2013

⁵ Todavía existe otra razón de índole económica que hace plausible el límite legal e impide la plena libertad de emisión de acciones sin voto con independencia del *quantum* de las restantes acciones-ordinarias o privilegiadas con voto-: el “atractivo” de las acciones sin voto en la previsión de razonables y fundadas expectativas de obtención de dividendos preferentes será tanto mayor cuanto menor sea su porcentaje de emisión en relación con el total capital social.

anónimas. En este sentido hay que recordar que en la *Segunda Propuesta Modificada de Quinta Directiva*, y en su artículo 33.2 la emisión de acciones sin voto no podría superar el 50 % del capital suscrito, sin hacer referencia al desembolsado.

Pues bien el PCM, y para “facilitar” el montante de emisión de acciones sin voto por parte de las sociedades anónimas en su artículo 282-6, 2 prescribe que “*Las sociedades cotizadas podrán emitir acciones sin voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social*”⁶. La realidad de los hechos determinará el acierto de esta decisión de política legislativa.

3. EL DERECHO AL DIVIDENDO DE LAS ACCIONES SIN VOTO

En el Derecho vigente es inexcusable diferenciar entre acciones sin voto y acciones privilegiadas puestas en circulación por sociedades cotizadas de aquellas otras emitidas por compañías sin acceso a Bolsa dada la disparidad del régimen normativo según coticen o no⁷. Creemos necesario y conveniente a los efectos del presente artículo hacer alguna somera referencia a propósito de la Legislación societaria española vigente sobre los anteriores títulos.

El artículo 99.1 LSC prescribe que: “(L)os titulares de (...) acciones sin voto tendrán derecho a percibir el dividendo anual mínimo, fijo o variable, que establezcan los estatutos sociales (...)” y en su apartado 2 que: “Existiendo beneficios distribuibles, la sociedad está obligada a acordar el reparto del dividendo mínimo a que se refiere el párrafo anterior”. Consecuentemente, los titulares de acciones sin voto tienen reconocido legalmente el derecho, en presencia de ganancias distribuibles, al reparto anual de éstas en forma de dividendo mínimo preferente -anual, mínimo-.

Por tanto, los titulares de acciones sin voto disfrutan ope legis, siempre que existan beneficios distribuibles, de un derecho al dividendo stricto sensu, esto es, a que la Junta general obligatoriamente resuelva cada ejercicio social la distribución de los beneficios repartibles vía dividendo. Expresado en otros términos, las compañías anónimas emisoras de acciones sin voto están obligadas, en cualquier caso, a acordar el reparto del dividendo preferente a los suscriptores de esta clase de acciones. No cabe que, por vía estatutaria, este derecho al dividendo stricto sensu pueda ser preterido.⁸

En conclusión, las acciones sin voto, independientemente del acceso a Bolsa de su sociedad emisora, tienen atribuido legalmente el derecho a obtener un dividendo

⁶ Entendiéndose capital social suscrito y no efectivamente desembolsado.

⁷ Sobre este tema, vid. PORFIRIO CARPIO, L.J. “De nuevo sobre las acciones sin voto y las acciones privilegiadas: su dividendo preferente” en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Lanás*, Thomson.Reuters, Civitas, Cizur-Menor (Navarra), 2011, pp. 649-664.

⁸ Si la sociedad, existiendo beneficios distribuibles, o no acuerda el reparto del dividendo- acuerdo que puede suplirse por resolución judicial- o, en el acuerdo de distribución de ganancias los accionistas sin voto se ven relegados en su derecho a la percepción de los mismos, dicho acuerdo podría impugnarse por ser contrario a la Ley.

preferente-anual, mínimo.- que la sociedad estará obligada a acordar siempre que existan ganancias repartibles⁹.

Estas consideraciones pueden ser trasladadas al PCM. En efecto, de un lado el artículo 282.6.1 -Acciones privilegiadas sin derecho de voto- prescribe que “Las sociedades cotizadas podrán emitir acciones sin derecho de voto a las que se reconozca el derecho a percibir el dividendo, fijo o variable que establezcan los estatutos sociales” y, de otro, el 282.7.1-Régimen jurídico del privilegio sobre el dividendo- disciplina que: “Si existieran beneficios del ejercicio distribuíbles o reservas de libre disposición, la sociedad estará obligada a acordar, con cargo a estos beneficios o reservas, el reparto del dividendo correspondiente a las acciones sin voto”.

Salvo la referencia en el PCM a la exigencia de que la sociedad emisora de estas acciones coticen en Bolsa¹⁰, la naturaleza y calificación del dividendo de las acciones sin voto permanece inalterable en ambos textos. A ello habría de añadirse que, conforme al apartado 3, in fine, del artículo 282-7, “(...) En ningún caso el dividendo que se acuerde satisfacer a las acciones ordinarias podrá ser superior al correspondiente a las acciones sin voto”.¹¹

4. PRIVILEGIO SOBRE EL DIVIDENDO: DIVIDENDO PREFERENTE EN CUANTO “DIVIDENDO PARTICIPATIVO”

El carácter “participativo” del dividendo preferente de las acciones sin voto presenta evidentes diferencias entre el Derecho vigente y el proyectado. Conforme a lo disciplinado por el artículo 99.1, in fine, LSC, “(U)na vez acordado el dividendo mínimo, sus titulares tendrán derecho al mismo dividendo que corresponda a (...) las acciones ordinarias”. De la dicción legal del precepto se desprende que, junto al dividendo anual mínimo, las acciones sin voto tienen legalmente reconocido, evidentemente también en el supuesto de beneficios distribuíbles, un *segundo dividendo*, el relativo al que eventualmente se distribuya a las acciones ordinarias. Al respecto, podría aseverarse que el titular de acciones sin voto participa, *rectius*, puede participar doblemente en la percepción de las ganancias vía dividendo.

Las acciones sin voto, desde esta perspectiva, son siempre *participativas* puesto que sus titulares, una vez acordado el dividendo anual mínimo- fijo o variable-, es decir, su dividendo preferente, tienen legalmente derecho a concurrir al reparto que, en su caso, se realice a los accionistas ordinarios y ello independientemente del acceso a Bolsa de la sociedad emisora de tales títulos¹².

⁹ Véanse arts. 99 y 499. 2 LSC.

¹⁰ Ya que el reparto del dividendo pueda tener como base reservas de libre disposición.

¹¹ Ello querrá significar que, aparte del pago preferente en el tiempo, los accionistas sin voto, en caso de existencia de beneficios distribuíbles o de reservas de libre disposición, siempre “cobrarán más” que los ordinarios (privilegio en la cantidad a percibir).

¹² Los estatutos sociales no podrán suprimir la naturaleza participativa del dividendo preferente de las acciones sin voto.

En el PCM, las titulares de acciones sin voto legalmente ya no tendrán reconocido el derecho a percibir un “*doble dividendo*”, es decir, ya no participarán en la distribución de beneficios, vía dividendo, por “*dos veces*” (su preferente y el relativo a las acciones ordinarias) ya que según la redacción del artículo 282-7, 3: “*Salvo disposición contraria de los estatutos sociales, las acciones sin voto no tendrán derecho a participar en las ganancias sociales que se repartan como dividendo ordinario (...)*”. Excepto previsión estatutaria, las acciones sin voto dejarán de ser, en todo caso, “participativas”.

5. PRIVILEGIO SOBRE EL DIVIDENDO: DIVIDENDO PREFERENTE EN CUANTO “DIVIDENDO ACUMULATIVO”

En la vigente disciplina jurídica de las acciones sin voto, el carácter acumulativo de su dividendo preferente se hace depender del acceso a Bolsa de su sociedad emisora. Y así, habrá de diferenciarse entre acciones sin voto puestas en circulación por sociedades anónimas no cotizadas y emitidas por compañías cotizadas.

En relación con las primeras, el artículo 99.3 LSC disciplina que: “De no existir beneficios distribuibles o de no haberlos en cantidad suficiente, la parte de dividendo mínimo no pagada deberá ser satisfecha dentro de los cinco ejercicios siguientes (...)”.

El dividendo anual mínimo conferido legalmente a los titulares de acciones sin voto es también parcialmente acumulado -o acumulable- en los cinco ejercicios sociales siguientes a aquél en el que no fue percibido -total o parcialmente-, por ausencia o insuficiencia de beneficios distribuibles¹³.

Lógicamente, esta acumulación parcial en el tiempo se encuentra también condicionada a la real presencia de beneficios distribuibles en los cinco ejercicios sociales posteriores a aquél en el que no se pagaron -total o parcialmente- los dividendos acordados. Expresado en otros términos, podría afirmarse que la realización efectiva del dividendo acumulado se condiciona temporalmente a la existencia de ganancias distribuibles.

Ante el silencio legal, una duda interpretativa se ha venido planteando con relación al momento del pago de los dividendos total o parcialmente insatisfechos correspondientes a las acciones sin voto emitidas por sociedades no cotizadas.

A pesar de que el precepto transcrito se refiera a los <<*cinco ejercicios siguientes*>>¹⁴, la parte no satisfecha del dividendo preferente acordado debería pagarse, si existen beneficios distribuibles suficientes, en el primer ejercicio en que sea posible. En este sentido, las ganancias de los ejercicios sucesivos deberán imputarse, en

¹³ La *ratio legis* de este acumulamiento legal parece evidente: la norma trata de proteger los legítimos intereses del titular de acciones sin voto tanto frente a las eventuales fluctuaciones en los beneficios de las empresas, cuanto al peligro del “vaciado” de los privilegios económico-patrimoniales de estas acciones a través de <<programadas maniobras>> de los balances que alternasen ficticiamente resultados positivos y negativos en la gestión social.

¹⁴ Vid. art. 99.3 LSC.

primer lugar, a la satisfacción de la diferencia relativa a los ejercicios precedentes y, con posterioridad, al pago del dividendo preferente del ejercicio en curso¹⁵.

En cuanto a las acciones sin voto emitidas por sociedades anónimas cotizadas, el artículo 499.2 *-Régimen legal del dividendo preferente-* LSC asevera que: "*En caso de acciones sin voto, se estará a lo que dispongan los estatutos sociales respecto (...) del carácter no acumulativo del mismo -dividendo preferente-*" Por tanto, el respeto a la acumulación de dividendos preferentes atrasados sólo es de obligado cumplimiento por parte de sociedades anónimas no cotizadas. En las que cotizan, sus estatutos podrán disponer el carácter no acumulativo de los dividendos parcial o totalmente insatisfechos.

Es el apartado 2 del artículo 282-7 del PCM el que se ocupa de este tema al establecer que: "*Si no existieran beneficios del ejercicio distribuibles o reservas de libre disposición o no los hubiera en cantidad suficiente, la parte del dividendo no pagada correspondiente a las acciones sin voto deberá ser satisfecha dentro de los cinco ejercicios siguientes, salvo que los estatutos sociales establezcan otra cosa (...)*".

La redacción del precepto, a pesar de ser ciertamente equívoca¹⁶, permite afirmar que la sociedad anónima cotizada emisora de acciones sin voto disfruta de una amplia potestad autorreguladora para establecer, vía estatutaria, las consecuencias de la falta de pago total o parcial del dividendo preferente y, si éste tiene carácter acumulativo, determinar el procedimiento *-temporal-* de pago de los dividendos acordados y no satisfechos.

6. COLISIÓN DE DIVIDENDOS

En la LSC si una sociedad anónima pone en circulación acciones sin voto y acciones privilegiadas podría darse el supuesto de que una vez cerrado el ejercicio social, las ganancias repartibles fuesen insuficientes para satisfacer el pago del dividendo preferente correspondiente a las dos clases de acciones. Si tal sucediese se produciría una *colisión de dividendos*. Al respecto, es ineludible distinguir entre sociedades que hayan accedido al mercado bursátil y las que no lo hayan hecho.

¹⁵ No fue la anterior una opinión pacífica en la doctrina mercantilista española de finales del siglo XX. Y así se mantuvo que si se otorgase preferencia al dividendo acumulado -y no pagado- proveniente de ejercicios anteriores, se producirían consecuencias no queridas por el espíritu de la ley; en particular se aseveraba que el derecho a la acumulación no se extinguiría por el transcurso de cinco ejercicios sociales, sino que podría extenderse ilimitadamente hasta la total satisfacción de los dividendos atrasados. A esta consideración podría objetarse que los plazos legales de cinco ejercicios sociales no se *extienden* sin límite, sino que se *extinguen* por idénticos períodos quinquenales de ejercicios, es decir, en relación con cada ejercicio, en el sexto sucesivo a éste. El plazo de cinco ejercicios sociales renace, en caso de inexistencia o insuficiencia de beneficios distribuibles, con relación al período 2º-7º, 3º-8º y así sucesivamente.

Fácilmente se aprecia que el tema es controvertido; lo único que, quizá, parece claro es que la primera interpretación pueda favorecer - y proteger- los legítimos intereses del accionista sin voto, mientras que la segunda, tal vez, beneficie a las compañías anónimas

¹⁶ Podría legítimamente interpretarse, por ejemplo, que la salvedad estatutaria se refiere no al carácter acumulativo del dividendo preferente, sino antes al contrario, a la configuración del plazo de cinco años y, de este modo, entender que en los estatutos se pueda fijar un plazo mayor o menor al quinquenio para percibir el dividendo preferente parcialmente o totalmente insatisfecho.

Cuando la sociedad cotice se daría la siguiente situación de *facto*: las acciones sin voto legalmente tendrían derecho a percibir el dividendo preferente establecido en los estatutos¹⁷, mientras que las acciones privilegiadas también disfrutarían *ex lege* de este derecho conforme a la remisión disciplinada en el artículo 499.1 LSC., a cuyo tenor “*El régimen legal del dividendo preferente de las acciones privilegiadas emitidas por sociedades cotizadas será el establecido para las acciones sin voto en la sección 2ª del capítulo II del título IV*”¹⁸. Se produciría, como decimos, un *choque* o una *pugna* entre ambos dividendos.

Tratándose de sociedades anónimas no cotizadas, si se diera colisión de dividendos, ésta podría solucionarse *ex statuto*, ya que éstos, pueden disponer, para el supuesto de acciones privilegiadas, que la sociedad no se encuentre obligada a acordar el reparto del dividendo preferente aun existiendo beneficios distribuibles¹⁹ y que, por tanto, se establezca un orden de prelación en el reparto: primeramente el pago del dividendo preferente atribuido legalmente a las acciones sin voto y, posteriormente, en su caso, el del establecido en los estatutos relativo a las acciones privilegiadas.

A propósito del PCM la colisión de dividendos preferentes sólo se daría en el primero de los supuestos planteados, esto es, en sede de sociedades cotizadas, ya que las no cotizadas carecen de la posibilidad de emisión de “capital mudo”. En este sentido, el artículo 282-5, ubicado en la Sección 2ª - *De las acciones con derecho a un dividendo preferente*- del Capítulo II- *De las especialidades en materia de acciones y de obligaciones*- inserto en el Título VIII- *DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS*- , prescribe, bajo la rúbrica, *Obligación de acordar el reparto del dividendo preferente* , que “ *Cuando el privilegio conferido por acciones emitidas por sociedades cotizadas consista en el derecho a obtener un dividendo preferente, la sociedad estará obligada a acordar el reparto del dividendo si existieran beneficios distribuibles, sin que los estatutos puedan disponer otra cosa*”.

De su parte, si la sociedad cotizada pusiere en circulación acciones privilegiadas sin derecho de voto, el artículo 282.7.1-*Régimen jurídico del privilegio sobre el dividendo*- disciplina que: “*Si existieran beneficios del ejercicio distribuibles o reservas de libre disposición, la sociedad estará obligada a acordar, con cargo a estos beneficios o reservas, el reparto del dividendo correspondiente a las acciones sin voto*”.

Nótese que el pago del dividendo correspondiente a las acciones sin voto puede realizarse con cargo a beneficios distribuibles o a reservas de libre disposición, mientras que el relativo a las acciones privilegiadas sólo puede efectuarse en caso de existencia de beneficios distribuibles.

Pues bien, en ausencia de reservas de libre disposición, si la sociedad sólo tuviere beneficios distribuibles y éstos fuesen insuficientes para la satisfacción de los dividendos tanto los correspondientes a las acciones sin voto cuanto al de las acciones privilegiadas, en ningún caso, podría establecerse una prelación entre ellos porque en ambos el reparto se encuentra garantizado *ope legis*, ya que los dos, en caso de

¹⁷ Vid. art. 99.1 y 2 LSC.

¹⁸ Vid. también art. 498 LSC.

¹⁹ Vid. art. 95.2 LSC.

ganancias repartibles, tienen derecho a que su sociedad acuerde obligatoria y necesariamente su reparto vía dividendo preferente²⁰. No son, pues, dividendos competitivos; no cabe prelación ni preferencias entre ellos.

Siendo así, no sería posible acudir a los estatutos sociales para que resolvieran la situación de igualdad entre dividendos preferentes fijando un orden de prelación (distribución). La factible y probable solución pasaría por el reparto proporcional de los beneficios distribuibles entre todas las acciones sin voto y privilegiadas emitidas conforme a su participación en el capital social.

7. PRIVILEGIO EN CASO DE REDUCCIÓN DEL CAPITAL POR PÉRDIDAS

En el artículo 100 LSC - *Privilegio en caso de reducción de capital por pérdidas*- se estatuye que: “1. (...) las acciones sin voto no quedarán afectadas por la reducción del capital social por pérdidas, cualquiera que sea la forma en que se realice, sino cuando la reducción supere el valor nominal de las restantes. Si, como consecuencia de la reducción, el valor nominal (...) de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social (...) desembolsado en la anónima, deberá restablecerse esa proporción en el plazo máximo de dos años. En caso contrario, procederá la disolución de la sociedad (...)”.

Los titulares de acciones sin voto disfrutaban de un derecho privilegiado de elusión de la amortización de sus acciones por pérdidas con la obligación de mantener el límite de la mitad del capital social desembolsado. Estas acciones se ven postergadas en las pérdidas hasta que éstas puedan ser absorbidas por las restantes acciones. Por tanto, las acciones sin voto solamente participarán en las pérdidas cuando éstas no se cubren con la amortización de las restantes acciones, tanto ordinarias cuanto privilegiadas. Es éste uno de los supuestos previstos en el artículo 320 -Principio de paridad de trato- LSC, a cuyo tenor. “Cuando la reducción tenga por finalidad el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas, deberá afectar por igual a todas las participaciones sociales o a todas las acciones en proporción a su valor nominal, pero respetando los privilegios que a estos efectos hubieran podido otorgarse en la ley o en los estatutos para determinadas participaciones sociales o para determinadas clases de acciones”.

En el PCM se mantiene este privilegio otorgado en la LSC, con una salvedad: se reduce el plazo máximo -de dos a un año- para restablecer la proporción exigida legalmente entre capital con voto y sin voto. Y así, según el artículo 282-8- *Privilegio en la reducción del capital por pérdidas*- “1. Las acciones sin voto no quedarán afectadas por la reducción del capital social a consecuencia de pérdidas, cualquiera que sea la forma en que se realice, sino cuando la reducción supere el valor nominal de las restantes acciones.

²⁰ Podría legítimamente afirmarse que tanto acciones -privilegiadas- sin voto cuanto acciones con derecho a un dividendo preferente emitidas por sociedades cotizadas tienen reconocido *ex lege* un derecho al dividendo *stricto sensu*.

2. *En el caso de que, como consecuencia, de la reducción, el valor nominal de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado, deberá restablecerse esa proporción en el plazo máximo de un año. Si no se restableciera, la sociedad deberá disolverse (...)*”.

Parece lógico el anterior acortamiento del plazo- de dos a un año- porque no resulta razonable que la sociedad pueda estar durante dos años incumpliendo el límite legal de emisión de acciones sin voto *ex* artículo 98 LSC - *Creación o emisión*:- “*Las (...) sociedades anónimas podrán emitir acciones sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado*”²¹.

8. PRIVILEGIO EN LA CUOTA DE LIQUIDACIÓN

El artículo 101 LSC -*Privilegio en la cuota de liquidación*- establece que: “*En el caso de liquidación de la sociedad las participaciones sociales sin voto conferirán a su titular el derecho a obtener el reembolso de su valor antes de que se distribuya cantidad alguna a las restantes. En las sociedades anónimas el privilegio alcanzará al reembolso del valor desembolsado de las acciones sin voto*”.

En puridad, con la LSC esta “ventaja” funciona en la práctica más que como un privilegio- económico- como una “preferencia temporal” puesto que el accionista sin voto, en caso de liquidación de su compañía, percibirá *antes* el reembolso del valor desembolsado de sus acciones que los demás accionistas- ordinarios y privilegiados-, pero no necesariamente *más* que el resto. Piénsese que la sociedad hubiese emitido acciones privilegiadas en sede de liquidación. En el hipotético supuesto de la existencia de remanente suficiente²², estos accionistas podrían cobrar, tras satisfacerse el reembolso de los titulares de acciones sin voto, una mayor cantidad que éstos.

La anterior consideración ha de ser matizada en el PCM. El artículo 282-9- *Privilegio en la cuota de liquidación*- señala que “*En caso de liquidación de la sociedad, si el activo social fuera insuficiente para reembolsar a todos los accionistas el valor de las aportaciones efectivamente realizadas, los titulares de acciones sin voto tendrán derecho al reembolso antes de que se distribuya cantidad alguna a los restantes titulares de acciones*”.

Si activo social resulta ser insuficiente para reintegrar a todos los accionistas, difícilmente los titulares de acciones privilegiadas en caso de liquidación de la sociedad podrían cobrar su privilegio porque no habría bastante activo. En este caso, preferencia y privilegio son términos equiparables: los accionistas sin voto percibirán preferentemente su privilegio, privilegio que consiste precisamente en “cobrar los primeros”.

²¹ En cuanto al PCM, el art. 282-6, 2 prescribe: “*Las sociedades cotizadas podrán emitir acciones sin voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social*”.

²² Una vez cubiertas las exigencias legales.

9. EL “DERECHO DE VOTO” DE LAS ACCIONES SIN VOTO

Las acciones sin voto puedan ejercer este derecho en dos casos disciplinados por la LSC: cuando no se satisfaga, total o parcialmente, el dividendo mínimo y cuando, en virtud de la reducción del capital social, se amorticen todas las acciones con voto²³.

En el primero de los dos supuestos, la correcta inteligencia del ejercicio del derecho de voto exige nuevamente distinguir entre acciones sin voto emitidas por sociedades cotizadas y las puestas en circulación por compañías no cotizadas.

Si la sociedad emisora cotiza, el artículo 499.2 LSC prescribe que "*En caso de acciones sin voto, se estará a los que dispongan los estatutos sociales respecto (...) de la recuperación del derecho de voto en el caso de no satisfacción del dividendo mínimo (...)*". Por tanto, si estamos en presencia de una anónima con acceso a Bolsa, el otorgamiento del derecho de voto cuando no se perciba el dividendo mínimo-anual, preferente-, se deja a la competencia estatutaria. Nótese que se ha empleado la palabra *otorgamiento* en lugar del término *recuperación* que es el utilizado por el precepto. Causa extrañeza esta incorrección legal, máxime si se compara con otros artículos de la LSC- 99.3 y 100.2- en donde se afirma que las acciones sin voto *tendrán* derecho de voto. Olvida, sin duda, el Legislador que las acciones sin voto se emiten *ab initio* desprovistas del derecho de voto, derecho que sólo podrán ejercitar en concretos y previstos supuestos. En estas clases de acciones no es factible distinguir entre derecho de voto y ejercicio del mismo. Cuando las acciones sin voto pueden votar se debe a que en los casos legales se les atribuye *ex novo*. Las acciones sin voto, en definitiva, nunca podrán *recuperar* el derecho de voto porque nunca lo tuvieron, puesto que *recuperar*, según enseña el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, significa *volver a tomar o adquirir lo que antes se tenía*.

De su lado, si las acciones sin voto pertenecen a sociedades no cotizadas, el artículo 99.3 LSC disciplina que: "*(...) Mientras no se satisfaga el dividendo mínimo, las (...) acciones sin voto tendrán este derecho en igualdad de condiciones que las ordinarias y conservando, en todo caso, sus ventajas económicas*".

Alguna consideración habría de hacerse a esta dicción legal: según pienso, la expresión "*en igualdad de condiciones que las ordinarias*", es, si no completamente errónea, sí, al menos, incorrecta o confusa, ya que la igualdad en el derecho de voto ha de referirse a todas las acciones que integren el capital social, esto es, ordinarias y privilegiadas. Tal vez la LSC cuando alude a las <<*acciones ordinarias*>> se refiera, críptica e implícitamente, a todas las que no sean sin voto, es decir, con voto²⁴, mas no hubiese estado de más aclararlo.

En estas sociedades, el derecho de voto de las acciones sin voto que no han visto satisfecho, parcialmente o totalmente, su dividendo mínimo, es indisponible por vía estatutaria.

En el segundo de los supuestos, si con la reducción del capital social se amortizasen todas las acciones con voto, "*(...) las sin voto tendrán este derecho hasta*

²³ Véanse arts. 99.3, *in fine* y 100.2 LSC .

²⁴ Ordinarias y privilegiadas. Véase art. 95 LSC.

que se restablezca la proporción prevista legalmente con las ordinarias”- art. 100.2, *in fine*, LSC-. Aquí no es necesario diferenciar entre acceso a Bolsa o no de su sociedad emisora puesto que en el artículo 499.2 LSC no está prevista ninguna especialidad en este punto cuando se trata de compañías con acceso a los mercados de valores.

Todas las acciones sin voto emitidas por sociedades anónimas, cotizantes o no, disfrutan legalmente, por un plazo máximo de dos años, del ejercicio del derecho de voto. Será este “capital mudo” el que deberá restablecer la proporción prevista legalmente con el capital “con voto”²⁵.

En el PCM, desaparecida legalmente la posibilidad de emisión de acciones sin voto por parte de sociedades no cotizadas, el ejercicio del derecho de voto a los titulares de estos títulos se contienen en los artículos 282.7.2, *in fine* y 282-8,2 *in fine*: conforme al primero de ellos, “*Las acciones sin voto gozarán del derecho de voto mientras no se satisfaga la parte no pagada del dividendo que les corresponda*” y a propósito del segundo, “*En tanto no se restablezca la proporción, las acciones sin voto dispondrán de este derecho*”.

En estas sociedades, el ejercicio del derecho de voto de las acciones sin voto en ambos supuestos legales no puede ser modificado mediante cláusulas estatutarias.

10. OTROS DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS SIN VOTO

El artículo 102 -*Otros derechos*- LSC estatuye que: “1. *Las (...) acciones sin voto atribuirán a sus titulares los demás derechos de las ordinarias, salvo lo dispuesto en los artículos anteriores. 2. Las acciones sin voto no podrán agruparse a los efectos de la designación de vocales del Consejo de administración por el sistema de representación proporcional. El valor nominal de estas acciones no se tendrá en cuenta a efectos del ejercicio de ese derecho por los restantes accionistas (...)*”, dicción legal que permanece inalterada en el artículo 282-10 del PCM.

En consonancia con esta declaración normativa, las acciones sin voto, como verdaderas acciones que son en sentido técnico-jurídico, tienen atribuidos legalmente los demás derechos de las acciones ordinarias (derecho de suscripción preferente, derecho de información, derecho de separación....)²⁶.

²⁵ Y si ello no se consiguiese, procederá obligatoriamente la disolución societaria -art. 100.1, *in fine*, LSC-.

²⁶ Tampoco hay alteraciones en cuanto al régimen que h de seguirse cuando un cambio en los estatutos sociales pueda lesionar los derechos de los accionistas sin voto. Véanse los artículos 103. *Modificaciones estatutarias lesivas*- LSC y 251.8 -*La tutela de las clase de acciones en la sociedad anónima*- PCM. De otro lado, las acciones sin voto también se mencionan en los arts. 287-1, apartado 2 (Deber de formular una oferta pública de adquisición) y art.287-4 (Acciones sin voto y acciones rescatables no cotizadas).

11. CONCLUSIONES

Bajo la LSC, en sede de reparto de las ganancias, la prerrogativa de las acciones sin voto- con independencia del acceso a Bolsa de su sociedad emisora consiste en el derecho a obtener un dividendo preferente -anual, mínimo- que la sociedad estará obligada a acordar si existen beneficios distribuibles. En este sentido, las acciones sin tienen garantizado *ex lege* un dividendo preferente, un derecho al dividendo *stricto sensu*.

La obligatoriedad del reparto del dividendo preferente -mínimo y anual-, en caso de presencia de beneficios distribuibles y la eventual participación en el derecho al dividendo que corresponda a las acciones ordinarias, son dos los únicos derechos que sociedades cotizadas o no cotizadas deberán respetar siempre. Éstas son materias indisponibles estatutariamente.

Por el contrario, los derechos de voto- en los casos de no satisfacción, total o parcial, del dividendo mínimo y de amortización de todo el capital con voto-, de acumulación de dividendos insatisfechos y de suscripción preferente podrán ser modulados por las cláusulas estatutarias de las compañías por acciones que coticen en Bolsa.

La nueva disciplina jurídica de las acciones sin voto en la PCM sólo atribuye carácter inderogable al derecho a percibir el dividendo preferente, en caso de existencia de beneficios distribuibles o de reservas de libre disposición y al ejercicio del derecho de voto en los supuestos legalmente contemplados. Los restantes derechos inherentes al status jurídico de accionista sin voto, tal como han sido convenientemente analizados, pueden ser disponibles *ex* estatuto.

Como se viene afirmando en el PCM, y en palabras de su Exposición de Motivos, las acciones sin voto son “*privativas de la sociedad cotizada*”. El cambio producido en la disciplina jurídica de las acciones sin voto quizá pueda justificarse en la siguiente consideración: constatado, de un lado, el escaso “éxito” de emisión de acciones sin voto por parte de las sociedades anónimas españolas y, de otro, que la puesta en circulación de tales títulos tuviera lugar mayoritariamente por sociedades cotizadas, ya que exclusivamente éstas, gracias a su poderío económico, podrían soportar el obligatorio reparto anual del dividendo preferente -(anual, mínimo)- y participativo, ha influido en los redactores-autores del PCM para que el *hábitat natural* de estas acciones sin voto sea la gran compañía anónima cotizada.

LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES: APROXIMACIÓN A LAS PRINCIPALES NOVEDADES

JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ*

Resumen

La reciente reforma de la Ley de Sociedades de Capital ha afectado de forma intensa al régimen de impugnación de los acuerdos sociales, tanto a los adoptados por la junta general, como, en virtud de la remisión legal, a los adoptados por el consejo de administración. El alcance de la reforma se percibe bien partiendo de los antecedentes del asunto, básicamente anclados en el modelo procedente de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, lo que convertía al Derecho español en la materia en práctica excepción frente a la evolución de los ordenamientos comparados más significativos. El trabajo aborda una visión general, todavía de urgencia debido a la amplia dimensión de las novedades, del nuevo régimen de impugnación, a partir de esos antecedentes indicados. Las cuestiones centrales de la temática de la impugnación han sido, en efecto, notablemente afectadas: las causas de impugnación, con una distinción central entre los acuerdos impugnables y no impugnables, llena de conceptos abiertos que tardarán en concretarse; el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción, ahora unificado en un año, con la consabida excepción de los acuerdos contrarios al orden público; la legitimación para impugnar, donde se ha configurado un peculiar derecho de minoría para la impugnación por socios. Cabe señalar que la reforma en su conjunto, con una orientación inicialmente más restrictiva de la impugnación, marca una nueva frontera entre los polos clásicos en la materia (el poder legítimo de la mayoría, el interés protegible de la minoría, los límites respectivos) y necesitará de prolongado análisis y de tiempo de aplicación hasta que su verdadero alcance quede suficientemente delimitado.

Contenido

1. La situación previa y los antecedentes de la reforma: especial consideración de las propuestas del Anteproyecto de Código Mercantil en materia de impugnación de acuerdos. – 2. Los aspectos afectados por la reforma: – 2.1. Acuerdos impugnables y no impugnables. – 2.2. La caducidad y la legitimación. – 2.3. Otros aspectos no afectados u obviados por la reforma. – 3. Consideración final.

* Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid. Consejero Académico de Allen&Overy.

1. LA SITUACIÓN PREVIA Y LOS ANTECEDENTES DE LA REFORMA: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS PROPUESTAS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL EN MATERIA DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS

No deja de ser llamativo que el Derecho societario español haya mantenido vigente un modelo de impugnación de los acuerdos sociales, prácticamente sin cambios significativos, durante más de 50 años, que es el tiempo que media entre la LSA de 1951 y este último periodo de aplicación del Texto Refundido de la LSC de 2010, hasta la reciente reforma en la materia. Lo que puede resultar un tanto extraño si se admite que el régimen de impugnación constituye un elemento esencial de la arquitectura jurídica de las sociedades mercantiles al que se atribuye una relevante función en el equilibrio de intereses entre la mayoría, la minoría, la propia sociedad y los terceros. En tan prolongado espacio de tiempo, el contexto en que tal modelo se desenvuelve ha cambiado ostensiblemente, el propio modelo ha sido objeto de todo tipo de consideración doctrinal y de pronunciamiento jurisprudencial y, sin embargo, las bases con que fue construido en aquel momento cuasi fundacional del entramado jurídico societario han permanecido inalteradas en lo que respecta a la impugnación de los acuerdos de la junta general y, más aún, su alcance se ha extendido a los acuerdos del órgano administrativo, prácticamente en sus propios términos, sin distinción además entre la sociedad limitada y la anónima y, dentro de ésta, en la cerrada y en la cotizada.

Desde este punto de vista, es explicable que la reciente reforma de la LSC, aunque no se trate de un asunto directamente concernido por las recomendaciones de buen gobierno que la orientan y justifican, haya entrado con notable intensidad a modificar el sistema de impugnación prácticamente en todos los aspectos que lo integran, sin perjuicio de la valoración que merezca el resultado final.

La situación previa a la reforma era de sobra conocida. La LSC, dentro de los límites que imponía su objetivo de refundición, había acogido en los artículos 204 a 208 el texto procedente de la LSA de 1989, el que podemos considerar modelo histórico de impugnación de acuerdos en nuestro derecho. Tal modelo constituía ahora el régimen general de impugnación para las sociedades de capital, ya que la remisión expresa que anteriormente lo extendía a la LSRL se hacía innecesaria en un texto concebido para la regulación conjunta de anónimas y limitadas, sin que en este aspecto concreto existieran especialidades a mantener.

Las cuestiones que venían integrando el régimen de la impugnación (la delimitación de los acuerdos impugnables y las causas de impugnación, la caducidad de la acción de impugnación, la legitimación para impugnar, la remisión del procedimiento de impugnación a la Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez que la especialidad procesal había desaparecido al aprobarse dicha ley, y los efectos de la sentencia en el ámbito registral) se mantuvieron, pues, en sus propios términos.

Mientras tanto, se fueron acumulando antecedentes y propuestas que, de un modo u otro, han tenido influencia en la reforma actual. Bien conocidas son, en el ámbito del derecho comparado, algunas reformas (la alemana, para limitar la legitimación de “socios de última hora” que pretendieran impugnar y paralizar los

acuerdos de una junta inmediata; la italiana, especialmente, que configuraba un sistema de impugnación más restrictivo, con legitimación de minoría y no individual, con “zonas exentas” de impugnación, con acogida expresa de la prueba de resistencia, con singularidades en ciertos acuerdos de aprobación de cuentas, de variación del capital, de modificaciones estructurales, etc.), cuya influencia fácilmente se puede percibir en nuestro nuevo modelo.

En nuestro propio entorno, tomando en consideración sólo la etapa más reciente, la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, elaborada en 2002 en la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, ya contenía un régimen unificado (artículos 104 a 108, dentro de las Disposiciones Generales aplicables a los distintos tipos de sociedad) en el que se mantenían, con algunas precisiones, las líneas maestras del modelo de impugnación clásico, por entonces recogido en la LSA de 1989. Esto no obstante, el artículo 393 de aquella Propuesta incorporaba notables especialidades en la impugnación de acuerdos de la sociedad cotizada, con una peculiar extensión de la legitimación que alcanzaba a la minoría, a las asociaciones de accionistas y a la propia CNMV, en tanto supervisor, cuya iniciativa tendría acceso al Registro Mercantil como anotación preventiva y podría causar la suspensión del acuerdo impugnado, además de avalar la consideración de la impugnación como hecho relevante a los efectos de la legislación del mercado de valores.

Más próxima en el tiempo, y más intensa en el contenido, ha sido la influencia del Anteproyecto de Código Mercantil, ya preparado en la Comisión de Codificación cuando la Comisión de Expertos presentó su Informe en octubre de 2013, acompañado de un texto de reforma de la LSC, antecedente genuino e inmediato del Proyecto de Ley que ha dado lugar a la ya vigente Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. El texto de aquel Anteproyecto de Código Mercantil hubo de adecuarse literalmente, en este y en otros puntos, ya al del Proyecto de Ley emanado de la Comisión de Expertos, pero conviene llamar la atención sobre el contenido que tenía en materia de impugnación su primera versión, cuando fue editada por dos veces por el Ministerio de Justicia en julio de 2013, justamente cuando la Comisión de Expertos elaboraba su Propuesta.

El texto inicial, que entonces se presentaba como Propuesta de Código Mercantil, incluía el régimen de la impugnación de acuerdos sociales dentro del Título I del Libro II, formando parte de las disposiciones comunes a los distintos tipos de sociedad en materia de adopción de acuerdos (Sección 3ª del Capítulo IV, artículos 214-11 a 214-18). La delimitación general de los acuerdos impugnables permanecía en los términos clásicos (acuerdos contrarios a la ley, que se opongan a los estatutos y que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros), pero se contemplaba una remisión expresa a normas especiales para la impugnación de los acuerdos sobre las cuentas anuales y sobre las modificaciones estructurales de la sociedad. También se recogía en esta primera delimitación la improcedencia de impugnar acuerdos que hubieran sido dejados sin efecto o sustituidos válidamente por otros, al igual que ocurría en el derecho preexistente.

Una novedad significativa era en aquel texto la configuración de la calificación jurídica de los acuerdos impugnables. Frente al criterio tradicional (nulidad de los acuerdos ilegales y anulabilidad de los demás), la Propuesta de Código Mercantil pretendía limitar el alcance de la nulidad mediante un sistema de tasación de supuestos, contenidos en un listado cerrado y exhaustivo, en el que se integraban diversos supuestos, unos más concretos, otros más abiertos, vinculados éstos a un elemento cualificador de gravedad. De este modo, serían directamente nulos los acuerdos ficticios, los acuerdos falsos y los acuerdos adoptados por órgano pretendidamente universal al que no haya concurrido alguno de sus miembros. También lo serían los acuerdos contrarios a los principios configuradores del tipo social correspondiente, los que por su causa o contenido fueran contrarios al orden público y los adoptados sin que el asunto constara en el orden del día. En todos estos casos, una vez apreciada la concurrencia de la causa de impugnación, la nulidad operaría de forma automática. En los demás casos, la nulidad derivaría de la estimación del elemento cualificante de gravedad: la infracción grave de los requisitos legales o estatutarios para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo; la violación grave del derecho de información; la infracción de las normas esenciales de protección de los acreedores sociales; la lesión grave de los derechos del socio. Fuera de este ámbito, la anulabilidad vendría en aplicación como cláusula general, residual y abierta, para todos los demás acuerdos, con independencia de que fueran ilegales, antiestatutarios o lesivos del interés social. Se pretendía así circunscribir la sanción de nulidad a determinados acuerdos impugnables, con sus consecuencias en legitimación, caducidad y efectos, acogiendo normativamente criterios largamente asentados en la jurisprudencia recaída sobre el derecho anterior, para aportar un nivel apreciable de certeza y de seguridad jurídica.

A tal fin obedecía también la enumeración, como acuerdos inimpugnables, de las dos categorías de supuestos en torno a los cuales se había venido configurando la doctrina de la “prueba de resistencia”, dirigida a mantener o conservar el acuerdo adoptado con defectos parciales no determinantes; era el caso de la participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la válida constitución del órgano; y la invalidez de uno o varios votos, o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.

Configurado en estos términos el ámbito de la impugnabilidad, el régimen respectivo de la caducidad y la legitimación se orientaba a partir de la nueva distinción entre los acuerdos nulos y los anulables.

Para los acuerdos nulos se mantenía el plazo de caducidad de un año, con la consabida excepción de los acuerdos contrarios al orden público. Para los acuerdos anulables, teniendo en cuenta la amplia configuración de esta categoría como general, el plazo de caducidad se elevaba desde los previos cuarenta días hasta los tres meses. En ambos casos se precisaba con más detalle la cuestión del plazo, fijando con mayor precisión el “diez a quo” para el comienzo del cómputo. La regla general era la fecha de adopción del acuerdo, pero distinguiendo si éste se había adoptado en junta de socios o si lo había sido por el procedimiento escrito, que se admitía en algunos casos, ya que

entonces la fecha sería la de recepción de la copia del acta. No obstante, si los acuerdos se hubieran inscrito, también se podía tomar como fecha de inicio del cómputo del plazo la de la publicación en el BORME de los datos esenciales de la inscripción. Además de estas reglas generales, se incluía una relevante novedad para contrarrestar los eventuales retrasos en la entrega de la certificación de los acuerdos solicitada a los administradores: en ese caso, y respecto de quien hubiera solicitado la certificación de los acuerdos y de las actas de la junta, la fecha sería la de su entrega efectiva por los administradores, una vez practicada la diligencia preliminar.

En la legitimación activa aparecían algunas de las novedades de mayor alcance. Sólo en el caso de los acuerdos nulos se mantenía la tradicional legitimación individual de socios, así como la de los administradores y la de terceros que acreditaran interés legítimo; aún así, la de los socios quedaba limitada a aquellos que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, lo que permitiría impugnar a quienes se hacen socios en el periodo que va desde la convocatoria de la junta hasta su celebración, sin que se precisara más sobre los efectos de la pérdida de la condición de socio con posterioridad, estuviera o no presentada la demanda de impugnación. Por el contrario, para impugnar los acuerdos anulables quedarían legitimados, junto a los administradores, los socios anteriores a la adopción del acuerdo que no hubieran votado a favor (ausentes, disidentes con voto contrario, socios que se abstuvieron o votaron en blanco); todos en el caso de las sociedades de personas, pero sólo los que individual o conjuntamente constituyeran minoría en las sociedades de capital (la regla de minoría venía establecida en el artículo 231-23, en el contexto de los derechos de socio, con un criterio proporcional al volumen de capital), si bien los estatutos podrían reducir la porción de capital exigible. En todo caso, la restricción en la legitimación que supondría esta conversión del derecho individual en derecho de minoría respecto de la impugnación de los acuerdos anulables se compensaba con un derecho al resarcimiento del daño ocasionado a los socios no legitimados por el acuerdo impugnado. Finalmente, se establecía una condición previa para poder ejercer la legitimación cuando se pretendieran alegar defectos de forma en la adopción del acuerdo: quien hubiera tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno no podría alegarlos después como causa de impugnación.

La legitimación pasiva, por su parte, correspondía a la sociedad, y contra ella debían dirigirse las acciones de impugnación. A tal efecto, se mantenía también la regla habitual, destinada a evitar el conflicto de interés por coincidencia en la posición procesal: si el demandante tuviera la representación exclusiva de la sociedad, el juez debía nombrar entre los socios que votaron a favor del acuerdo impugnado a la persona que representaría a la sociedad en el proceso; pero la designación judicial no estaba condicionada a que la junta no hubiese nombrado a nadie al efecto, como lo estaba en el artículo 206, 3, de la LSC. Tampoco se especificaba que socios favorables al acuerdo impugnado pudieran intervenir en el proceso a su costa para mantener su validez, sin duda entendiendo que tal actuación coadyuvante ya tiene su base general en la legislación procesal.

En cuanto al procedimiento por el que debiera canalizarse la impugnación, el artículo 214-17 mantenía el criterio de remisión al juicio ordinario previsto en la Ley de

Enjuiciamiento Civil, como también la previsión de otorgamiento por el juez de un plazo razonable para hacerlo, cuando fuera posible la subsanación de la causa de impugnación. Esta opción, sin embargo, que sólo podía ser instada por la propia sociedad demandada, conforme al artículo 207 de la LSC, podría ser igualmente ofrecida de oficio por el propio juez que estuviera conociendo de la impugnación.

Por último, el artículo 214-18 de aquel texto inicial de la propuesta de Código Mercantil, bajo el rótulo “inscripción en el Registro mercantil de la sentencia o del laudo estimatorios”, que sustituía al de “sentencia estimatoria de la impugnación” del artículo 208 de la LSC, mantenía la obligación de inscribir la declaración judicial o arbitral que estime la impugnación de un acuerdo inscribible; no sólo la sentencia firme que declare la nulidad, teniendo en cuenta que el artículo 213-20 daba carta de naturaleza a las cláusulas estatutarias de arbitraje, con la polémica excepción de las sociedades cotizadas, mencionando expresamente “las impugnaciones de los acuerdos sociales por socios o administradores” como objeto posible del arbitraje estatutario. Igualmente se contemplaba la cancelación de la inscripción del acuerdo impugnado que estuviera inscrito, como efecto de la sentencia o laudo estimatorio; pero la extensión de la cancelación a otros asientos registrales posteriores se refería ahora a los que resultaran “manifiestamente contradictorios”, no simplemente contradictorios, aportando así un criterio más favorable a la conservación de actos posteriores.

Lo expuesto hasta aquí constituía el régimen general de la impugnación de acuerdos sociales, de aplicación común a los distintos tipos. Lo que no excluía algunas especialidades respecto de ciertos acuerdos o de ciertas sociedades en particular. Era el caso de ciertas modificaciones estructurales, donde se aplicaba el criterio de “impugnabilidad mínima” previsto en la fusión, y extensible a la escisión, (artículos 263-28 a 263-31 en general), y más restrictivo aún en el caso de la fusión transfronteriza y de la cesión global de activo y pasivo (artículos 263-49 y 265-14, respectivamente); y era el caso de la sociedad cotizada, donde el artículo 283-22 acogía la regla de extensión de la legitimación a la minoría, a asociación de accionistas que la represente, y al órgano supervisor, siguiendo el precedente de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 2002, antes citado.

Todavía en un momento posterior, en el proceso intermedio de adaptación de la Propuesta de Código Mercantil a la evolución que iba experimentando el Anteproyecto de reforma de la LSC en este punto, el texto inicial sufrió algunos cambios significativos hasta que, cuando aquella Propuesta tomó forma de Anteproyecto de Código Mercantil, se produjo la coincidencia total, por sustitución, con lo que entonces ya era Proyecto de Ley de reforma de la LSC en tramitación parlamentaria. Así, en el artículo 214-11 se introdujeron ya los acuerdos abusivos, como acuerdos impugnables, entendiendo por tales “los que, sin responder a una necesidad objetiva de la sociedad, se adopten por la mayoría en detrimento injustificado de los demás socios”; en el artículo 214-12 se agruparon como reglas especiales la denuncia previa y en el momento oportuno de la infracción de requisitos formales de convocatoria, constitución o adopción de acuerdos por parte de quienes hubieran asistido a la junta o al consejo, la exigencia de haber asistido a la reunión y de haber hecho constar en acta la infracción grave del derecho de información que pretendiera alegarse como causa de impugnación,

y la regla de la prueba de resistencia que llevaba a poder alegar ciertos vicios sólo si hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigida; en el artículo 214-13 se exceptuaban de la caducidad algunos de los supuestos que en el texto inicial estaban afectados de nulidad (acuerdos ficticios, falsos o adoptados por órgano pretendidamente universal al que no haya concurrido alguno de los socios, junto con los que por su causa o contenido fueren contrarios al orden público); el artículo 214-14 concretaba la minoría legitimada de socios anteriores a la adopción del acuerdo en el uno por ciento del capital, reducible estatutariamente, para la impugnación de acuerdos sometidos a plazo de caducidad, pues para los que no lo estuvieran quedaba legitimado cualquier socio, incluso aunque hubiera adquirido esa condición después de la adopción del acuerdo; el artículo 214-15 recuperaba la mención expresa a la posibilidad de que socios que votaron a favor del acuerdo pudieran intervenir a su costa para mantener su validez; el artículo 214-17, bajo el rótulo “inadmisión de la demanda de impugnación” incorporaba ahora los supuestos en que el acuerdo hubiera sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro antes de que hubiera producido efectos, pero distinguiendo si tal circunstancia se había producido antes de presentar la demanda, en cuyo caso sería causa de inadmisión o de nulidad de actuaciones si se admitiera, o después, en cuyo caso sería causa de terminación del procedimiento por carencia sobrevenida de objeto; además, el apartado segundo de este mismo artículo ofrecía una solución para el caso de “impugnación selectiva” de sólo algún o algunos acuerdos de un junta invocando causas de impugnación que implicarían la invalidez de la junta en su totalidad, disponiendo que “no se admitirá a trámite la demanda de impugnación que afecte sólo a algún o algunos de los acuerdos adoptados, y no a todos, cuando la impugnación se fundamente en la invalidez de la junta para adoptar acuerdos sobre todos los asuntos incluidos en el orden del día”; finalmente, los artículos 214-16 y 214-18 mantenían sin cambios las reglas sobre procedimiento y sobre inscripción registral de la sentencia o del laudo estimatorios de la impugnación.

Examinados los antecedentes que han podido incidir sobre la reforma del régimen de la impugnación de acuerdos, procede a continuación efectuar una sintética exposición del alcance de ésta, antes de emitir una valoración final sobre ella, en la seguridad de que el conocimiento de esos antecedentes permitirá un mejor contraste de su contenido y una mayor fundamentación de la opinión jurídica que pueda merecer.

2. LOS ASPECTOS AFECTADOS POR LA REFORMA

Tanto la orientación como los objetivos de la reforma estaban bien definidos en la exposición que precedía a la propuesta concreta en el Informe de la Comisión de Expertos. En el punto específico sobre la impugnación de los acuerdos sociales, la Comisión consideraba el asunto como esencial para la correcta configuración del gobierno de las sociedades y lo calificaba como instrumento básico para “preservar el interés social y proteger a las minorías”, a la vez que para “la seguridad del tráfico jurídico y la eficiencia empresarial”. A partir de ahí, manifestaba su sorpresa porque el modelo de la LSA de 1951 hubiera permanecido prácticamente intacto durante más de

sesenta años, manteniendo las insuficiencias que, por exceso o por defecto, lo aquejaban. El hecho de que el intento de armonización comunitaria en materia de órganos sociales hubiera quedado detenido con el fracaso de la propuesta de Quinta Directiva no había impedido la modernización del sistema en ordenamientos de nuestro entorno (se citaban los casos de Alemania e Italia), y esa era una razón añadida para proceder a una reforma que afectara al sistema español de impugnación con carácter general y no sólo para las sociedades cotizadas. En expresión literal del Informe, se trataba de “corregir los defectos y los excesos de la normativa actual, buena parte de los cuales proceden de una diferenciación artificial entre acuerdos nulos y anulables, a los que se ligaban consecuencias jurídicas muy diferentes y difícilmente justificables”.

Declaradas esas intenciones, el Informe ponía en valor la orientación de la Propuesta de Código Mercantil en la materia, principalmente en lo que podía suponer como remedio al “abuso del derecho de impugnación”, aunque la Comisión se proponía dar un paso más en esa dirección para “ampliar la tutela del interés social y la protección material de la minoría y para restringir los aspectos formales o procesales que facilitan el abuso del derecho de impugnación en detrimento de la seguridad del tráfico y la eficiencia de la organización societaria”. Tales objetivos se detallaban a continuación con una enumeración bastante precisa de las reformas a introducir: para “maximizar la protección del interés social y la tutela de la minoría”, se proponía ampliar el plazo de impugnación a un año, con obvios matices, incorporar la infracción de los reglamentos de la junta y del consejo a las causas de impugnación, extender el concepto de interés social, incorporando el abuso de mayoría, y completar la categoría de los acuerdos contrarios al orden público, incluyendo las circunstancias de su adopción junto a la causa y el contenido; para “minimizar el riesgo de uso estratégico y oportunista del derecho a impugnar”, se proponía limitar la legitimación de los socios, delimitar los supuestos de improcedencia de la impugnación por infracción irrelevante de requisitos de procedimiento, por violación no esencial del derecho de información, o cuando el acuerdo adoptado pudiera superar la prueba de resistencia en ciertos casos, y permitir que la eliminación o sustitución del acuerdo pudiera producirse también una vez presentada la demanda de impugnación.

Sobre estas bases se construyó el Proyecto de Ley de reforma de la LSC en este punto. La Sección de lo Mercantil de la Comisión de Codificación elaboró un buen número de sugerencias a la propuesta, cuando aún era Anteproyecto, así como también fueron presentadas un buen número de enmiendas con ocasión de su tramitación parlamentaria, tanto en el Congreso como en el Senado, cuando ya estuvo presentado como Proyecto de Ley, pero ni unas ni otras tuvieron incidencia significativa en lo que terminaría siendo la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, publicada en el BOE de 4 de diciembre, para entrar en vigor a los 20 días de su publicación. El Preámbulo que la precede viene igualmente a destacar, en los tres últimos párrafos de su apartado IV, aquellos mismos objetivos que el Informe de la Comisión de Expertos puso de manifiesto desde el principio.

Se trata entonces de examinar con voluntad de síntesis el resultado final de la reforma, distribuyendo su contenido en los dos ámbitos principalmente afectados: de un

lado, el que se refiere a la nueva delimitación de los acuerdos impugnables y no impugnables en el artículo 204 de la LSC; de otro, el que atañe al régimen de la caducidad y la legitimación en los artículos 205 y 206. Junto a ello, convendrá también alguna mención a los aspectos que no han sido afectados o que han sido obviados por la reforma, con el fin de disponer de una imagen más completa de su alcance, en la medida en que todo ello contribuirá a una valoración más ajustada de su orientación.

2.1. Acuerdos impugnables y no impugnables

La nueva redacción del artículo 204 mantiene formalmente las tres categorías de actos impugnables tradicionalmente conocidas: los acuerdos contrarios a la ley, los que se opongan a los estatutos y los que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Pero en tal estructura del ámbito de impugnabilidad se han introducido dos supuestos significativos.

En primer lugar, y en el mismo nivel que la infracción de los estatutos, se ha añadido la infracción del reglamento de la junta de la sociedad como fuente de impugnación. La cuestión tiene especial relevancia en el caso de las sociedades cotizadas, donde ese reglamento es obligatorio, lo mismo que ocurre en el consejo de administración, ya que también la reforma del artículo 251 hace de la infracción de su reglamento fuente de impugnación de sus acuerdos con carácter general. La aplicación práctica del nuevo supuesto planteará, sin duda, la misma casuística que venía planteando la infracción de los estatutos: no todas las normas contenidas en los reglamentos tienen el mismo carácter; las habrá más obligatorias, más dispositivas, o simplemente más orientativas; unas afectarán a aspectos más esenciales del funcionamiento de la junta, y otras a requisitos meramente procedimentales, excluidos de la impugnación (el apartado 3, a), de este mismo artículo 204 así lo establece); habrá normas reglamentarias que reproducen cláusulas estatutarias o preceptos legales; las habrá que precisan o desarrollan una regla de superior nivel; y cabrá la posibilidad de que la contradigan, planteando así una vieja cuestión de jerarquía de fuentes a efectos de impugnación. Se trata, en suma, de resolver los mismos problemas interpretativos ya conocidos, aunque ahora con una zona común especialmente relevante, porque ni la infracción de ley, ni la de los estatutos, ni, por supuesto, la del reglamento, es siempre causa de impugnación, si sólo afecta a esos “requisitos meramente procedimentales”, que en adelante habrá que distinguir de las reglas esenciales de la convocatoria, la constitución o la adopción de acuerdos.

La gran novedad en cuanto a acuerdos impugnables es, en todo caso, la introducción de los “acuerdos abusivos” dentro de la vieja categoría de los acuerdos lesivos. Afirma el texto legal, para subrayar esa relación, que “la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría”. No parece que esté tan clara esa asimilación entre acuerdos lesivos y acuerdos abusivos, si se tiene en cuenta que éstos no tienen por qué suponer lesión del interés social, que es un concepto más amplio que el de daño en el patrimonio social; de modo que puede ocurrir que la categoría de los acuerdos abusivos termine teniendo una interpretación restrictiva si su impugnabilidad

requiere de lesión en el interés social, aunque no haya daño patrimonial para la sociedad, máxime si se observa que lo relevante para su impugnación no es tanto el hecho de que el acuerdo en cuestión sea materialmente abusivo por su contenido, sino que lo que le hace abusivo es la forma en que la mayoría lo impone (“se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva...”, dice expresamente el precepto). Tal vez, por todo ello, hubiera sido preferible configurar los acuerdos abusivos como una categoría autónoma de acuerdos impugnables, diferenciada de los acuerdos lesivos, atendiendo a la definición legal que el propio artículo 204 ofrece, combinando tres elementos de compleja valoración en el caso concreto: el acuerdo no responde a una necesidad razonable de la sociedad (lo que es bastante menos que la lesión del interés social); la mayoría lo adopta en interés propio (del socio mayoritario, cuando lo haya, sin duda; pero no todos los socios que integren la mayoría, cuando sean varios, tienen por qué tener el mismo interés propio); los demás socios sufren un detrimento injustificado (es el interés de la minoría, y no el interés social, el verdaderamente lesionado). La Comisión de expertos alegaba en su informe que se trataba de proporcionar una categoría propia del “abuso societario”, que evitara a los tribunales el tener que acudir a la general del “abuso de derecho”; y aportaba algunos supuestos emblemáticos en que tal recurso se había utilizado (aumentos de capital no necesarios para la sociedad, acordados con la única intención de diluir la porción de capital de los minoritarios a través de la exclusión del derecho de preferencia; reducciones de capital con amortización, que esconden una verdadera exclusión de socios minoritarios; estrategias recurrentes de acordar reservas voluntarias, o estatutarias ad hoc, sin otra función más que justificar la negativa reiterada a repartir beneficios, etc.). Seguramente que, a ese saludable objetivo, hubiera contribuido mejor una concepción del abuso de mayoría no mezclado con la lesión del interés social, o más directamente relacionado con el interés de la minoría.

Interés especial tiene, ciertamente, el catálogo de acuerdos no impugnables, o, dicho en los términos legales, de acuerdos en que no procede la impugnación.

En primer lugar, el artículo 204, 2, mantiene el supuesto ya previsto de improcedencia de la impugnación cuando el acuerdo haya sido dejado sin efecto o haya sido sustituido válidamente por otro, fórmula que mantiene la compleja problemática asociada a la naturaleza exacta de este acuerdo de sustitución, pensado para sanar los vicios del acuerdo sustituido (si es el mismo acuerdo, corregido, convalidado, renovado, ratificado, etc.; si es un acuerdo nuevo a todos los efectos; si la sustitución debe ser total o hay margen de subsistencia a algún efecto del acuerdo anterior, etc., etc.), problemática que tiene mucho que ver con la forma en que se haya adoptado el nuevo acuerdo, o con el contenido que se le atribuya en el caso concreto. Lo que ocurre ahora es que se distingue el momento de la eliminación o la sustitución del acuerdo, por los distintos efectos procesales que acarrea: si se produce cuando el acuerdo impugnable aún no estaba impugnado, habrá una causa de inadmisión de la demanda; si la demanda ya estaba interpuesta, habrá una causa de terminación del procedimiento por desaparición sobrevinida de su objeto. Pero llama la atención el añadido final, que no estaba en el Proyecto de Ley y es fruto de una enmienda parlamentaria: “lo dispuesto se entiende sin perjuicio del derecho del impugnante a instar la eliminación de los efectos

o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor”. Lo segundo podrá obtenerse mediante una demanda de indemnización de daños y perjuicios, si es que la ejecución del acuerdo luego eliminado o sustituido válidamente por otro los produjo, entendiéndose que se trata de reclamar solamente los daños causados al impugnante y no a la sociedad; lo primero tal vez requiera de alguna suerte de “impugnación mínima”, de un cauce procesal que determine la invalidez del acuerdo, para que se puedan eliminar justificadamente los efectos que derivaron de él mientras estuvo en vigor, al menos siempre que la propia sociedad no proceda a eliminarlos motu proprio al dejarlo sin efecto o al sustituirlo, o el acuerdo no hubiera llegado a estar en vigor porque, por ejemplo, quedó aplazado o sometido a alguna condición que aún no se ha cumplido. Y, si fuera así, ya no está tan claro que la demanda no deba admitirse a trámite o que no deba terminar el procedimiento con una sentencia o un laudo arbitral que ordene, por ejemplo, la cancelación registral de una inscripción ya obtenida o de los asientos posteriores contradictorios con ella, pues es sabido que los asientos del registro están bajo la salvaguarda de los tribunales y producen sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad que, además, no perjudica los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a derecho.

Al citado supuesto de improcedencia de impugnación, se han añadido ahora, en el apartado 3 del artículo 204, cuatro casos concretos, en los que reside la principal carga de novedad. Cada uno de ellos, y especialmente los dos primeros, serán, sin duda, motivo de arduo debate, habida cuenta del conjunto de elementos valorativos y abiertos que los delimitan.

El primer caso es la “infracción de requisitos meramente procedimentales para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo”, ya sean legales, estatutarios o reglamentarios, lo que obligará a una primera distinción entre lo que es meramente procedimental en el itinerario que sigue la celebración de la reunión de la junta o del consejo, y lo que no lo es; tarea nada sencilla tratándose de órganos de naturaleza colegiada en los que la corrección jurídica del proceso con que funcionan es la garantía de la formación adecuada de la voluntad societaria. Pero es que, de inmediato, la propia regla introduce una doble excepción de alcance a los requisitos meramente procedimentales, recuperando la impugnabilidad de los acuerdos afectados por la excepción; de un lado, ni la infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, ni la relativa a las reglas esenciales de constitución del órgano, ni la relativa a las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos, constituyen infracciones de requisitos meramente procedimentales, aunque lo fueran, por expresa disposición legal; de otro lado, tampoco lo es “cualquier otra infracción que tenga carácter relevante”, lo que constituye una puerta abierta de par en par, o una especie de enmienda a la totalidad del primer postulado del precepto, que permitirá, con más o menos generalidad, atribuir carácter relevante en un caso concreto a un requisito que, en otro supuesto, podrá ser considerado como meramente procedimental. De manera que la frontera entre lo impugnabile y lo no impugnabile queda remitida en este aspecto a los pronunciamientos judiciales o arbitrales que se irán sucediendo con justificada expectación en torno al conjunto de elementos normativamente abiertos, que no son pocos (requisito meramente procedimental, regla esencial, infracción relevante).

El segundo caso es la “incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta”, lo que supone que la violación del derecho de información, en esos términos, deja de ser motivo de impugnación de acuerdos. Pero hay que tener en cuenta que aquí sólo se contempla el tratamiento de tal violación respecto del derecho ejercido antes de la junta, que, para el caso de la sociedad anónima, viene regulado en el artículo 197, 1 (solicitud de aclaraciones o informaciones sobre el orden del día hasta el séptimo día anterior a la celebración de la junta, que deben proporcionarse por escrito hasta el día de la reunión, siempre que no haya obligación de hacerlo por las amplias razones que ahora establece el apartado 3, con el límite de la petición del veinticinco por ciento del capital); porque si se trata del derecho de información ejercido verbalmente durante la junta (197, 2), la regla, no prevista en el artículo 204, hay que buscarla en el apartado 5 del mismo artículo 197, donde está formulada en términos ciertamente drásticos para los accionistas. Ahora, cualquier vulneración (sea por incorrección, por insuficiencia, por ausencia, incluso por falsedad) ya no es causa de impugnación de la junta general (seguramente se habrá querido decir que no es causa de impugnación de los acuerdos, porque cabría plantear si puede serlo de algún acuerdo en concreto, específicamente afectado por la falta de información, o por la mala información ofrecida, aunque no se impugne la junta en sí); el accionista que la solicitó sólo está facultado para exigir en todo caso el cumplimiento de la obligación de información y para reclamar los daños y perjuicios que se le hayan podido causar. Así las cosas, queda un tanto confuso el tratamiento del asunto en el caso de la sociedad limitada: la nueva regla del 204, 3, b), es indistintamente aplicable para la información previa a la junta; pero el 196 de la vigente LSC no ha recibido un apartado equivalente al 5 del 197, por lo que se podrá entender que las posibilidades de impugnación conectadas a la infracción del derecho de información ejercido verbalmente durante la junta permanecen abiertas en este tipo societario.

La improcedencia de la impugnación, en la regla común del 204, 3, b), alcanza, como se ha dicho, tanto a la incorrección, como a la insuficiencia de la información solicitada y proporcionada antes de la junta, lo que puede abarcar una amplia casuística (es incorrecta la información confusa, o la incomprendible, sesgada, etc.; es insuficiente la información parcial, o la incompleta), sin acepción de grados de mayor o menor intensidad en la incorrección o insuficiencia; pero para que haya incorrección o insuficiencia tiene que haber alguna información, de modo que una información totalmente falsa o una falta total de información no deberían quedar incluidas en el motivo genérico de inimpugnabilidad. En todo caso, como ocurre en el supuesto anterior, el propio precepto configura un ámbito de salvedad como excepción, y lo hace con una regla tan o más compleja que la antes citada: la incorrección o insuficiencia vuelve a ser motivo eficaz de impugnación de acuerdos si “la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación por parte del accionista o socio medio”. De nuevo todos los elementos que delimitan la excepción están abiertos: cuándo la información era esencial para el ejercicio de derechos de participación, qué haya que entender por ejercicio razonable, quién tiene la condición de socio medio (que

no será sólo una cuestión cuantitativa de participación en el capital, sino de perfil cualitativo, tal vez sociológico, o formativo, o de cultura accionarial, de la masa social en cada sociedad en concreto), incluso qué derechos se pueden exactamente considerar como de participación a estos efectos (¿el caso del socio que decidió no asistir a la vista de la información proporcionada?; ¿el que no otorgó representación en esa situación?, o, más aún, ¿el que no ejerció derecho de información verbal en la junta, condicionado por la información escrita proporcionada antes?, ¿el que no ejerció el derecho de voz en el debate sobre los asuntos del orden del día?, teniendo en cuenta que el precepto alude expresamente a “cualquiera de los demás derechos de participación”). Ciertamente, los criterios de “influencia esencial” y de “ejercicio razonable” están en sí mismos llamados a atemperar el alcance de la excepción en el texto legal, y la curiosidad por conocer su interpretación doctrinal y su aplicación judicial o arbitral en los casos concretos no será menor que la que suscita el supuesto anterior de improcedencia de la impugnación.

Finalmente, los dos últimos casos, acogidos en las letras c) y d) del apartado tercero del artículo 204, presentan un evidente denominador común, fruto de la consolidación doctrinal y jurisprudencial de la llamada “prueba de resistencia”, de la que constituyen genuina manifestación. Se trata de la participación en la reunión de personas no legitimadas (no socios, socios que no han cumplido los requisitos de la legitimación anticipada, socios que no alcanzaban el mínimo de asistencia, representantes falsos o aparentes con poder irregular, pero también cómputo a efectos de quórum de acciones que no deben integrarlo, etc.), o de la invalidez de uno o varios votos (votos viciados, afectados en la declaración de voluntad de la que emanan, votos de socios que debieron abstenerse por conflicto de interés, votos emitidos por quienes carecían de tal derecho, en cuanto titulares de acciones sin voto, socios morosos, votos de acciones o participaciones propias, etc.), o del cómputo erróneo de los emitidos (en más o en menos, por error material o por alteración consciente del resultado, etc.), con la natural salvedad de que aquella participación haya sido determinante para la constitución del órgano, o de que esta invalidez o este cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible; de modo que si, descontados los participantes no legitimados, o los votos inválidos, o corregido el error de cómputo, el quórum sigue siendo suficiente o, respectivamente, se sigue alcanzando la mayoría exigida, el acuerdo, superada la prueba de resistencia, debe ser mantenido y no procede su impugnación por tales motivos.

El párrafo final de este tercer apartado contiene, por fin, una regla de procedimiento con vocación de utilidad: una vez presentada la demanda, debe resolverse como cuestión incidental de previo pronunciamiento la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación, lo que podrá suponer prejuzgar sobre la decisión final estimatoria o no de la impugnación en ciertos casos. Es de suponer que el cauce procesal al respecto será el de los artículos 389 y siguientes de la LEC, aunque ofrezca algunas dudas de adecuación a este caso, pero no se ha precisado a quién corresponde plantear la cuestión incidental, si al impugnante en la demanda, o a la sociedad que debe contestarla. Y habrá que entender también que la selección de esos dos vocablos (esencial y determinante) no excluye de este trámite otros supuestos en que el texto legal utiliza diversa terminología para calificar

elementos de similar incidencia material (carácter relevante, por ejemplo), aunque no deberá extenderse a elementos del motivo de impugnación que tienen otro significado (así, el de requisito meramente procedimental, el ejercicio razonable de derechos de participación, o el concepto de socio medio) que deberán resolverse en la sentencia

2.2. La caducidad y la legitimación

La reforma en materia de caducidad de la acción de impugnación muestra bien la intención de superar la tradicional distinción, por razón de la sanción jurídica, entre acuerdos nulos y anulables; ahora sólo hay acuerdos impugnables y para todos el plazo de caducidad ha quedado igualado en un año. La única diferenciación admitida, por obvias razones, es la de los acuerdos contrarios al orden público, que ni caducan ni prescriben, sin que se entienda bien por qué se hace aquí referencia a esa doble forma de extinción del acuerdo cuando la regla general sólo contempla la caducidad y no la prescripción; pero también es cierto que esta categoría de acuerdos se ha visto ampliada, pues a su causa o contenido, como motivos de contrariedad al orden público, se ha añadido otra, de amplio alcance, como lo es “las circunstancias” en que el acuerdo se haya adoptado. El Informe de la Comisión de Expertos ejemplificaba al respecto, situando ahí el caso de los acuerdos inexistentes, que no se han adoptado, porque la junta general no se ha celebrado o ni siquiera ha sido convocada; junto a este supuesto de acuerdos ficticios probablemente habría que incluir el de los acuerdos falsos, que sí se han adoptado, pero que la documentación de la junta (el acta o las certificaciones) les hacen aparecer con un contenido distinto al que efectivamente fue objeto de la voluntad corporativa, e incluso los adoptados por órgano pretendidamente universal al que no haya concurrido, presente o representado, alguno de sus miembros. Quedaría, en todo caso, pendiente el problema que plantea esa categoría compleja y difusa de los llamados “acuerdos negativos”, en el umbral de la indefinición, esos que formalmente no lo son, o pretenden o aparentan no serlo, o carecen de contenido material en uno u otro sentido, porque están pensados justamente para evitar el pronunciamiento; es el caso de acuerdos tales como “no admitir a trámite”, “no entrar a considerar”, “no tomar en consideración”, “aplazar la decisión, dejarla sobre la mesa, o remitirla a otra junta, o a otro órgano social”, etc., con que pueden despacharse complementos de convocatoria o propuestas alternativas presentadas por la minoría, sin que quede claro cuál es el contenido que se puede impugnar, o incluso si existe formal o materialmente acuerdo susceptible de ser impugnado.

También con la reforma se ha clarificado la cuestión del cómputo del plazo, con una mayor precisión en cuanto a su comienzo. El diez a quo es la fecha de adopción del acuerdo, si lo ha sido en junta de socios o en reunión del consejo de administración, y la fecha de recepción de la copia del acta, si ha sido adoptado por escrito, sin reunión, según la forma habilitada para el consejo de administración; si el acuerdo se hubiere inscrito, y no simplemente si fuere inscribible, como decía el texto anterior de la LSC, el plazo de caducidad empezará a transcurrir desde la fecha de oponibilidad de la inscripción, conforme a la regla derivada de los principios registrales, que es la de la

publicación en el BORME, aunque la presunción de conocimiento adquiera firmeza a los quince días.

La misma orientación tiene también ahora el régimen de la legitimación, donde se han producido otras novedades significativas. La legitimación activa para impugnar acuerdos con carácter general corresponde a cualquiera de los administradores y a los terceros que acrediten un interés legítimo que, por no precisarse más, debe abarcar tanto el interés directo como el indirecto. En el caso de los socios ya no hay un derecho individual, ni su posición respecto al acuerdo (ausencia de la junta, oposición al acuerdo, constanding en acta, privación ilegítima del voto, como se exigía para los acuerdos anulables y no para los nulos) tiene incidencia. Ahora se requiere que los socios hayan adquirido esa condición antes de la adopción del acuerdo (antes de la reunión de la junta, aunque ya esté convocada) y que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital, porción específica para un derecho peculiar de minoría, que los estatutos pueden reducir (aunque no se entiende bien que el texto hable de reducción de los porcentajes, en plural, cuando solamente se menciona uno determinado). El precedente del derecho italiano se ha tomado aquí en toda su extensión, y eso hace que también se haya incorporado la previsión de que, en todo caso, los socios que no alcancen el porcentaje legal o estatutario (aquí sí es correcto el plural) tendrán derecho al resarcimiento del daño que les haya causado el acuerdo impugnado. La transformación de lo que era un derecho individual en un derecho de minoría, a pesar de que el artículo 93 de la LSC, no modificado, sigue incluyendo en la lista de derechos mínimos del socio el de impugnar los acuerdos sociales, tiene su justificación evidente en la intención de limitar el “uso estratégico y oportunista” de la impugnación por socios individuales, lo que viene a añadirse a la restricción material de la impugnabilidad en el objetivo de reducir las posibilidades de un “abuso de minoría” en el ejercicio del derecho de impugnación, como concepto amplio a contraponer al “abuso de mayoría” como causa ahora expresa de impugnación en los términos antes mencionados.

En la línea indicada, la limitación en la legitimación activa no opera frente a los acuerdos contrarios al orden público, que pueden ser impugnados por cualquier socio, incluso si ha adquirido tal condición después de la adopción del acuerdo, por cualquier administrador, o por cualquier tercero, sin mención ahora a la necesidad de acreditar interés legítimo.

La legitimación pasiva corresponde a la sociedad, que es contra quien debe dirigirse la acción de impugnación, manteniéndose la previsión de que, si el actor ostenta la representación exclusiva de la sociedad y la junta no ha designado a nadie a tal efecto, corresponde al juez que conoce de la impugnación nombrar a la persona que ha de representarla en el proceso, de entre los socios que votaron a favor del acuerdo impugnado. Estos, en todo caso, o cualquiera de ellos, pueden intervenir en el proceso, a su costa, para mantener la validez de tal acuerdo; y deberían también poder intervenir para apoyar como coadyuvantes la impugnación entablada por otro legitimado.

Finalmente, el apartado 5 del artículo 206 ha convertido en norma un requisito de legitimación activa que la jurisprudencia ya había tenido en cuenta en ciertos casos, aunque más que requisito de legitimación, tal como está formulado, se trata de una

condición previa para alegar determinadas causas de impugnación. En efecto, no puede alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo quien habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho. Obviamente, debe tratarse de defectos de forma perceptibles, de los que el impugnante pudo tener conocimiento; si no es así, porque tales defectos fueron convenientemente ocultados o eran imposibles de percibir (el administrador puede tener más acceso a ellos, pero ni el socio ni el tercero tienen una especial obligación de comprobación exhaustiva de la regularidad del procedimiento), no habrá habido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, ni se producirá la restricción de la legitimación por tal motivo, en cuanto a la limitación de las causas de impugnación a alegar como defecto de forma.

A lo expuesto hasta aquí en relación con la caducidad y la legitimación hay que añadir dos especialidades significativas: por un lado, la reforma del artículo 251 de la LSC, sobre impugnación de acuerdos del consejo de administración, para armonizar el porcentaje de legitimación de los socios (también el uno por ciento del capital, en vez del cinco por ciento anterior) y para remitir a las causas y efectos de la impugnación de acuerdos de la junta, añadiendo la infracción del reglamento del consejo como posible fundamento; por otro lado, el artículo 495, 2, ha incorporado dos importantes especialidades en la materia, como lo son la reducción al uno por mil de la fracción de capital necesaria para impugnar acuerdos de la junta o del consejo, sin especificar aquí la posible disminución estatutaria, que se podría admitir por principios generales, y la reducción del plazo general de caducidad a tres meses, con excepción expresa de los acuerdos contrarios al orden público. Además de eso, hay que tener en cuenta las especialidades que el artículo 520 contiene en cuanto al ejercicio del derecho de información en la sociedad cotizada, en la medida en que pueden tener incidencia sobre la aplicación del supuesto de improcedencia de impugnación del artículo 204, 3, b), antes examinado, lo mismo que pueden tener incidencia las especialidades que atañen a la celebración de la junta o al funcionamiento del consejo en las sociedades cotizadas a propósito de la infracción de requisitos procedimentales conforme a la letra a) de ese mismo apartado.

2.3. Otros aspectos no afectados u obviados por la reforma

Visto el alcance de la reforma, bien se puede decir que ésta ha afectado a los aspectos más significativos del régimen de la impugnación con notable intensidad, de manera que pocos asuntos han quedado al margen de ella.

Así ha ocurrido, básicamente, con los aspectos procedimentales, entendiendo por tales, a estos efectos, los previstos en los artículos 207 y 208 de la LSC, que se refieren al procedimiento a seguir (el juicio ordinario de la LEC) y a la sentencia estimatoria de la impugnación.

En relación con el procedimiento, hubiera sido útil permitir que también el juez, de oficio, y no sólo a instancia de la sociedad, pudiera otorgar un plazo razonable para subsanar el acuerdo, eliminando la causa de impugnación, cuando fuere posible. Y hubiera sido conveniente introducir alguna mención a la solución arbitral de la impugnación. En relación con la sentencia estimatoria, además de asimilar en sus

efectos el laudo arbitral, también hubiera sido interesante matizar de algún modo el alcance de las consecuencias registrales en cuanto a cancelación de los asientos posteriores contradictorios, por lo que esto afecta a la seguridad jurídica en muchos casos. Se podía haber incorporado la previsión del Anteproyecto de Código Mercantil de extender la cancelación sólo a los asientos posteriores manifiestamente contradictorios con la sentencia firme, lo que significa, aún limitadamente, un paso adelante en esa dirección.

Hay también otros aspectos que simplemente han quedado obviados, pues ni estaban previstos en la LSC, ni van a estarlo tras la reforma. Es, por ejemplo, el asunto de la impugnación selectiva de algún o algunos acuerdos, invocando causas de impugnación de conducen a la invalidez de la junta en su conjunto. De las dos opciones posibles (extender de oficio la demanda al conjunto de los acuerdos, o no admitir a trámite la demanda selectiva en ese caso), parece preferible esta segunda, más respetuosa con los principios de rogación y congruencia, que es la que el Anteproyecto de Código Mercantil contempló en algún momento. O es, finalmente, el caso de los eventuales efectos sobre el procedimiento iniciado de la pérdida de la condición de socio del impugnante, o de la pérdida del porcentaje de legitimación cuando es necesario. Ya que se ha matizado en la legitimación de socios en función del tipo de acuerdo impugnado o impugnado (socio que lo era antes de adoptarse el acuerdo, en el supuesto general; cualquier socio, incluso posterior al acuerdo, en la infracción de orden público), no hubiera estado de más resolver a la vez la otra cuestión, facilitando la continuación del procedimiento iniciado, considerando, incluso, que el socio que deja de serlo puede continuar el procedimiento como tercero (si mantiene interés legítimo en el supuesto general, en cualquier caso si alegó infracción de orden público), o contemplando una cesión de legitimación al adquirente de sus acciones o participaciones.

3. CONSIDERACIÓN FINAL

Que el sistema de impugnación de la legislación española necesitaba de una considerable actualización parece una constatación evidente. Que la reforma operada, necesaria, oportuna y conveniente, peque por exceso o por defecto, implica un juicio de valor que, dada su configuración técnica, resultaría prematuro. El sistema anterior requirió de largo tiempo, de abundante aportación doctrinal y de reiterada jurisprudencia, hasta gozar de alguna estabilidad interpretativa. No será distinto con la reforma actual, y tal vez con exigencia corregida y aumentada.

Ciertamente, la reforma efectuada es selectiva, afecta más a las causas de impugnación y a la legitimación que a otros aspectos, y un tanto desigual en ese sentido, más volcada en lo material que en lo procesal, aunque en esta materia no sea sencillo diferenciar esos dos espacios. En todo caso es una reforma amplia e intensa, de notable profundidad. Si se juzga en su conjunto, acumulando las diversas modificaciones producidas, quizá pueda hablarse más de un cambio de modelo de impugnación de acuerdos, que de una reforma del sistema precedente.

También puede afirmarse que el resultado final, en cuanto a qué se puede impugnar y quién puede hacerlo, es tendencialmente limitativo, en cuanto que pretende delimitar un nivel de restricción mayor al preexistente. Que sea razonable y proporcionado, que se consiga un equilibrio adecuado de los intereses en juego, dependerá de su aplicación en el espacio y en el tiempo, en las sociedades de capital, limitadas y anónimas cerradas, y en las sociedades cotizadas, donde las claves interpretativas no serán coincidentes.

Porque, sobre todo, esta reforma, que adolece de algunos defectos de técnica legislativa en aspectos relevantes, es sustancialmente abierta. El volumen de conceptos en blanco, de elementos indefinidos que resultarán decisivos en su valoración y aplicación, porque afectan a cuestiones esenciales de la impugnabilidad, es tal, que el margen de arbitrio concedido a los pronunciamientos judiciales o arbitrales en los próximos tiempos terminará siendo tan significativo como la propia reforma. De modo que habrá que esperar pacientemente unos cuantos años hasta ver cómo la doctrina y la jurisprudencia decantan el alcance exacto de esta reforma. Y acaso sólo entonces se pueda hacer un juicio de valor definitivo, en el que se puedan precisar cabalmente tanto sus ventajas, como sus inconvenientes.

LA PROHIBICIÓN QUE PESA SOBRE LOS ADMINISTRADORES (Y LOS CARGOS DE LA MÁS ALTA DIRECCIÓN) DE UTILIZAR SU CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR O EL NOMBRE DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL PARA INFLUIR INDEBIDAMENTE EN LA REALIZACIÓN DE OPERACIONES PRIVADAS EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL [ART 215-11.1 b)]

DRA. ISABEL RAMOS HERRANZ*

Resumen

Los administradores (de Derecho y de hecho) y los cargos de la más alta dirección de las sociedades mercantiles en aplicación del art. 215-11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil tendrán prohibido utilizar su condición de administrador o el nombre de la sociedad para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas (es decir, autocontratar). Esta prohibición alcanza a supuestos realizados a través de personas vinculadas con ellos (autocontratación indirecta). Se trata de una prohibición relativa, ya que es susceptible de autorización. Ante el incumplimiento de esta prohibición, ubicada dentro de los deberes de lealtad, responderán del daño emergente y del lucro cesante y podrán ser también responsables del enriquecimiento injusto fruto de tal incumplimiento. Las acciones (sociales o individuales) de responsabilidad son compatibles con las que pretendan obtener la ineficacia del negocio jurídico en que consiste la autocontratación.

Contenido

1. Consideraciones introductorias. – 2. La estructura del Anteproyecto de Código Mercantil en la disciplina de la prohibición de autocontratación de los administradores y la de la Ley de Sociedades de Capital antes y después de su modificación por la Ley 31/2014, de 4 de diciembre por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. – 3. Las normas del *corporate governance* y la imposición de un número elevado de obligaciones a los administradores. – 3.1. La evolución del *corporate governance*. – 3.2. Las relevantes modificaciones de la Ley de Transparencia en los deberes de los administradores de las sociedades de capital. – 4. Delimitación del contenido de la prohibición que pesa sobre los administradores de alegación del nombre de la sociedad o de la condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas. – 4.1. Introducción. – 4.2. La conducta prohibida (prohibición relativa): el autocontrato. – 5. Personas vinculadas con el administrador. – 6. Autorización al administrador para autocontratar. – 6.1. Órgano

* Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid.

competente para autorizar. Ratificación. Obligación del administrador de abstenerse de participar en las decisiones sobre el autocontrato. – 6.2. Contenido de la comunicación y de la autorización. – 6.3. Autorización general al administrador para autocontratar. – 7. La posible atribución en los estatutos fundacionales de la facultad de autocontratación al administrador [autorizando *ab initio* la actuación prohibida en el art. 215-11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil] . – 8. Las consecuencias del incumplimiento de este deber de los administradores. – 8.1. Incumplimiento. Compatibilidad de la ineficacia del negocio jurídico y el ejercicio de acciones de responsabilidad contra el administrador infractor. – 8.2 Ineficacia del negocio jurídico realizado por el administrador. – 8.3 Acciones civiles de responsabilidad contra el órgano de administración y contra las personas que tengan funciones de la más alta dirección. – 9. Conclusiones.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

1-Supone una gran satisfacción realizar este capítulo en homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Illescas Ortiz, mi maestro. Los que lo conocemos, sabemos que es un magnífico maestro y jefe, además de un excelente y brillante Profesor, abogado, arbitro, director de publicaciones, investigador y representante de los intereses españoles en organizaciones internacionales como Naciones Unidas.

2-El Anteproyecto de Código Mercantil, de mayo de 2014, ha sido el resultado de la alteración, a veces acertada y en otras ocasiones no, de la Propuesta de Código Mercantil de 2013. Esta última fruto del trabajo de bastantes años de la Comisión General de Codificación, con la participación activa del homenajeado como vocal permanente de la citada comisión.

No puedo dejar de aludir a los supuestos problemas encontrados en la Propuesta de Código Mercantil por sectores o personas interesadas en ello (me refiero en encontrarlos). Desde luego que no hay nada perfecto y todo es mejorable, con una correcta crítica constructiva. La adecuada posibilidad otorgada a distintos sectores de manifestar sus opiniones sobre la Propuesta de Código Mercantil se ha plasmado en el texto del Anteproyecto de Código Mercantil de 2014. Queda todavía por recorrer el camino de las Cortes Generales.

3-En este capítulo me ocupo del art. 215-11.1 b) del Anteproyecto de Ley Código Mercantil, que aborda la prohibición que recae sobre los administradores de las sociedades mercantiles de utilizar el nombre de la sociedad o la condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

2. LA ESTRUCTURA DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL EN LA DISCIPLINA DE LA PROHIBICIÓN DE AUTOCONTRATACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES Y LA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL ANTES Y DESPUÉS DE SU MODIFICACIÓN POR LA LEY 31/2014, DE 4 DE DICIEMBRE POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

El Anteproyecto de Código Mercantil disciplina de forma separada y en lugar diferente la prohibición de autocontratación consagrada en el art. 227 de la versión no modificada de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio¹. El art. 227 de la LSC establecía que los administradores de las sociedades de capital (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades comanditarias por acciones) no podían utilizar su nombre ni el de la sociedad para realizar operaciones por cuenta propia ni estaban habilitados tampoco para hacerlo mediante terceras personas vinculadas con ellos.

Ahora el legislador ha optado, vía Anteproyecto de Código Mercantil, primero, por disciplinar los deberes de los administradores para todas las sociedades mercantiles; y lo hace porque sigue el esquema de la malograda Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 16 de mayo 2002, elaborada por la Comisión General de Codificación. Segundo, por regular el deber (deberes) de lealtad en el art. 215-9. Y tercero, el art. 215-10 del mismo cuerpo legal incorpora las obligaciones básicas de los administradores derivadas del deber de lealtad; dentro de tales obligaciones se encuentra la de tomar las medidas necesarias para evitar encontrarse en una situación de conflicto de intereses (con el interés social y con sus deberes para con la sociedad)². Y cuarto, pasa en el art. 215-11 a disciplinar el deber de evitar situaciones de conflicto de intereses y las concretas prohibiciones derivadas de tal deber.

Dentro de estas últimas se encuentran la prohibición que analizamos en estas líneas, contenida en el art. 215-11.1 b). Cuyo texto es el que sigue:

Artículo 215-11. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés.

1. En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere el apartado e) del artículo anterior obliga al administrador a abstenerse de:

(...)

b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

La ya modificada LSC (a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo³, en adelante, Ley 31/2014) sigue el mismo esquema que el Anteproyecto de Ley de

¹ BOE nº 161, de 3 de julio de 2010.

² SCHMIDT, DOMINIQUE, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, París, Joly, 1999, p. 33, pone de manifiesto que la mejor manera de prevenir los conflictos de intereses con los propios de la sociedad es prohibir determinadas actividades o establecer incompatibilidades que recaigan sobre ciertas personas.

³ BOE nº 293, de 4 de diciembre de 2014.

Código Mercantil al regular los deberes de los administradores y está previsto que la regulación contenida fruto de la modificación pase al texto del futuro Código Mercantil, pero la pregunta es ¿cómo? y ¿dónde?, atendiendo a que la actual LSC modificada disciplina en paralelo al Anteproyecto de Código Mercantil pero para las sociedades de capital, mientras que, como hemos adelantado, el Anteproyecto de Código Mercantil lo hace para todas las sociedades mercantiles.

La LSC modificada por la Ley 31/2014 regula en el actual art. 227 las obligaciones derivadas del deber de lealtad, en el art. 228 las obligaciones básicas que nacen del deber de lealtad, entre las que se encuentra la de evitar situaciones de conflicto de intereses, para especificar en el art. 229 las concretas obligaciones que se derivan del deber de evitar las situaciones de conflicto de intereses, y allí se encuentra, en el art. 229.1 b), la prohibición de que los administradores utilicen su nombre o el de la sociedad para influir de forma indebida en la realización de operaciones privadas.

3. LAS NORMAS DEL *CORPORATE GOVERNANCE* Y LA IMPOSICIÓN DE UN NÚMERO ELEVADO DE OBLIGACIONES A LOS ADMINISTRADORES

3.1. La evolución del corporate governance

Ya antes de la LSC fue modificado el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre⁴ (LSA), mediante la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 24 de julio, del Mercado de Valores, y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas⁵ (en adelante, Ley de Transparencia). Tratando con ello de alinear nuestro ordenamiento con los nuevos aires del *corporate governance*⁶, como claramente se extrae de la Exposición de Motivos de la Ley de Transparencia, siguiendo las directrices del Grupo Winter creado en el seno de la Unión Europea (UE)⁷; senda iniciada por el Informe

⁴ BOE nº 310, de 27 de diciembre de 1989.

⁵ BOE nº 171, de 18 de julio de 2003.

⁶ Vid. el análisis del término “*corporate governance*” realizado por SALACUSE, JESWALD W., “Corporate governance, cultura and convergence: corporations American style or with European Touch?”, *European Review of Private Law*, vol. 11, issue 5, octubre, 2003, p. 472. Vid. también PROCTOR, GILES y MILES, LILIAN, *Corporate governance*, Londres, Cavendish Publishing Limited, 2002, p. 3.

⁷ Vid. sobre el Grupo Winter GARRIDO GARCÍA, JOSÉ, “El buen gobierno de las sociedades cotizadas: una perspectiva europea”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nº 1, Sección Estudios, julio-diciembre, 2007 (formato electrónico, base de datos Portal de Revistas La Ley).

Vid. acerca de la evolución del Derecho de Sociedades en Europa BAUMS, THEODOR, “El desarrollo del Derecho de Sociedades en Europa: desde la armonización centralizada hasta la *European Model Company Act (EMCA)*”, en AA.VV., *La modernización del Derecho de Sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, Tomo I, Aranzadi Thomson Reuters, 2011, p. 23-36.

Cadbury británico de 1992⁸ (y *Greenbury*, 1995, y *Hampel*, 1998⁹); y siguiendo la estela de la estadounidense *Sarbanes-Oxley Act* of 2002¹⁰, *An Act to protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws and for others proposes*¹¹.

La UE continúa con el deseo de mejorar el gobierno corporativo¹² y prueba de ello es la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo -un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas¹³. En la misma se pone de manifiesto como un gobierno corporativo eficaz conllevará que las empresas bien gestionadas, probablemente, sean más competitivas y sostenibles (a largo plazo) y que la crisis financiera ha mostrado algunas de las deficiencias significativas del gobierno corporativo, que pretende paliar con el Plan de acción, mejorando el control de la actuación de los administradores, p.e mediante la supervisión por los accionistas de las operaciones vinculadas (considerándose como tales las transacciones entre la sociedad y los administradores o las llevadas a cabo con los accionistas de control). Esta última medida se refleja en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a determinados elementos de la declaración sobre gobernanza empresarial, de 9 de abril de 2014¹⁴.

En España el camino más importante comienza con el Informe Olivencia de 1998 (Informe de la Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades) y continúa con el Informe Aldama de 2003 (Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados y en las Sociedades Cotizadas)¹⁵, el Código Unificado de

⁸ Vid. respecto del Informe Cadbury CALDER, ALAN, *Corporate Governance. A Practical Guide to the Legal Frameworks and International Code of Practice*, London and Philadelphia, 2008, p. 11 y ss. y MALLIN, CHRISTINE A., *Handbook on International Corporate Governance. Country Analyses*, 2ª ed., 2011, Edward Elgar Publishing, p. 4.

⁹ Vid. sobre los mismos y los códigos posteriores MALLIN, C. A., *Handbook on International Corporate...*, op. cit., p. 4-8.

¹⁰ Aprobada el 23 de enero de dicho año.

¹¹ Vid. HEEREN, KAI-ALEXANDER y RIECKERS, OLIVER, “Legislative response in times of financial crisis-New deal securities legislation, Sarbanes-Oxley Act and their impact on future german and EU regulation”, *European Review of Private Law*, vol. 11, issue 5, octubre, 2003, p. 625-628. Vid. también LAVELLE, LOUIS; GROVER, RONALD y BORRUS, AMY, “Governance: Backlash in the executive suite: many say reform is going too far-as activist dig in”, *Business Week*, 14 de junio, 2004, issue 3887, p. 36, que alude a lo problemas económicos derivados de la Sarbanes-Oxley Act of 2006, en concreto, a que es demasiado cara.

¹² Vid. el estudio realizado por la Comisión Europea (DG Mark) y la London School of Economics sobre la obligaciones y la responsabilidad de los administradores a lo largo de los Estados miembros de la UE: *Study of directors, duties and liability*, Londres, abril, 2013.

¹³ COM (2012) 740 final.

¹⁴ COM (2014) 213 final.

¹⁵ Vid. sobre la evolución en España, hasta el año 2005, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, JOSÉ CARLOS y DORREGO DE CARLOS, ALBERTO, “El sistema español de gobierno corporativo”, *Diario La Ley*, nº 1, sección Temas de Hoy, segundo trimestre de 2005, p. 1-4 (del formato electrónico, bases de datos Portal de Revistas La Ley).

Buen Gobierno (versión de 2006, conocido como Código Conthe; y versión de 2013) y el Estudio sobre Propuestas de Modificaciones Normativas realizado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, de 14 de octubre de 2013; pasos dados en el campo del *soft law*.

3.2. Las relevantes modificaciones de la Ley de Transparencia en los deberes de los administradores de las sociedades de capital

Una de las finalidades de la Ley de Transparencia era fomentar precisamente la transparencia en la gestión de las empresas¹⁶. Por ello la norma precitada cambio el panorama de los deberes de los administradores, extendiéndolos ampliamente, para todas las sociedades anónimas (cotizadas o no)¹⁷. Introduciendo un art. 127 *bis* en la LSA, relativo a los deberes de fidelidad de los administradores, que consisten en que en el cumplimiento de sus deberes velen por el interés social (de la sociedad y de los socios)¹⁸, entendiéndose claro está que tal interés primará frente al propio. Como consecuencia de la misma reforma se crea el art. 127 *ter* en la LSA, que regula los deberes de lealtad¹⁹, estableciendo como primero de ellos el que es objeto de este trabajo: la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad o la condición de administrador en operaciones por cuenta propia o realizadas por personas vinculadas con el administrador²⁰.

El Informe Aldama²¹ señala que no bastaba con la autorregulación para disciplinar los deberes de los administradores, se requería intervención legislativa. Alude a que ya el Informe Olivencia llamó la atención sobre la importancia de los deberes de lealtad de los administradores para garantizar una adecuada transparencia. Destacando que la seguridad en los mercados exige no solamente que los inversores tengan confianza en que el valor producido por la empresa se distribuye correctamente

¹⁶ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. y DORREGO DE CARLOS, A., “El sistema español..., op. cit., p. 7 (del formato electrónico), critican la regulación de la Ley de Transparencia, al precisar que existe falta de rigor y precisión al definir los distintos tipos de deberes de los administradores y que la extensión a todo tipo de sociedad anónima no es adecuado.

PAZ-ARES, CÁNDIDO, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *InDret*, working paper nº 162, octubre, 2003, p. 3, establece que uno de los elementos relevantes del gobierno corporativo es la instauración de un sistema de responsabilidad de los administradores efectivo, junto con una adecuada definición de sus deberes fiduciarios. En el mismo sentido se pronuncia el autor en *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Madrid, Centro de Estudios, del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007, p. 12.

¹⁷ MARTÍ MARTÍ, JOAQUIM, “El ejercicio de la acción de responsabilidad del administrador societario”, *Diario La Ley*, nº 6183, sección doctrina, 4 de febrero de 2005, p. 1 (del formato electrónico, base de datos Portal de Revista La Ley), destaca que es curioso que la reforma de los deberes de los administradores para todas las sociedades anónimas se realice mediante una norma titulada “sociedades anónimas cotizadas”.

¹⁸ Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS, *Derecho de Sociedades*, vol. I, Tirant lo Blanch, 2010 (epígrafe VII.II del formato electrónico, bases de datos Tirant on Line).

¹⁹ Vid. sobre el deber de lealtad (el autor alude indistintamente al deber de fidelidad o lealtad) PORTELLANO DÍEZ, PEDRO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Madrid, Civitas (Estudios de Derecho Mercantil), 1996, p. 22-25.

²⁰ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de Sociedades*, op. cit., epígrafe VII.II del formato electrónico, base de datos Tirant on Line, critica la norma por considerar que la calidad técnica de la definición es mejorable.

²¹ Epígrafe III.

sino que también es de suma relevancia que los administradores y los accionistas de control no obtengan beneficios excesivos de su trabajo y participación en el capital, y el tratamiento más conveniente está en la regulación del conflicto de intereses.

3-La doctrina ha considerado que el art. 127 *ter* de la LSA concretaba el deber de diligente administración consagrado en el art. 127.1 de la LSA, particularmente el deber de operar como un administrador leal²².

4. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE LA PROHIBICIÓN QUE PESA SOBRE LOS ADMINISTRADORES DE ALEGACIÓN DEL NOMBRE DE LA SOCIEDAD O DE LA CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR PARA INFLUIR INDEBIDAMENTE EN LA REALIZACIÓN DE OPERACIONES PRIVADAS

4.1. Introducción

El art. 215.11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil establece que el administrador no podrá alegar el nombre de la sociedad ni su condición de administrador para influir indebidamente en operaciones privadas. Hemos de entender, además, que esta prohibición se extiende a operaciones que realicen personas vinculadas con él y, atendiendo al art. 215-21 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, se ensancha el campo de los afectados por los deberes y la responsabilidad ante su incumplimiento, alcanzando a las personas que tengan un cargo de la más alta dirección (con independencia de la denominación utilizada para el cargo) siempre y cuando, habiendo consejo de administración, no se hayan delegado permanentemente funciones a favor de uno o varios consejeros delegados. Y se trata de una disposición normativa que se aplica a todas las sociedades mercantiles.

Realmente nos encontramos tanto ante una prohibición de incumplimiento de un deber de lealtad que pesa sobre el administrador como ante una vía para evitar un supuesto de conflicto de intereses entre los de la sociedad y los del administrador²³. El administrador ha de primar el interés social (el de la sociedad y los socios) frente al propio porque de este modo ejercerá adecuadamente su cargo. En tal sentido se pronuncia la SAP de de Barcelona, de 3 de septiembre de 2009²⁴, fundamento jurídico tercero²⁵ y el Código Unificado de Buen Gobierno, versión de 2013, que tiene un criterio particular respecto del concepto de interés social²⁶.

²² FARRÁN FARRIOL, J., *La responsabilidad de los administradores en la administración societaria*, Bosch, 2004.

²³ Vid. en este sentido también RIBAS FERRER, VICENÇ, “Art. 227. Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador”, en ROJO, ÁNGEL Y BELTRÁN, EMILIO, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. II, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 1627.

²⁴ N° de sentencia 284/2009.

Vid. también SAP de Cáceres (Sección 1ª) de 29 de abril de 2010 (sent. n° 175/2010).

²⁵ Resolviendo sobre la aplicación del precedente normativo del art. 227 LSC, el art. 127 *ter* de la LSA, alude a que se regula una situación de conflicto de intereses en la que el administrador debe anteponer el interés social al suyo propio.

²⁶ Que es la que sigue:

“A la hora de concretar el significado de este concepto, el Código opta por una interpretación

El administrador, en el ejercicio de su cargo (desarrollando funciones de gestión y representación de la sociedad) tiene conocimiento de información relevante que no puede utilizar en beneficio propio precisamente para velar por el interés social. En muchos casos incluso el administrador cuenta con una información que no tienen ni la sociedad ni los socios.

El Estudio sobre Propuestas de Modificaciones Normativas realizado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, de 2013, acertadamente, ubica expresamente este deber dentro del relativo a evitar conflictos de intereses (propuesta de nuevo art. 229 de la LSC) y así ha pasado a la LSC modificada por la Ley 31/2014 (arts. 227 y ss del texto actual de la LSC)²⁷; también lo hace el Anteproyecto de Código Mercantil, como sabemos, en el art. 215-11.1 b) [en relación con el art. 215-10 e)]²⁸; anteproyecto que tiene en cuenta precisamente las recomendaciones dadas por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo. El mismo enfoque (disciplina dentro del conflicto de intereses sociedad-administrador) se da en el Derecho británico, en la Sección 177 de la *Companies Act* 2006; se impone el deber de comunicar una situación de conflicto de intereses²⁹ cuando los administradores pretenden realizar negocios con la sociedad; se enmarca dentro de los deberes fiduciarios³⁰ de los administradores³¹.

contractualista, que pone el énfasis en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común. Considera esta opción la más adecuada para un ejercicio efectivo y preciso de responsabilidad y la que mejor responde a las expectativas de los inversores, ante quienes, a la postre, ha de rendir cuentas el Consejo. Por ello aconseja que el objetivo último de la compañía y, por tanto, el criterio que presida la actuación del Consejo sea la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa. Frente a otras interpretaciones más amplias del “interés social”, ésta parece preferible, porque proporciona al Consejo y a las instancias ejecutivas sujetas a su supervisión una directriz clara que facilita la adopción de decisiones y su evaluación.”

Y matiza del siguiente modo:

“Nada de esto significa que los intereses de los accionistas hayan de perseguirse a cualquier precio, sin tener en cuenta los de otros grupos implicados en la empresa y los de la propia comunidad en que se ubica. El interés de los accionistas proporciona una guía de actuación que habrá de desarrollarse respetando las exigencias impuestas por el Derecho (por ejemplo, en normas fiscales o medio-ambientales); cumpliendo de buena fe las obligaciones contractuales, explícitas e implícitas, concertadas con otros interesados, como trabajadores, proveedores, acreedores o clientes; y, en general, observando aquellos principios de responsabilidad social que la compañía haya considerado razonable adoptar para una responsable conducción de los negocios.”

Vid. ESTEBAN VELASCO, GAUDENCIO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Madrid, Civitas-Fundación Universidad-Empresa, 1982, p. 582-594, que analiza el interés social como pauta para tomar las decisiones dentro los órganos sociales y como pauta de conducta de sus miembros, y analiza las diversas teorías en torno al concepto de interés social. Vid. sobre el interés social (en la impugnación de los acuerdos sociales de la junta) RAMOS HERRANZ, ISABEL, “El reglamento de la junta general en las sociedades anónimas cotizadas”, *RDM*, nº 255, enero-marzo, 2005, p. 214.

²⁷ Para las sociedades de capital: las sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades comanditarias por acciones.

²⁸ En este caso para todas las sociedades mercantiles.

²⁹ BIRDS, JOHN; BOYLE, A. J.; CLARK, BRYAN; MACNEIL, IAIN; McCORMACK, GERAD; TWIGG-FLESNER, CHRISTIAN y VILLIERS, CHARLOTTE, *Boyle & Birds, Company Law*, 6ª ed., Bristol, Jordans, 2007, en las p. 635-636, analizan el concepto “interés” en el Derecho británico.

³⁰ Vid. sobre los deberes fiduciarios MAKOVSKI, ROBERT, “How loyal do I have to be? Fiduciary duties of companies, directors in English Law”, *Common Law Review*, vol. 8, issue 9, primavera, 2008, p. 17-18. Vid. BIRDS, J.; BOYLE, A. J.; CLARK, B.; MACNEIL, I.; McCORMACK, G.; TWIGG-FLESNER, C. y VILLIERS, C., *Boyle & Birds, Company Law*, op. cit., p. 606-609.

4.2. La conducta prohibida (prohibición relativa): el autocontrato

A la hora de determinar qué es lo que está regulando exactamente el art 215.11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil hemos de seguir la interpretación de la postura doctrinal que ha primado al estudiar el antiguo art. 227 de la LSC (antes de la modificación llevada a cabo través de la Ley 31/2014). De acuerdo con dicha doctrina, se sostiene que disciplina la autocontratación³² entre el administrador (actuando por cuenta propia) y la sociedad (en este último caso realizando sus funciones de

³¹ Y hay que destacar que en el Derecho británico dichos deberes se disciplinan en una norma de Derecho Positivo por primera vez a través de la *Companies Act 2006*.

Antes los administradores se sometían al sistema del *common law* y de los *statutory duties*. Via que, como ha manifestado la doctrina, era difícil en su interpretación y a la vez conflictiva. Vid. ATTENBOROUGH, DANIEL, “The Company Law Reform Bill: an analysis of directors, duties and the objective of the company”, *The Company Lawyer*, vol. 27, nº 5, p. 162, nota 3; de modo que la nueva regulación (codificación) en la *Companies Act 2003* supone una claridad necesitada, teniendo en cuenta que la ignorancia del Derecho aplicable había llevado a los administradores a reiterados incumplimientos (vid. págs. 163 y 166 de la misma obra).

Vid. también FRENCH, DEREK; MAYSON, STEPHEN y CRISTOPHER, RYAN, *Company Law*, Oxford, Oxford Press, edición 2010-2011, p. 471; SEALY, LEN y WORTHINGTON, SARAH, *Sealy & Worthington, s Cases and Materials in Company Law*, 10ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 309; ASHRAF, TAHIR, “Directors’ duties with a particular focus on the Companies Act 2006”, *International Journal of Law and Management*, vol. 54, issue 2, p. 126; MAKOVSKI, R., “How Loyal Do I Have to Be?..”, p., op. cit., p. 18 y THE DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY (de Reino Unido), *Company Law Reform*, marzo de 2005, p. 20.

³² Vid. SEOANE DE LA PARRA, MIGUEL, “La autocontratación en materia de sociedades”, <http://www.registradoresdemadrid.org/revista/3/Cuestiones-Derecho-Mercantil/LA-AUTOCONTRATACION-EN-MATERIA-DE-SOCIEDADES.aspx> (página visitada el 01-05-2014); establece que “La autocontratación, en un sentido estricto, existe cuando una persona interviene en nombre propio y además, en nombre y representación de la sociedad a la que representa; ejemplo: el administrador de una sociedad que compra un inmueble de la misma y en la escritura de compraventa interviene en su propio nombre -como comprador- y en nombre y representación de la sociedad -vendedora-, como administrador de la misma”.

Vid. también PÉREZ RAMOS, CARLOS, “El autocontrato en las sociedades mercantiles”, *Actum Mercantil & Contable*, nº 19, abril-julio, 2012 (en formato electrónico en <http://blog.efl.es/articulo-doctrinal/el-autocontrato-en-las-sociedades-mercantiles>; acceso realizado el 7 de mayo de 2014). El autor estima que, en un sentido descriptivo, existe autocontrato o contrato consigo mismo si en un negocio jurídico una de las partes es representada por una persona que al mismo tiempo interviene en su propio nombre y derecho como contraparte (autocontrato); o bien cuando ambas partes contratantes son representadas por la misma persona (doble representación); o en el caso de un contrato plurilateral la representación de varias partes se lleva a cabo por una misma persona (múltiple representación). Aportando ejemplos:

“Vamos a verlo en unos ejemplos. Habrá autocontrato en sentido estricto cuando un administrador único interviene en una escritura de compraventa como vendedor y al mismo tiempo interviene en su propio nombre y derecho como comprador.

“En cambio, se dará la doble representación cuando en una escritura de compraventa intervenga una misma persona como administrador único de la parte vendedora y como administrador único o apoderado de la parte compradora. Por último la múltiple representación se dará por ejemplo, en un contrato constitución de una sociedad limitada cuando una misma persona interviene en su propio nombre y derecho y representación de los demás socios.”

Siguiendo con el contenido del término autocontratación, vid. ESTRUCH ESTRUCH, JESÚS, “Eficacia e ineficacia del autocontrato”, *ADC*, nº LXVI-III, julio, 2013, p. 1, que señala que “En una primera aproximación, y sin perjuicio de ulteriores precisiones, podríamos decir que se producirá una situación de autocontrato en aquellos supuestos en los que una persona con su sola voluntad pueda vincular a dos o más patrimonios o centros de intereses diversos, que se encuentran en una situación económica de confrontación o colisión, de tal manera que necesariamente el beneficio de uno se tenga que obtener a costa o en detrimento del otro”.

representación), de un lado, o supuestos de contratación entre la sociedad y terceros, estando estos terceros vinculados con el administrador³³, de otro.

El administrador no puede, salvo que sea autorizado (al tratarse de una prohibición relativa), contratar con la sociedad actuando por cuenta propia. Y tampoco podrá hacerlo a través de terceras personas. Y se prohíbe porque estaría utilizando su posición para obtener un beneficio personal, al margen del interés social³⁴. Ya el Informe Olivencia³⁵, al estudiar los deberes de lealtad de los consejeros, establecía que una regla básica para el correcto tratamiento del conflicto de intereses es que se limiten y establezcan cautelas especiales ante transacciones profesionales o comerciales, directas o indirectas, entre el consejero y la sociedad, atendiendo a que pueden ser operaciones peligrosas para el interés social.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo -un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas³⁶ llama la atención sobre la necesidad de mejorar la supervisión por los accionistas de las transacciones vinculadas. Entiende la Comisión que tienen lugar transacciones vinculadas cuando la sociedad contrata con sus administradores o con sus accionistas de control; en estos casos estima que pueden causarse perjuicios a la sociedad y a sus accionistas minoritarios, al ofrecer a partes vinculadas la posibilidad de apropiarse de valores que pertenecen a la empresa; por lo que las salvaguardias adecuadas son esenciales para proteger los intereses de los accionistas. No bastando con las normas al respecto de la UE, que exigen a las sociedades que incluyan en sus cuentas anuales una nota sobre las transacciones entabladas con partes vinculadas, señalando el importe y la naturaleza del negocio (junto con otros datos); la Declaración del Foro Europeo de Gobierno Corporativo sobre transacciones con partes vinculadas para las sociedades cotizadas, de 10 de marzo de 2011³⁷, propuso que las transacciones de este tipo que superen un umbral fijado se evalúen por un asesor independiente y las operaciones más importantes de tal naturaleza se aprueben por los accionistas.

Todo ello lleva a la Comisión a proponer en la precitada comunicación que se refuerce el control de los accionistas sobre las transacciones con partes vinculadas,

³³ RIBAS FERRER, V., “Art. 227. Prohibición de utilizar...”, op. cit., p. 1627; PÉREZ RAMOS, C., “El autocontrato...”, op. cit.

³⁴ HERRANDO DEPRIT, MIRIAM, “Sobre el autocontrato. Criterios de la DGRN”, *El Notario del siglo XXI*, <http://www.elnotario.es/index.php/137-hemeroteca/revistas/revista-2/3306-sobre-el-autocontrato-criterios-de-la-dgrn-0-8537408642971337> (visita realizada el 9 de mayo de 2014), precisa que “*En principio, en la jurisprudencia, hoy en día, no hay razones para negar la posibilidad de que una persona represente a las dos partes de un mismo negocio jurídico, como forma lícita y simplificadora del propio negocio jurídico. Por tanto, y desde una perspectiva de derecho privado (recuérdese el artículo 1.255 del código civil), la figura del autocontrato debería estar permitida.*”

Sin embargo, la admisión de la autocontratación es excepcional, y ello es así, no por razones conceptuales (como ha puesto de relieve la Resolución de 21 de mayo de 1993), sino por razones de estricta justicia, es decir, para evitar perjuicios a los intereses del representado, cuando el representante tiene que defender intereses contrapuestos.”

³⁵ Epígrafe 8.2. Conflictos de intereses.

³⁶ P. 10 y 11

³⁷

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/ecgf_related_party_transactions_en.pdf.

abogando por una iniciativa de la UE, y planteando como vía posible una modificación de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas³⁸. Y así ha sido, como se refleja en la Propuesta de Directiva de modificación de la precitada Directiva, de 9 de abril de 2014, que incorpora un nuevo art. 9 *quater*, e impondrá que las sociedades cotizadas sometan a la aprobación de los accionistas las transacciones con partes vinculadas que supongan más de un 5 por ciento de sus activos o puedan implicar un impacto significativo en los beneficios o el volumen de negocios, de modo que no se permita la celebración sin su aprobación³⁹.

Alcanza a supuestos en los que el administrador es el que directamente representa a la sociedad en el contrato que realiza entre esta y él (y en tal caso se entendería que “utiliza el nombre de la sociedad”), o cuando se den operaciones indirectas⁴⁰, en las que el administrador contrata con la sociedad pero no actúa como representante de la misma sino que el contrato se lleva a cabo con otro administrador o con un representante de la sociedad de otro tipo (un apoderado), bien porque el administrador beneficiado carezca de poder de representación o porque no actúa como administrador representando a la sociedad en esa operación (estaría “alegando la condición de administrador”, ilícitamente para obtener un beneficio personal, influyendo en los otros administradores o en otro tipo de representantes de la sociedad)⁴¹.

³⁸ DOUE L 184, de 14 de julio de 2007.

³⁹ Estableciendo también que las sociedades cotizadas habrán anunciar públicamente, particularmente en el momento de su celebración, las transacciones con partes vinculadas que posean menor envergadura pero que representen más del 1 por ciento de sus activos. Y tendrán que presentar a la vez un informe de un tercero independiente en el que se produzca un análisis acerca de si la transacción tiene lugar en condiciones de mercado y que confirme que se trata de una transacción justa y razonable analizándolo desde el punto de vista de los accionistas.

⁴⁰ RIBAS FERRER, V., “Art. 227. Prohibición de utilizar...”, op. cit., p. 1628.

⁴¹ Se pronuncia en contra PÉREZ RAMOS, C., “El autocontrato...”, op. cit., que estima que el supuesto típico de autocontrato se da cuando el órgano de administración contrata con la sociedad actuando en nombre propio y representando a la vez a la misma. De modo que cuando el administrador contrata en nombre propio con la sociedad pero lo hace a través de otro administrador con poder suficiente no se produce un supuesto de autocontrato ilícito, porque no hay conflicto de intereses, pues desaparecería el riesgo de parcialidad y lesión; y siguiendo este argumento entiende que no se precisa autorización para celebrar un contrato entre un administrador solidario que actúa en nombre propio con otro administrador solidario que represente a la sociedad; del mismo modo que no se requiere autorización para la contratación en los casos en los que se necesita la firma de dos de los tres administradores mancomunados si uno de ellos interviene en nombre propio y los otros dos mancomunados en nombre de la sociedad; en el caso concreto del consejo de administración, si este, lógicamente representando a la sociedad, contrata con uno de los consejeros (que actúa en nombre propio) estaríamos ante un negocio admisible, requiriendo, a juicio del autor, que en la votación sobre dicho negocio se suspenda el derecho de voto del consejero que actúa en nombre propio al estar en una situación de conflicto de intereses (aplicando analógicamente el antiguo art. 52 de la LSRL, actual art. 190 LSC).

El mismo autor trata separadamente los casos en los que estamos ante un representante voluntario y no un representante orgánico. En los supuestos en los que el representante voluntario representando a la sociedad contrata con el administrador actúa en nombre propio, entiende que, en principio, no hay dos voluntades distintas pero que, siguiendo a ÁVILA NAVARRO (en “La sociedad limitada”, Tomo I. *Constitución. Estatutos. Aportaciones. Participaciones. Junta General. Administración*, Bosch; obra citada por el autor) y las RRDGRN de 21-05-92 y de 02-12-98, hay que diferenciar entre:

-Los casos en los el poder del representante voluntario depende en origen del administrador que actúa en nombre propio (es decir, el administrador lo nombró), mantenimiento (podría revocar el poder

El legislador, al disciplinarlo en un artículo diferente y específico, quiere diferenciar este supuesto [el del art. 215-11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil] de la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio [regulada en el art. 215-11.1 d) del Anteproyecto de Código Mercantil]⁴².

5. PERSONAS VINCULADAS CON EL ADMINISTRADOR

El equivalente al antiguo art. 127 de la LSC, el art. 215-11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil, no alude de forma expresa a que la prohibición de autocontratar se extiende a personas vinculadas con el administrador beneficiado por la operación, sin embargo, no podía omitirlo y acertadamente lo incluye para todas las obligaciones derivadas del deber de evitar situaciones de conflicto de intereses en el art. 215-11.2 del Anteproyecto de Código Mercantil.

La prohibición de la realización de operaciones con la sociedad a través de personas vinculadas con los administradores tiene su razón de ser en que también se daría autocontratación⁴³; se trata de una medida de cautela para evitar la autocontratación indirecta.

Así, se consideran personas vinculadas con los administradores las señaladas en el art. 215-13 del Anteproyecto de Código Mercantil, y estamos ante una lista cerrada⁴⁴. Son en concreto, diferenciando entre los administradores personas físicas y los administradores personas jurídicas, las siguientes:

a) Si el administrador es una persona física serán consideradas personas vinculadas:

-El cónyuge del administrador⁴⁵. Al igual que personas unidas por análoga relación de afectividad, y entendemos que alude con ello a las parejas de hecho y

cuando quiera) o en su ejercicio (el apoderado debe atenerse a las instrucciones del antedicho administrador): existe un relación de subordinación debido a que el administrador que actúa en nombre propio y que nombró al representante voluntario puede controlar el negocio. Entendiéndose que sería un supuesto asimilable al autocontrato. Se daría la mencionada situación de dependencia cuando el representante voluntario contrata con el consejero delegado, el administrador único o uno de los administradores solidarios.

-Y aquellos en los que el poder del representante voluntario que contrata con el administrador no se somete a la dependencia señalada en el párrafo precedente (contratación entre el representante voluntario y un miembro del consejo de administración; entre el representante voluntario y uno de los administradores mancomunados): no se sometería el contrato al régimen de prohibición inicial del autocontrato.

⁴² Vid. en este sentido también RIBAS FERRER, V., "Art. 227. Prohibición de utilizar...", op. cit., p. 1629.

⁴³ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., "Eficacia e ineficacia...", op. cit., p. 1009-1010.

⁴⁴ En este sentido, DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ LUIS, *Deberes y responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2006, p. 183, que añade, a nuestro entender erróneamente, que lo más adecuado hubiera sido seguir el Proyecto remitido por el Gobierno, es decir, no incorporar esta norma, de modo que fueran los operadores jurídicos, los jueces en último lugar, quienes determinarían las personas que tienen que considerarse vinculadas (con el administrador).

⁴⁵ PÉREZ RAMOS, C., "El autocontrato...", op. cit., de forma desacertada, entiende que en los casos en los que se adquiere indirectamente no habría autocontrato. Aludiendo a una SAP de Cádiz de 28 de julio de 2005, en la que un administrador único vendió en nombre de la sociedad un bien a su esposa para su sociedad de gananciales; estima que no habría autocontrato en sentido estricto pero que se podría atacar el

también a las parejas que conviven en el mismo domicilio sin haber contraído matrimonio. En el caso resuelto en la STS de 19 de febrero de 2001⁴⁶ se produjo una venta a la actora de parcelas de dos urbanizaciones que eran propiedad de la sociedad Urbanizaciones V., S.A, y los contratos fueron concluidos por el esposo de la actora, que actuó en nombre y por cuenta de la mencionada sociedad; el TS estima que ya se ha pronunciado sobre un supuesto sustancialmente idéntico en STS de 7 de octubre de 1987, entendiendo que estas situaciones van en contra de la prohibición del art. 1459 del C.c y tal criterio ha de mantenerse porque en caso contrario se iría en contra de la finalidad de tal prohibición, que no es otra que evitar que el patrimonio encargado de vender pueda enriquecerse en perjuicio del mandante; reconociendo que quien compra es persona distinta pero la adquisición se lleva a cabo para la sociedad de gananciales de ambos y si no se sancionara se permitiría un fraude de ley, dando eficacia jurídica a la compra de la esposa basándose en que su personalidad es diferente de la de su esposo⁴⁷.

-Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador al igual que los del cónyuge del administrador. Entendemos que esta prohibición habría de extenderse a los ascendientes, descendientes y hermanos de la persona unida por similar relación de afectividad con el administrador que el cónyuge.

-El legislador hila fino, ya que extiende la prohibición a los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador.

-También las sociedades en las que el propio administrador (o a través de persona interpuesta) se encuentre en alguno de los supuestos establecidos en los arts. 291-3 a 291-5 del Anteproyecto de Código Mercantil. Estas normas disciplinan, primero, a los grupos por coordinación; el art. 291-3 del Anteproyecto de Código Mercantil regula los supuestos en los que entra en juego la presunción legal de control de una sociedad (sociedad dominante) por otra (sociedad dependiente)⁴⁸, cuando concurren algunas de las situaciones que siguen:

- . Que posea la mayoría de los derechos de voto.
- . Que tenga la potestad de nombramiento o destitución de la mayoría de los miembros del órgano de administración.

negocio alegando que existe conflicto de intereses o que estamos ante un caso contemplado en el art. 1459 del C.c, que no permite que el mandatario por sí solo o mediante persona interpuesta compre un bien del mandante. La postura es errónea porque el art. 227 LSC extiende la prohibición a las personas vinculadas con el administrador, incluyendo entre las mismas al cónyuge del administrador.

⁴⁶ Id. Cendoj 28079110012001101470.

⁴⁷ Vid. también STS de 28 de marzo de 2000, id. Cendoj 28079110012000101433, en la que una persona física era socia mayoritaria y administradora única de una sociedad anónima, siendo a su vez socia constituyente, administradora única y titular del 99% de las participaciones en las que estaba dividido el capital social de una sociedad de responsabilidad limitada que tenía el mismo objeto social; dicha persona física celebró un contrato de arrendamiento de estación de servicios entre dos sociedades, actuando a la vez como representante legal de la sociedad arrendadora (la referenciada sociedad anónima) y la sociedad arrendataria (en este caso la sociedad de responsabilidad limitada precitada). El TS confirmó la nulidad del contrato determinada en primera y segunda instancia.

⁴⁸ Aclara el legislador en el propio Anteproyecto de Ley que, a los efectos de este artículo, a los derechos de voto de la entidad dominante se sumarán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependiente o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

. Que pueda disponer, por aplicación de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

. Que haya nombrado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, y que estos desempeñen su cargo en el momento en que tengan que formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Será presumirá tal circunstancia si la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada son miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta última.

. Si una sociedad ha incluido en la denominación elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio o registrado a nombre de esta o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo.

. Cuando una sociedad hace constar en la documentación o en cualquier clase de publicidad que forma parte del grupo.

Segundo, se regulan los grupos por coordinación (art. 291-4 del Anteproyecto de Código Mercantil), estableciendo que la disciplina de los grupos de sociedades en el capítulo I del Título IX del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, siempre que proceda, se aplicará a los grupos por coordinación⁴⁹.

b) Si se trata de administradores personas jurídicas, son personas vinculadas las que figuran seguidamente:

-Los socios que se estén, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones de subordinación o coordinación contempladas en las disposiciones generales de los grupos de sociedades, a la que hemos aludido en la líneas inmediatamente precedentes en este capítulo.

-Los administradores, de Derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica.

-De igual forma, las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios.

-Y las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de acuerdo con los que hemos señalado previamente.

La SAP de Sevilla de 15 de noviembre de 2013⁵⁰ aclara, acertadamente, que en el caso de que se utilicen personas vinculadas con los administradores para incumplir los deberes de los administradores, en concreto el que nos ocupa en este trabajo (la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad o alegar la condición de administrador

⁴⁹ Es decir, a los supuestos en los que dos o más sociedades independientes operen coordinadamente entre ellas bajo un poder unitario y común de dirección.

El art. 291-5 del Anteproyecto de Código Mercantil, al que se refiere también el Anteproyecto al disciplinar las personas vinculadas con el administrador señala que, a los efectos de pertenencia de una sociedad española a un grupo de sociedades, ya se trate de una sociedad dominante o dominada, se aplicará la ley española. Matizando que se van a someter a tales normas del Anteproyecto de Código Mercantil:

-Si la sociedad española es la sociedad dominante: los deberes de información y de consolidación contable.

-La segregación a favor de una o varias filiales extranjeras de activos industriales o comerciales esenciales de la explotación, siéndoles de aplicación las normas sobre modificaciones estructurales.

-Si la sociedad española es la sociedad dominada, la protección de los socios externos y de los terceros.

⁵⁰ N° de sentencia 541/2013.

para llevar a cabo operaciones por cuenta propia o mediante personas vinculadas con él; entendida como la prohibición de autocontratar), podrá accionarse contra el administrador, exigiéndole responsabilidad (frente a la sociedad, los socios o terceros) pero no contra la persona vinculada con él, que podrá incurrir en algún otro tipo de responsabilidad si llevar a cabo un comportamiento irregular, pero no responder como si fuera administrador frente a un tercero en lugar del administrador.

6. AUTORIZACIÓN AL ADMINISTRADOR PARA AUTOCONTRATAR

6.1. Órgano competente para autorizar. Ratificación. Obligación del administrador de abstenerse de participar en las decisiones sobre el autocontrato

Bajo la vigencia del art. 229 de la LSC en su versión anterior a la Ley 31/2014, se diferenciaba entre las distintas formas del órgano de administración para determinar a quién había de comunicar el administrador afectado la operación y quién tenía que autorizar la situación de conflicto de intereses (en nuestro caso el autocontrato). Así, en principio, si se trataba de un administrador único, debía comunicarlo a la junta general y ser autorizado por la misma; si eran varios los administradores y no estaban organizados en consejo de administración, la comunicación había que realizarla a los otros administradores, siendo los habilitados para autorizarlo; si la forma era el consejo de administración, la comunicación debía realizarse al consejo de administración y él era el competente para autorizarlo (absteniéndose el administrador beneficiado o afectado al menos de ejercitar su derecho de voto⁵¹).

El problema radicaba en una RDGRN, la de 29 de julio, de 2013⁵², que erróneamente, y pese a que el art. 229 de la LSC en su versión anterior a la modificación operada por la Ley 31/2014 distribuía las facultades para autorizar, establecía lo siguiente:

Según el primero de los defectos objeto de impugnación, considera el registrador que el poder conferido por el consejo de administración en favor de determinada persona no es inscribible en cuanto queda está facultada aun en caso de autocontrato, conflicto de intereses y múltiple representación, por cuanto el propio órgano de administración carece de esa posibilidad de actuación que sólo puede ser salvada por acuerdo de la junta general. Esta cuestión ha sido ya resuelta por esta Dirección General. En la Resolución de 18 de julio de 2006 ya se expresó que «según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo (cfr. Resolución de 3 de diciembre de 2004), el administrador único, como representante orgánico de la sociedad sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por la Junta General o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato» (cfr., respecto de esta última precisión las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958 y 27 de octubre de

⁵¹ Y podía estimarse que también se le privaba de su derecho de asistencia a la reunión específica del consejo de administración que decidiera acerca del autocontrato.

⁵² BOE nº 180, de 29 de julio de 2013.

1966; así como la Resolución de 2 de diciembre de 1998). Se trata así de evitar que el administrador, por su sola actuación, comprometa simultáneamente los intereses patrimoniales de la sociedad y el suyo propio o los de aquélla y el tercero cuya representación ostente, objetivo legal éste del que existen otras manifestaciones en nuestro Derecho positivo (cfr. artículos 162.2º, 221 y 1459, números 1.º al 4.º, del Código Civil; 267 y 288 del Código de Comercio; 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada –actual artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital–; y 127 ter de la Ley de Sociedades Anónimas –vid. los artículos 227 a 229 de la Ley de Sociedades de Capital–). Precisamente porque el órgano de administración carece de facultades para autocontratar sin estar facultado por la junta general de la sociedad –cfr., por ejemplo, los artículos 162 y 220 de la Ley de Sociedades de Capital– no puede atribuir tales facultades al apoderado voluntario (vid., recientemente, la Resolución de 13 de febrero de 2012).

El inconveniente de la presente RDGRN no era otro que extender el requisito de la autorización del autocontrato por la junta general cuando la sociedad de capital tenía un administrador único a las sociedades de capital con otras modalidades de órgano de administración. Tratándose de un administrador único tiene sentido porque no existen otros administradores y, en consecuencia, si es el propio administrador único quien autoriza habrá parcialidad; no así cuando haya varios administradores, en cuyo caso podrá el órgano de administración (ya sea el consejo de administración –prohibiendo al administrador afectado/beneficiado votar en la reunión en la que se acuerde sobre el autocontrato- o los otros administradores) autorizar al administrador afectado para autocontratar⁵³.

El art. 229 del Estudio sobre Propuestas de Modificaciones Normativas de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, dedicado a la obligación del administrador de evitar las situaciones de conflicto de intereses, en su párr. 3º, no se centra en la junta general, aludiendo a los otros administradores o al consejo de administración a la hora de señalar a quién hay que comunicar (y aunque no lo diga expresamente quién ha de autorizar) la situación de conflicto de intereses.

El Anteproyecto de Código Mercantil sigue el art. 229, parr. 3º del Estudio sobre Propuestas de Modificaciones Normativas de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo y señala en su art. 215-11.3, al regular el conflicto de intereses, que cada administrador debe comunicarlo a los otros administradores; si hay consejo de

⁵³ Así lo establece también GÓMEZ CLAVERÍA, PABLO “Resolución de 18 de julio de 2006 (BOE de 25 de agosto de 2006”, *La Notaría*, nº 31-32, julio, 2006 y PÉREZ RAMOS, C., “La autocontratación en materia societaria y en la formalización de los negocios bancarios”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 55, 2011, p. 163-164.

En este sentido vid. igualmente RODRÍGUEZ PRIETO, FERNANDO, “Poderes con facultades de autocontratación otorgados por los administradores de las sociedades mercantiles”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 53, junio, 2010, p. 286, que establece que “*En estos casos, si el administrador se encuentra en situación de conflicto de interés respecto a la sociedad, por ejemplo, si pretende venderle un bien propiedad de él mismo o de otra persona a la que él también represente, la autorización deberá obtenerse en principio del órgano soberano de la sociedad, la Junta general. Aunque caben otros supuestos: si se trata de la actuación de un consejero delegado, la autorización podrá darse por el Consejo de Administración, siempre que los miembros de éste, a su vez, no estén incurso en situación de conflicto de interés*”. Vid. también RODRÍGUEZ BOIX, R., “Resolución de 2 de diciembre de 1998”, *La Notaría*, nº 1/1999.

administración, al mismo; y en el caso de ser administrador único a la junta general⁵⁴; abarcando a situaciones de conflicto de intereses directo e indirecto y a las situaciones de conflicto de intereses por la participación de personas vinculadas. La norma equivalente que figuraba en la Propuesta de Código Mercantil de 2013 (vid. art. 215-11.1 *in fine*) era más completa, ya que especificaba la obligación, determinando, acertadamente, que la comunicación había de producirse en tiempo oportuno, indicando las circunstancias relevantes⁵⁵; la eliminación de estas especificaciones en el texto del Anteproyecto de Código Mercantil no tiene sentido, atendiendo a que era correcta la delimitación porque cuando se incorpora el contenido necesario en la comunicación se informa completamente, permitiéndose con ello tomar correctamente la decisión de autorizar; de igual modo, cuando se hace a tiempo se produce el cumplimiento adecuado, aunque no eliminamos la posibilidad, que veremos a continuación, de autorizar tras el autocontrato, ratificando el negocio jurídico.

Acertadamente el Anteproyecto de Código Mercantil disciplina expresamente la autorización de ciertas operaciones (art. 215-12.2), entre las que se encuentra la posibilidad de autorización del autocontrato entre el administrador beneficiado y la sociedad representada por ese mismo administrador beneficiado. Y utiliza criterios ciertamente novedosos para determinar qué órgano es el competente para autorizar; así, si el autocontrato supone la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros o se trata de una transacción con un valor superior al 10% de los activos sociales será siempre competente la junta general y recoge al lado una norma que figuraba en la LSC en la versión anterior a la modificación producida por la Ley 31/2014, se trata de una norma específica para las sociedades de responsabilidad limitada: cuando la autorización del autocontrato implique asistencia financiera (incluyendo garantías de la sociedad a favor del administrador beneficiado) o la prestación de servicios u obra a la sociedad, ha de darse la autorización también por la junta general.

En los demás supuestos de autocontratación administrador beneficiado-sociedad representada por el administrador beneficiado posibilita que la autorización la dé el órgano de administración, poniendo eso sí varias condiciones: primero, que quede garantizada la independencia de los miembros que concedan la autorización respecto del administrador beneficiado, intentando evitar con ello la influencia indebida del administrador beneficiado en los demás administradores; segundo, tiene que garantizarse la inocuidad de la operación para el patrimonio social o realizarse, en su caso, la operación en condiciones de mercado y velando por la transparencia del proceso.

El Código Unificado de Buen Gobierno, versión de 2013, recomienda para las sociedades cotizadas que el consejo de administración se reserve la competencia para autorizar las operaciones entre la sociedad y los consejeros (y los accionistas significativos o representados en el consejo de administración), o con personas

⁵⁴ Vid. GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO, “Disposiciones generales sobre las sociedades mercantiles”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO (Coordinador), *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 165.

⁵⁵ También tenía que abstener el administrador beneficiado de participar en los acuerdos o decisiones que afectasen al conflicto de intereses. Y había de figurar como información en la memoria de la sociedad.

vinculadas con ellos (operaciones vinculadas); eximiendo de la obligación de autorización a las operaciones vinculadas cuando se den a la vez tres requisitos, que son: que se lleven a cabo a través de contratos en los que las condiciones se encuentren estandarizadas y sean aplicados en masa a muchos clientes; que se entablen con precios o tarifas fijados con carácter general por quien actúe como suministrador del bien o servicio de que se trate y que su importe no sea superior al 1% de los ingresos anuales de la sociedad; es decir, estos casos quedarían excluidos por no tener un trato especial, se opera con condiciones generales y con precios o tarifas estándar, y no tienen una elevada importancia económica para la sociedad; norma que se plasma, al menos parcialmente, en el art. 215-11.1 a) del Anteproyecto de Código Mercantil. También recomienda el Código Unificado de Buen Gobierno, versión de 2013, que cuando las operaciones vinculadas hayan de aprobarse por el consejo de administración se haga previo informe favorable del comité de auditoría (o del que tuviera atribuida tal función) y que los consejeros afectados no ejerzan ni deleguen su derecho de voto y tampoco utilicen su derecho de asistencia al consejo de administración; norma que no se ha incorporado en el Anteproyecto de Código Mercantil. La reserva, cuando sea necesaria la autorización, a favor del consejo de administración puede deberse a que se quiere evitar que los socios mayoritarios a través de la junta general (si fuera la competente para autorizar) controlen las situaciones de autocontratación con los consejeros.

En el Derecho británico, en la *Companies Act 2006* [Sección 177(1) y Sección 177(2)], se instaura, dentro de los *fiduciary duties* de los administradores, la obligación de los administradores que pudieran estar⁵⁶ en una situación de conflicto de intereses⁵⁷ con la sociedad en la que operan como tal, y en particular lo están cuando realizan transacciones por cuenta propia con la sociedad (de forma directa o indirecta)⁵⁸, de comunicarlo (a los otros administradores)⁵⁹. Han de comunicar la naturaleza y

⁵⁶ Vid. ASHRAF, T., "Directors' duties with a particular focus on the Companies...", op. cit., p. 130, que establece que se trata de uno de los deberes más obvios y propios del sentido común establecido antes de la codificación realizada mediante la *Companies Act 2006*, analizando la obligación de no incurrir en una situación de conflicto de intereses contemplada en la Sección 175 de la *Companies Act 2006* británica, que no es aplicable a la prohibición de autocontrato (negocio sociedad-administrador) bajo la Sección 177 del mismo cuerpo legal; en cumplimiento de la obligación consagrada en la Sección 175 de la *Companies Act 2006* británica, los administradores han de comunicar los casos en los que estén en situaciones de conflicto de intereses y los supuestos en los que pudieran estar en ellas. Como aclara HANNIGAN, B., *Company Law*, op. cit., p. 255, hay que diferenciar la Sección 177 de la *Companies Act 2006* del regulado en la Sección 182 de la misma norma, previsto este último para cuando el administrador tiene interés en una transacción existente ya; vid. FRENCH, D.; MAYSON, S. y CRISTOPHER, R., *Company Law*, op. cit., p. 501.

El texto de la primera parte de la Sección 182 de la *Companies Act 2006* es el que sigue:

"(1) Where a director of a company is in any way, directly or indirectly, interested in a transaction or arrangement that has been entered into by the company, he must declare the nature and extent of the interest to the other directors in accordance with this section.

"This section does not apply if or to the extent that the interest has been declared under section 177 (duty to declare interest in proposed transaction or arrangement)."

⁵⁷ La reforma realizada a través de la *Companies Act 2006* pretende clarificar las incertidumbres planteadas durante la vigencia de la *Companies Act 1985*. Vid. THE TRADE AND INDUSTRY DEPARTMENT, *Company Law Reform*, op. cit., p. 21.

⁵⁸ Vid. el análisis que realizan FRENCH, D.; MAYSON, S. y CRISTOPHER, R., *Company Law*, op. cit., 503-504 sobre las transacciones incluidas.

⁵⁹ La carga de la prueba del cumplimiento de tal comunicación es del propio administrador; en tal sentido, HANNIGAN, BRENDA, *Company Law*, 3ª ed., Oxford University Press, 2012, p. 256. También entiende

alcance⁶⁰; contemplándose en la Sección 177(5) y en la Sección 177(6)⁶¹ de la *Companies Act* 2006 algunos supuestos excluidos de tal obligación. Se trata de una norma de conflicto de intereses específica para los negocios entre la sociedad y el administrador, ya que no es aplicable la Sección 175(3) del mismo cuerpo legal, que establece que las normas que disciplinan el deber de evitar los conflictos de intereses entre el administrador y la sociedad no regirán para los conflictos que consistan en las transacciones o acuerdos entre el administrador y la sociedad.

A pesar de no disciplinarse específicamente en el Anteproyecto de Código Mercantil, hay que entender que si no se da la autorización previa es posible la autorización posterior o ratificación del negocio jurídico objeto del autocontrato entre el administrador beneficiado y la sociedad⁶².

Sí existe contemplación expresa en el Derecho británico, en la *Companies Act* 2006, Sección 239, que regula específicamente y de forma extensa la posibilidad de ratificar la actuación de un administrador que incumple sus obligaciones⁶³.

(p. 255) que cuando se den las circunstancias se requiere también autorización por parte de los accionistas.

⁶⁰ La finalidad sería en su caso evitar la transacción, si la sociedad toma tal decisión. Vid. BIRDS, J.; BOYLE, A. J.; CLARK, B.; MACNEIL, I.; McCORMACK, G.; TWIGG-FLESNER, C. y VILLIERS, C., *Boyle & Birds, Company Law*, op. cit., p. 634.

⁶¹ "(5) *This section does not require a declaration of an interest of which the director is not aware or where the director is not aware of the transaction or arrangement in question.*

For this purpose a director is treated as being aware of matters of which he ought reasonably to be aware.

(6) *A director need not declare an interest—*

(a) *if it cannot reasonably be regarded as likely to give rise to a conflict of interest;*

(b) *if, or to the extent that, the other directors are already aware of it (and for this purpose the other directors are treated as aware of anything of which they ought reasonably to be aware); or*

(c) *if, or to the extent that, it concerns terms of his service contract that have been or are to be considered—*

(i) *by a meeting of the directors, or*

(ii) *by a committee of the directors appointed for the purpose under the company's constitution."*

Vid. HANNIGAN, B., *Company Law*, op. cit., p. 255-256.

⁶² Vid. sobre los distintos efectos de la autorización previa y de la ratificación ESTRUCH ESTRUCH, J., "Eficacia e ineficacia...", op. cit., p. 1031-1033.

RODRÍGUEZ BOIX, R., "Resolución de 2 de diciembre de 1998", op. cit., matiza que la ratificación no tiene efectos retroactivos frente a terceros, solamente los tiene *inter partes*.

⁶³ La norma establece lo siguiente:

"239 *Ratification of acts of directors*

(1) *This section applies to the ratification by a company of conduct by a director amounting to negligence, default, breach of duty or breach of trust in relation to the company.*

(2) *The decision of the company to ratify such conduct must be made by resolution of the members of the company.*

(3) *Where the resolution is proposed as a written resolution neither the director (if a member of the company) nor any member connected with him is an eligible member.*

(4) *Where the resolution is proposed at a meeting, it is passed only if the necessary majority is obtained disregarding votes in favour of the resolution by the director (if a member of the company) and any member connected with him.*

This does not prevent the director or any such member from attending, being counted towards the quorum and taking part in the proceedings at any meeting at which the decision is considered.

(5) *For the purposes of this section—*

(a) *"conduct" includes acts and omissions;*

(b) *"director" includes a former director;*

El cuórum necesario para aprobar la autocontratación por la junta general (cuando sea la competente para ello) será el propio de los asuntos ordinarios, salvo que se estableciese pacto en contrario en los estatutos sociales y salvo que el autocontrato se refiera a asuntos que requieran cuórum y mayoría reforzados⁶⁴.

Por lo que respecta a la mayoría requerida para adoptar acuerdos el régimen será el fijado para cada tipo de sociedad mercantil en el Anteproyecto de Código Mercantil.

En todo caso, el administrador afectado ha de abstenerse de intervenir en los acuerdos o decisiones sobre la operación a la que se refiera la situación de conflicto de intereses⁶⁵. Régimen jurídico que será aplicable si el acuerdo o decisión objeto de autorización se tiene que tomar en la junta general (en este supuesto además de administrador único debería ser socio si se trata de ejercitar su derecho de voto en la misma), así lo establece el art. 231-68.1 e) del Anteproyecto de Código Mercantil para las sociedades de capital, por el consejo de administración o por el resto de los miembros del órgano de administración que se requieran para la validez de dicha decisión cuando no estén organizados en forma de consejo de administración⁶⁶.

(c) a shadow director is treated as a director; and

(d) in section 252 (meaning of “connected person”), subsection (3) does not apply (exclusion of person who is himself a director).

(6) Nothing in this section affects—

(a) the validity of a decision taken by unanimous consent of the members of the company, or

(b) any power of the directors to agree not to sue, or to settle or release a claim made by them on behalf of the company.

(7) This section does not affect any other enactment or rule of law imposing additional requirements for valid ratification or any rule of law as to acts that are incapable of being ratified by the company.”

Vid. ASHRAF, T., “Directors’ duties with a particular focus on the Companies...”, op. cit., p. 131.

⁶⁴ En tal sentido ESTRUCH ESTRUCH, J., “Eficacia e ineficacia...”, op. cit., p. 1029 y PÉREZ RAMOS, C., “El autocontrato...”, op. cit.

⁶⁵ Vid. RAMOS HERRANZ, I., *Sociedades anónimas deportivas. Régimen jurídico actual*, Madrid, Reus, 2012, p. 95-96; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de Sociedades*, op. cit., epígrafe VII.II del formato electrónico, base de datos Tirant on Line.

⁶⁶ Tras la LSC ya no está vigente el antiguo art. 114 de la LMV, que regulaba específicamente los deberes de los administradores de las sociedades anónimas cotizadas y establecía lo siguiente:

“Artículo 114 Deberes de los administradores

1. En el caso de que los administradores de una sociedad anónima cotizada, u otra persona, hubieran formulado solicitud pública de representación, el administrador que la obtenga no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a las acciones representadas en aquellos puntos del orden del día en los que se encuentre en conflicto de intereses y, en todo caso, respecto de las siguientes decisiones:

a) Su nombramiento o ratificación como administrador.

b) Su destitución, separación o cese como administrador.

c) El ejercicio de la acción social de responsabilidad dirigida contra él.

d) La aprobación o ratificación, cuando proceda, de operaciones de la sociedad con el administrador de que se trate, sociedades controladas por él o a las que represente o personas que actúen por su cuenta.

La delegación podrá también incluir aquellos puntos que, aun no previstos en el orden del día de la convocatoria, sean tratados, por así permitirlo la ley, en la junta, aplicándose también en estos casos lo previsto en el párrafo anterior.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 35 de esta ley, en la memoria de la sociedad se deberá informar sobre las operaciones de los administradores, o persona que actúe por cuenta de éstos, realizadas, durante el ejercicio social al que se refieran las cuentas anuales, con la citada sociedad cotizada o con una sociedad del mismo grupo, cuando las operaciones sean ajenas al tráfico ordinario de la sociedad o que no se realicen en condiciones normales de mercado.

Esa obligación de abstención alcanzaría, al menos, a ejercitar su derecho de voto o dar su consentimiento a la decisión; y habría de restarse su porcentaje de participación en el capital social a la hora de fijar la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo en junta general. Pudiendo extenderse a su derecho de asistencia a la junta general o al consejo de administración, respectivamente, y a estar presente cuando decidan los otros administradores si no existe consejo de administración en la sociedad afectada.

Finalmente, hemos de precisar que tales circunstancias de conflicto de intereses [el autocontrato prohibido en el art. 215-11.1 b) de la LSC], como las demás, figurarán en la memoria.

6.2. Contenido de la comunicación y de la autorización

Erróneamente el Anteproyecto de Código Mercantil no regula expresamente de forma completa, lo hace solo tangencialmente, ni el contenido de la comunicación ni el de la autorización, respectivamente, ante una situación de conflicto de intereses. La comunicación tiene que ser concreta (para cada negocio que suponga un acto de autocontratación), y en este punto sí hay disciplina por parte del Anteproyecto de Código Mercantil⁶⁷; completa (señalando los extremos relevantes del negocio a autorizar, debido a que, solamente cuando el órgano competente para autorizar conozca el negocio y tenga la información adecuada, podrá decidir correctamente) y en tiempo oportuno (para evitar que se produzcan consecuencias ante el incumplimiento de la prohibición relativa de autocontratación). La autorización ha de concretar el negocio autorizado (precisamente esta es la causa principal por la que sería rechazable la autorización general, que analizamos seguidamente), ser tempestiva (tiene que mediar un tiempo razonable entre la comunicación y la decisión del órgano correspondiente para no paralizar el tráfico) y basarse en el interés social (como señalamos más adelante).

Tendría que regularse más detalladamente en el futuro Código Mercantil, incluyendo los extremos que he determinado en las líneas inmediatamente anteriores, tanto para la comunicación como para la autorización.

Por ello resulta un poco más adecuada, aunque no completa, la Propuesta de Código Mercantil, de 2013, art. 215.11, que al disciplinar el conflicto de intereses, especifica la obligación del administrador que se encuentra en esta situación y determina que la comunicación ha de producirse en tiempo oportuno, señalando las circunstancias relevantes.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el título VII de esta ley, los administradores deberán abstenerse de realizar, o de sugerir su realización a cualquier persona, una operación sobre valores de la propia sociedad o de las sociedades filiales, asociadas o vinculadas sobre las que disponga, por razón de su cargo, de información privilegiada o reservada, en tanto esa información no se dé a conocer públicamente.”

Vid. sobre los deberes de los administradores de las sociedades cotizadas y sobre esta norma derogada DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad...*, op. cit., p. 193-198.

⁶⁷ En concreto, en el art. 215-12.2, al regular el régimen de imperatividad y dispensa, establece que las dispensas han de ser para casos singulares; no siendo válidas entonces autorizaciones generales de autocontratación.

La decisión ha de someterse al interés social⁶⁸. De modo que es posible que algunos negocios que vayan en contra de la prohibición relativa de autocontratación favorezcan al administrador beneficiado pero supongan a la vez ventajas para el interés social, y por ello hayan de ser autorizados.

6.3. Autorización general al administrador para autocontratar

Abordamos a continuación la posibilidad de que la autorización sea general, es decir, que se adopte un acuerdo o decisión de admitir en general la autocontratación por parte de los administradores.

El art. antiguo 229 de la LSC (antes de la modificación que tiene lugar con la Ley 31/2014) se refería a la obligación de comunicación al y autorización por el órgano correspondiente ante una situación de conflicto de intereses por cada supuesto en que haya autocontratación, aunque no lo dijera expresamente⁶⁹. Realmente si se adopta un acuerdo en la junta general por el que se atribuya la facultad general de autocontratar al administrador afectado han de modificarse los estatutos sociales para incorporar esta nueva facultad del órgano de administración y, como veremos más adelante (concretamente en el epígrafe siguiente), estamos ante una situación igual a aquella en la que desde el comienzo de la vida de la sociedad hubiera una cláusula en los estatutos que autorizara al administrador a autocontratar en general, situación determinada como ilícita por la DGRN (RDGRN de 27 de febrero de 2003; la RDGRN de 18 de julio de 2006⁷⁰ establece que el administrador únicamente está habilitado para autocontratar válida y eficazmente si cuenta con autorización del órgano social que corresponda o cuando no se da el conflicto de intereses atendiendo al propio negocio jurídico.

La doctrina ha utilizado como argumento en contra de una autorización general de supuestos en los que concurre conflicto de intereses que ello iría en contra de los deberes de fidelidad contenidos en los antiguos arts. 225 y 226 de la LSC (ante de la modificación realizada por la Ley 31/2014); se produciría la vulneración del deber de cuidado, porque aprobar y consentir conductas que producen un riesgo de lesión para la sociedad implica incumplimiento de los deberes de atención, prudencia y vigilancia requeridos a un administrador⁷¹.

⁶⁸ Vid. RIBAS FERRER, V., "Art. 227. Prohibición de utilizar...", op. cit., p. 1624 y RIBAS FERRER, V., "Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital", *RdS*, enero-junio, 2012, p. 121

⁶⁹ En el mismo sentido, RIBAS FERRER, V., "Deberes de los administradores...", op. cit., p. 1624, que estima que las autorizaciones han de tener, como regla general, carácter individualizado y expreso; y tienen que referirse a casos concretos y determinados por las circunstancias y por las contrapartidas que traen su causa en el acto o negocio interesado.

⁷⁰ BOE nº 203, de 25 de agosto de 2006.

⁷¹ Vid. RIBAS FERRER, V., "Deberes de los administradores...", op. cit., p. 120-121. Concreta más el autor y determina que se va en contra del deber de lealtad si se fija una regla contraria al principio de prohibición de actuar en conflicto; ejemplifica señalando que si existe un acuerdo que reza "*se autorizan los conflictos de intereses entre los administradores y la sociedad*" se estaría estableciendo una norma societaria interna contraria al contenido prohibido esencial del deber de lealtad; matizando que en estos casos es necesario estudiar los términos de las declaraciones con profundidad, debido a que supuestos extremos como el precitado suponen una infracción de un deber que se encuentra legalmente establecido, y que implica la nulidad del acuerdo (basándose en el art. 204 de la LSC).

No obstante, la conocida RDGRN de 3 de diciembre de 2004 establece que el TS, la doctrina científica y la de la DGRN (aludiendo a la RDGRN de 15 de junio de 2004), tratando la actuación de los apoderados, y en los supuestos de representación voluntaria, estiman que debe admitirse la autocontratación siempre que el apoderado esté autorizado expresamente para autocontratar, pese a que la autorización sea genérica, sin que sea necesario que estemos ante un poder concreto para un acto determinado; por lo que la DGRN en esta resolución determina que no existen razones para llegar a la conclusión de que en el caso de la representación orgánica, en el que la junta especifica o aclara que el poder del administrador único incorpora la autocontratación, no deba adoptarse la misma línea.

3-El legislador español ha optado ya en el Anteproyecto de Ley (art. 215-12.2), como hemos avanzado previamente, por exigir que las autorizaciones sean singulares, no admitiendo con ello autorizaciones generales, en nuestro caso de autocontratos entre el administrador beneficiado y la sociedad que él representa.

7. LA POSIBLE ATRIBUCIÓN EN LOS ESTATUTOS FUNDACIONALES DE LA FACULTAD DE AUTOCONTRATACIÓN AL ADMINISTRADOR [AUTORIZANDO *AB INITIO* LA ACTUACIÓN PROHIBIDA EN EL ART. 215-11.1 B) DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL]

Partimos de la base de que la actuación contraria a la prohibición del art. 215-11. 1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil puede ser autorizada por el órgano social que corresponda dependiendo del caso. Se requiere en consecuencia la autorización para que la actuación del administrador sea lícita. Como hemos señalado en el epígrafe precedente.

Ahora planteamos si es posible que el administrador sea autorizado en la escritura de constitución para autocontratar. La conclusión ha de ser que cláusulas de este tipo no tendrían cabida, puesto que ha de darse la autorización por parte del órgano social correspondiente. En este sentido se pronuncia la DGRN; la RDGRN de 27 de febrero de 2003, analizando un supuesto en el que la sociedad contaba con un administrador único, que se atribuye a sí mismo un conjunto de facultades (entre las que se ubicaba la de autocontratación), determina, primero, que el administrador único no puede por sí mismo realizar tal atribución y, segundo, que no es admisible, como ocurría en el caso, conceder la posibilidad de autocontratación cuando como administrador carece de dicha facultad. Pronunciamiento seguido por la RDGRN de 18 de julio de 2006⁷², en la que se dice que el administrador solamente puede autocontratar, de forma válida y eficaz, cuando tenga autorización por el órgano social competente (en este caso era la junta general) o si del propio negocio se deduce la inexistencia de contraposición de intereses.

ESTRUCH ESTRUCH, J., "Eficacia e ineficacia...", op. cit., p. 1029, establece que la doctrina mayoritaria se muestra en contra de admitir las autorizaciones generales en los casos de autocontratación societaria.

⁷² BOE nº 203, de 25 de agosto de 2006.

El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil además clarifica en el art. 215-12.1 que la disciplina de los deberes de lealtad de los administradores constituye un bloque imperativo; por lo tanto, al establecer que la autorización de supuestos como la autocontratación ha de ser singular, prohíbe cualquier pacto estatutario en contra.

Aquí debemos volver a aludir al caso en el que la junta general atribuya la facultad de autocontratar en general, sin autorizar en cada caso concreto, y así tendrían que modificarse los estatutos fundacionales, atribuyendo esta nueva competencia al órgano de administración. Hay que llegar a la misma conclusión: el sistema del Anteproyecto de Código Mercantil (art. 215-12.2) y el actual contenido en la LSC (art. 230.2), en ambos casos expresamente, al igual que el previo contenido en la LSC antes de la modificación por la Ley 31/2014 (aquí de forma no expresa), están y estaban previstos para que se comunique y autorice en cada caso por la junta general o por el órgano de administración.

8. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE ESTE DEBER DE LOS ADMINISTRADORES

8.1. Incumplimiento. Compatibilidad de la ineficacia del negocio jurídico y el ejercicio de acciones de responsabilidad contra el administrador infractor

El incumplimiento se da en casos en los que los administradores autocontratan sin tener la autorización preceptiva, porque no la piden, porque la solicitan al órgano societario equivocado (y se la otorga) o porque pedida al órgano competente es denegada. Y también si no respetan los términos de la autorización; si hay una autorización general para autocontratar o llevar a cabo actividades que impliquen un conflicto de intereses por parte del órgano competente de la sociedad o se autoriza a los administradores *ab initio* en los estatutos para autocontratar o para realizar actividades que supongan un conflicto de intereses.

A continuación vemos que se podría producir la ineficacia del negocio que plasma el incumplimiento por parte del administrador y ejercitarse acciones de responsabilidad contra el administrador infractor. Y que son compatibles.

El Anteproyecto de Código Mercantil ayuda a la correcta estructuración de las consecuencias del incumplimiento por parte de los administradores de la prohibición relativa de autocontratación al aludir expresamente a la ineficacia de las actuaciones de los administradores cuando van en contra del deber de lealtad [y dentro de las obligaciones propias de este deber estaría la contemplada en art. 215-11.1 b) del mismo cuerpo legal, es decir, la prohibición de autocontratación que pesa sobre los administradores de sociedades mercantiles] y la compatibilidad con la acción social de responsabilidad contra los administradores. En concreto, su art. 215-18.2 determina que el ejercicio de la acción social de responsabilidad no será obstáculo para ejercitar acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y anulación de los actos y contratos llevados a cabo por los administradores que supongan una violación del deber

de lealtad; norma reflejada también en el texto del actual art. 232 de la LSC tras la modificación por la Ley 31/2014.

8.2. Ineficacia del negocio jurídico realizado por el administrador

En cuanto a la eficacia del negocio estipulado incumpliendo las normas para que la autocontratación sea válida, hay que enfocarlo desde el punto de vista de si un acto de autocontratación no autorizado va en contra del objeto social, en cuyo caso no habría vinculación de la sociedad, ni eficacia frente a terceros⁷³. La conclusión ha de ser que el autocontrato de por sí podría no ser contrario al objeto social pero el negocio realizado sí; además, dentro de los actos contrarios al objeto social se encontrarían los genuinamente contrarios al objeto social y dentro de los mismos los que exceden de las competencias atribuidas por el objeto social (de las competencias legales de los administradores); por lo que en tales casos cabría la falta de eficacia (*inter partes* y frente a terceros) del contrato o negocio jurídico entablado entre la sociedad de capital representada por el administrador beneficiado y el propio administrador beneficiado.

Estas conclusiones cabe extraerlas, al menos parcialmente, de la RDGRN de 13 de febrero de 2012⁷⁴:

En sede de representación orgánica (cfr. artículos 63 de la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada y 129 de del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; actualmente 234 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, «la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social...»), el legislador español, al hacer el proceso de adaptación a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, optó claramente por un modelo distinto del que se sigue en materia de representación voluntaria en el Código Civil (cfr. artículo 1713 del Código civil y concordantes), y en relación con el cual la doctrina consolidada de las Resoluciones de esta Dirección General es clara: el poder de representación del órgano de administración de una sociedad de capital abarca todo tipo de operaciones económicas y actuaciones jurídicas siempre que se encuentren comprendidas en su objeto social (cfr. artículo 234.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio). La legitimación representativa del órgano de administración se proyecta sobre toda clase de actos, y el ámbito o extensión propio de la esfera de representación orgánica viene marcado, no tanto por la naturaleza del acto o negocio jurídico en sí mismo –considerado aisladamente– que realice la administración social (ya que, en principio comprende todo tipo de acto o negocio jurídico, ya sean de administración, gravamen o disposición), sino por un elemento externo a éste, como es su relación con el giro o tráfico propio de la sociedad.

La delimitación del objeto social define el contenido mínimo, pero también máximo, del ámbito de las facultades representativas del órgano gestor, y aun cuando es cierta la dificultad de determinar a priori si un acto concreto trasciende o no a ese ámbito, en todo caso quedan excluidas aquellas actuaciones claramente contrarias al objeto social, esto es, las contradictorias o denegatorias de dicho objeto (cfr. Resoluciones de 11 de noviembre de 1991, 22 y 26 de junio de 1992, 3 de octubre de 1994, 25 de abril de 1997, 17 de noviembre de 1998, 10 de mayo de

⁷³ Vid en tal sentido PÉREZ RAMOS, C., “El autocontrato...”, op. cit.

A la misma conclusión se llega, por aplicación del art. 1727.2 del C.c, que establece que cuando el mandatario se haya excedido de sus competencias el mandante no queda obligado, salvo que ratifique la actuación expresa o tácitamente. Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., “Eficacia e ineficacia...”, op. cit., p. 1040.

⁷⁴ BOE nº 58, de 8 de marzo de 2012.

1999 y 16 de marzo de 2009, entre otras). En la Resolución de 11 de noviembre de 1991 se consideran incluidos en el poder de representación de los administradores: 1) los actos de desarrollo o ejecución del objeto, sea de forma directa o indirecta; 2) los actos complementarios o auxiliares para ello; 3) los actos neutros o polivalentes; y 4) los actos aparentemente no conectados con el objeto social. Dentro de los actos contrarios al objeto social se encuentran los genuinamente contrarios y los actos no tanto contrarios al objeto, sino que exceden de la competencia legal de los administradores. No puede olvidarse, en este contexto, que para la jurisprudencia del Tribunal Supremo las excepciones a las normas legales sobre limitación de responsabilidad (de la sociedad en tanto que obligada por el acto realizado por el órgano de administración) han de ser excepcionales.

8.3. Acciones civiles de responsabilidad contra el órgano de administración y contra las personas que tengan funciones de la más alta dirección

La sociedad, los socios o los acreedores podrán entablar, además, acciones de responsabilidad contra los administradores infractores del deber establecido en el art. 215-11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil, por aplicación del art. 215-14.1 del Anteproyecto de Código Mercantil, ya que el texto es claro al permitir dichas acciones si los administradores incumplen sus deberes, mediando dolo o culpa. La exigencia expresa en una norma de Derecho Positivo de dolo o culpa del administrador es una novedad del Anteproyecto de Código Mercantil.

El art. 215-14.3 del Anteproyecto de Código Mercantil matiza que en ningún caso quedará exonerado de responsabilidad el administrador si el acto o acuerdo lesivo se adopta, autoriza o ratifica en la junta general, como se ha venido haciendo tradicionalmente en el Derecho de Sociedades, y en el de capital particularmente.

La responsabilidad de los miembros del órgano de administración es de carácter solidario, de modo que, como regla general, ante el incumplimiento de la prohibición consagrada en el art. 215-11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil, serán responsables todos los administradores en el caso de que haya una pluralidad de ellos. Para exonerarse de su responsabilidad, los administradores que no realizaron el acto u omisión deberán probar que no han intervenido en la adopción o ejecución, que desconocían su existencia o que, pese a conocerla, realizaron todo lo adecuado para evitar el daño o, por lo menos, hubo oposición expresa por su parte.

Además, alcanza tanto a los administradores de hecho como a los de Derecho. Y también a las personas que tengan funciones de la más alta dirección⁷⁵ (con independencia de la denominación que se dé al cargo); para ello es preciso que no concurra delegación permanente de la facultades del consejo de administración, si lo hubiera, en uno o varios consejeros delegados.

De acuerdo con el Derecho Positivo vigente y de momento solamente para las sociedades de capital, se podrá exigir el pago del daño (emergente) que sufre la sociedad⁷⁶ (en la acción social) o los socios o terceros (en la acción individual), el lucro

⁷⁵ Sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar la sociedad contra ellas de acuerdo con la relación jurídica que las una.

⁷⁶ No obstante, establece DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad...*, op. cit., p. 169, que es muy difícil que en el supuesto analizado (en este caso se estudia el equivalente del art. 227 de la LSC en la LSA, es decir, el art. 127 *ter*) se produzca un daño en el patrimonio social; de manera que, a juicio del

cesante⁷⁷ y además, como novedad, solicitar la devolución del enriquecimiento injusto obtenido con la violación de la prohibición de autocontratación. Nos referimos al Derecho Positivo vigente debido a que la LSC modificada por la Ley 31/2014 lo permite para las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades comanditarias por acciones. El Derecho proyectado para todas las sociedades mercantiles, es decir, el Anteproyecto de Código Mercantil (215-18.1), incluye esta misma norma haciéndose eco, como lo ha hecho la LSC, de la necesidad de frenar el incumplimiento por parte de los administradores a través de la obligación de devolución de las cantidades que se han embolsado ilícitamente.

Es un presupuesto básico la prueba del precitado daño emergente⁷⁸ y del lucro cesante por quien lo alega al ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores, social o individual, junto con el nexo causal, y la culpa o negligencia o dolo⁷⁹ (que también correspondería a quien ejercita la acción de responsabilidad contra los administradores correspondientes).

El Estudio sobre Propuestas de Modificaciones Normativas, antecedente de las modificaciones introducidas en la LSC por la Ley 31/2014, pretende mejorar el régimen de los deberes de los administradores también en el plano sancionatorio, por ello en el proyectado art. 227.2 establece claramente que ante un incumplimiento del deber de lealtad el administrador no solamente ha de indemnizar el daño en el patrimonio social sino que también tiene que devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto que haya obtenido dicho administrador. Como no podía ser de otra manera la misma norma pasa al Anteproyecto de Código Mercantil; pero la regulación en tal supuesto se ubica aparte, en la Sección 3ª (del capítulo V), dedicada a la responsabilidad de los administradores, en particular en el art. 215-18 (acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad), que determina que la infracción del deber de lealtad no solamente implicará la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social sino también la de devolver a la sociedad en enriquecimiento que haya obtenido el administrador. De este modo se recoge la postura de la doctrina al respecto, que alude a la obligación de devolver a la sociedad los beneficios obtenidos a través de la conducta infractora⁸⁰.

Las acciones podrán ser sociales e individuales, respectivamente.

En el primer caso, para la acción social, la legitimación la tiene la sociedad, desapareciendo como novedad en el Anteproyecto de Ley la legitimación subsidiaria de los acreedores, ya que se entiende que estos podrán operar en el plano concursal.

En las sociedades de capital es preciso el acuerdo de la junta general para entablar la acción social de responsabilidad; la convocatoria de la junta podrá ser solicitada por cualquier socio y no se requiere que el asunto conste en el orden del día, y

autor, no se generaría responsabilidad del administrador aunque utilizara el nombre de la sociedad o invocase la condición de administrador para llevar a cabo operaciones propias o de personas vinculadas con él.

⁷⁷ Vid. el estudio de la determinación del lucro cesante realizada por DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad...*, p. 238-239.

⁷⁸ DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad...*, op. cit., p. 211.

⁷⁹ El art. 215-14 2) del Anteproyecto de Código Mercantil establece una presunción *iuris tantum* de culpa en los actos contrarios a la ley o los estatutos, no así en la infracción que nos ocupa (actos contrarios a los deberes inherentes a la condición de administrador).

⁸⁰ RIBAS, V., "Art. 227. Prohibición de utilizar...", op. cit., p. 1629.

la mayoría requerirá es la propia para los asuntos ordinarios (no puede pactarse en contra en los estatutos). Es importante destacar que si se decide entablar una acción de este tipo se producirá el cese del/de los administrador/es afectado/s, ya que el hecho de entablar una acción social de responsabilidad contra un administrador implica la pérdida de la confianza depositada en el administrador afectado⁸¹.

El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, en ese intento constante del *corporate governance* de velar por la posición de los socios minoritarios, regula un régimen protector en cuando al ejercicio de la acción social de responsabilidad. Así, el art. 215-17⁸² de dicho cuerpo legal legitima a los socios, ya lo hagan de forma individual o conjunta (podrían sindicarse su derecho de voto), para entablar una acción social de responsabilidad, primero, si los administradores no convocaran la junta general cuando haya sido solicitada para el ejercicio de tal acción, segundo, si la sociedad, pese a haberse adoptado el acuerdo a favor de entablar la acción social de responsabilidad contra el/los administrador/es no lo hiciera en el plazo de un mes (que se computará desde la fecha de adopción del referido acuerdo) y, en tercero, cuando se haya adoptado un acuerdo contrario al ejercicio de la acción social de responsabilidad. Pero la protección va más allá porque les habilita para ejercitar directamente la acción social de responsabilidad precisamente para los supuestos en los que ha habido incumplimiento de los deberes de lealtad, entre los que se encuentra, como ya sabemos, la prohibición relativa de autocontratación del administrador beneficiado con la sociedad que representa (y que es objeto de este capítulo).

La acción individual puede entablarse tanto por los socios como por los terceros que vean que los actos u omisiones de los administradores lesionan directamente sus intereses. Se trata de una acción indemnizatoria. Y es un modo de evitar que los socios mayoritarios vinculados con los administradores impidan la exigencia de responsabilidad a través de la junta general⁸³ (p.e votando en contra de un acuerdo de acción social de responsabilidad contra el o los administrador/es).

No debemos olvidar que la realidad muestra la falta de éxito de uno de los núcleos del *corporate governance*, y nos referimos a que los socios minoritarios no asisten a ni votan (porque no lo desean) en las juntas generales de grandes sociedades anónimas cotizadas y con ello no tienen un auténtico poder para controlar la actuación de los administradores, ni preventivo ni después del incumplimiento (entablando con éxito una acción social o individual de responsabilidad)⁸⁴; o no acuden ni votan debido a que carecen de peso accionarial en las juntas generales⁸⁵. Tampoco ejercitan otros derechos políticos, como el de información, o carecen de conocimientos para entender

⁸¹ DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad...*, p. 317.

⁸² Vid. GARCÍA-CRUCES, J. A., "Disposiciones generales...", op. cit., p. 167.

⁸³ DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad...*, p. 236.

⁸⁴ Vid. en similar sentido PAZ-ARES, *Responsabilidad de los administradores y gobierno...*, op.cit., p. 53, que señala que en el caso de las sociedades cotizadas estas barreras siempre o casi siempre son infranqueables.

⁸⁵ Por ello el legislador español en el Anteproyecto de Código Mercantil intenta evitar situaciones de este tipo con la norma contemplada en el art. 215-16.4, que, ante la posibilidad de que la junta general transija o renuncie al ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores (y que puede responder claramente a la vinculación de los socios de control con los administradores), establece que en las sociedades de capital los acuerdos de tal naturaleza no podrían tomarse si se opone la minoría.

por sí mismos los documentos societarios⁸⁶, y no tienen ni interés ni financiación para ser asesorados y comprender el contenido de los documentos. La dejación (derivada de la mera finalidad inversora en la gran mayoría de los casos) de los pequeños accionistas lleva a que no ejerciten sus derechos políticos; les basta con recibir los dividendos y observar las fluctuaciones en el valor de sus acciones en bolsa, lo demás sobra⁸⁷; por ello, normalmente tampoco sindicarán el voto.

9. CONCLUSIONES

Los deberes de los administradores desde los inicios del *soft law* del *corporate governance* se amplian como un instrumento básico del mismo. La necesidad de plasmación legislativa ha pasado por seguir la línea de la norteamericana *Sarbanes-Oxley Act of 2002* dentro de la UE; en el caso de España como punto inicial a través de la Ley de Transparencia y sigue hoy en día con la intención del legislador de incorporar las recomendaciones de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo (hoy ya en la LSC tras la modificación operada por la Ley 31/2014) en el Anteproyecto de Código Mercantil de mayo de 2014.

El texto del art. 215-11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil, como ya lo hacía el antiguo art. 227 de la LSC, prohíbe a los administradores utilizar el nombre de la sociedad o la condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas, ya sea por cuenta propia o utilizando para ello personas vinculadas. El antiguo art. 227 de la LSC ha sido interpretado mayoritariamente por la doctrina como un caso en el que se da una prohibición (relativa) de autocontratación entre la sociedad de capital representada y el administrador beneficiado, que alcanzaría también a supuestos en los que el negocio con la sociedad se realiza indirectamente (p.e mediante el cónyuge del administrador beneficiado o persona unida con similar relación de afectividad con el mismo).

Esta prohibición recae igualmente sobre los administradores de hecho y también sobre los cargos de la más alta dirección de la sociedad (siempre y cuando, habiendo consejo de administración, no haya delegación permanente de facultades en uno o varios consejeros delegados).

Estamos ante una prohibición relativa, atendiendo a que se permite la autorización (o ratificación); se trata de un supuesto en el que se da una situación de

⁸⁶ DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad...*, op. cit., p. 205.

⁸⁷ Como pone de manifiesto la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo -un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas (Introducción, en la p. 3), se observa (como una de las deficiencias del gobierno corporativo) la falta de interés de los accionistas por responsabilidad a los directivos por sus decisiones, lo que se agrava debido a que los accionistas permanecen en la sociedad por un corto período de tiempo (uniéndolo con lo señalado por nosotros en el texto, es así porque les interesa casi exclusivamente recibir dividendos y si no los reciben casi siempre proceden a vender sus acciones, dejando la sociedad, sin importarles el ejercicio de sus derechos políticos). Precisamente este Plan de Acción de la UE pretende impulsar la participación de los accionistas y se está canalizando mediante la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE.

conflicto de intereses entre el interés del administrador beneficiado y el interés social (el de la sociedad y el de los socios). Los administradores tienen la obligación de comunicación al órgano competente y es preciso que se dé la autorización para validar la operación en que consiste la autocontratación entre el administrador beneficiado y la sociedad representada por tal administrador. Precisamente ha sido objeto de controversia en nuestro ordenamiento jurídico quién es el órgano competente para autorizar la actuación del administrador cuando era interpretado el antiguo art. 227 de la LSC, sobre todo porque la DGRN erróneamente ha tendido a interpretar que sea siempre la junta general quien otorgue la autorización, obviando que el antiguo art. 227 de la LSC establecía que si había un administrador único efectivamente era la junta general la habilitada para autorizar la situación de conflicto de intereses (el autocontrato en nuestro caso); cuando había varios administradores eran competentes para autorizar los otros y habiendo consejo de administración el resto de los miembros del mismo.

La autorización ha de ser expresa para cada supuesto de autocontratación, no siendo válida una autorización general para autocontratar porque no se produciría el requerido control por el órgano competente, que ha vigilar si el negocio o acto va en contra del interés social; ese tiene que ser el punto esencial, el interés social, si la operación del administrador favorece tal interés ha de ser autorizada (aunque el administrador resulte también beneficiado). Será inválida la autorización general (del autocontrato o de los supuestos de conflicto de intereses) tanto si se da en el comienzo de la vida de la sociedad, reflejándose en los estatutos fundacionales, como si se produce posteriormente (lo que implicaría modificación estatutaria).

En los casos en los que el administrador contravenga la prohibición de autocontratar, bien porque no comunica la situación de conflicto de intereses, lo hace a quien no tiene competencia (y obtiene la autorización) o, haciéndolo a quien es competente, no obtiene autorización se producirá incumplimiento de la prohibición consagrada en el art. 215-11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil.

Tal incumplimiento (que tendría lugar en otros casos además de los previamente señalados) determinará la posibilidad de solicitar la ineficacia del acto o negocio jurídico realizado por el administrador en contra de tal deber, al igual que la posibilidad de ejercitar una acción social o una acción individual de responsabilidad contra el administrador infractor. Interpretación doctrinal que acertadamente ha pasado al texto del art. 215.18 del Anteproyecto de Código Mercantil.

Uno de los importantes problemas, que intenta paliar el *corporate governance* pero no lo consigue, es la dejación de los pequeños inversores (accionistas minoritarios) de sus derechos políticos, particularmente los de asistencia a y voto en la junta general. Una de las consecuencias es que no instarán la convocatoria de la junta general para el ejercicio de acciones sociales de responsabilidad, ni tampoco ejercitarán acciones individuales de responsabilidad o sociales (en los supuestos permitidos), atendiendo a que su entrada en grandes sociedades anónimas cotizadas es solamente para obtener dividendos, si no los obtienen normalmente venderán sus acciones y con ello saldrán de la sociedad anónima cotizada. Problema detectado en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo

-un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas y que se pretende solucionar mediante la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE de abril de 2014.

Es sin duda elogiable la regulación contenida en el Anteproyecto de Código Mercantil acerca de qué puede ser exigido a los administradores ante la infracción de un deber de lealtad (dentro del que se ubica el que es objeto de las presentes líneas) cuando se ejercita una acción de responsabilidad contra los mismos; dicho anteproyecto determina que la responsabilidad alcanza, además de al daño emergente y al lucro cesante, al beneficio injustamente obtenido con la conducta infractora de un deber de lealtad.

EL DERECHO DE GRUPOS QUE VIENE. CUIDADO CON LO QUE DESEAS

DAVID RAMOS MUÑOZ *

Resumen

Pocos de los retos del Derecho de Sociedades español son tan complejos y relevantes como el de los grupos de sociedades. Y es que en pocos otros casos el ordenamiento y tribunales españoles actúan como si el problema no existiera, o no tuviera carta de naturaleza. El Derecho de grupos actual se circunscribe a la normativa contable, los conflictos se resuelven como si se tratase de un problema convencional entre socios mayoritarios y socios minoritarios. El Anteproyecto de Código Mercantil pasa de la nada al todo, regulando de manera amplia el fenómeno de los grupos. La ventaja es que las soluciones a los conflictos estarán específicamente pensadas para el supuesto del grupo. El inconveniente, como siempre que se legisla, es que el nuevo concepto cobre vida propia. Reconocer el fenómeno de los grupos requiere una valoración sosegada de sus objetivos. Las dificultades interpretativas reflejan tensiones más profundas sobre si la prioridad es proteger a los “externos” o proteger el interés del grupo.

Contenido

1. Introducción. – 2. El derecho español de grupos y sus déficits. – 2.1. El concepto de grupo. – 2.2. Los conflictos de interés intra-grupo y protección de los “externos” en las filiales. – 2.3. Los conflictos de interés intra-grupo y protección de los “externos” en las filiales (II). Los problemas de la jurisprudencia española. – 3. El derecho español de grupos que (se nos) viene. mejoras e incertidumbres. – 3.1. Sobre el concepto mixto de grupo. – 3.2. La regulación de los conflictos intra-grupo. – 4. Reflexiones finales: objetivos del derecho de grupos

1. INTRODUCCIÓN

Un liberal como Rafael Illescas no debería ver el fenómeno de los grupos de sociedades sin cierta inquietud. En primer lugar, es la forma de organización más extendida entre las empresas de cierta dimensión, y, desde luego, prácticamente la única que existe entre las cotizadas; y el Derecho privado debe, en general, facilitar, no dificultar, el tráfico económico. Por otro lado, los grupos son el caldo de cultivo para transacciones fuera del estándar “de mercado” y con menor transparencia; y es difícil justificar las transferencias implícitas de renta, en ausencia de un principio ético que las respalde. Por

* Profesor Ayudante Doctor. Universidad Carlos III de Madrid.

último, bajo el paraguas semántico de los “grupos” pueden esconderse realidades muy diversas, desde las unidades operativas independientes que comparten algunos recursos mínimos bajo una *holding* común, hasta la organización plenamente integrada, donde la división en sociedades tienen menos efectos patrimoniales (y, a veces, ni si quiera eso)¹. ¿Cómo afrontar este fenómeno? El legislador español, y los tribunales, lo han tenido claro hasta ahora: si no sé cómo tratar el fenómeno, mejor ignorar que existe. Así, las únicas normas sobre grupos han sido tradicionalmente las contables. Aparte de exigir transparencia, en el núcleo del problema, los conflictos de interés en el interior del grupo, se ha negado la posibilidad de que el grupo pueda tener un interés propio digno de protección.

Puesto que esta posición ha generado críticas, nuestra Comisión de Codificación ha reaccionado con inusitado vigor, proponiendo una regulación de los grupos que, en cuanto a desarrollo, tiene poco que envidiar a la alemana, origen del movimiento de reforma, si no del problema en sí. La pregunta, pues, no es tanto si el nuevo régimen es más completo que el anterior, sino si los principios que inspiran sus reglas, y la aplicación de éstas últimas, respetarían el equilibrio necesario entre la aceptación del fenómeno de los grupos, y la protección de los intereses de las partes que los conforman.

En el presente trabajo se describirá brevemente la posición del legislador y tribunales españoles en materia de grupos, así como los problemas que plantea (II), para, a continuación, presentar las reformas propuestas en el Anteproyecto de Código Mercantil, y enunciar los problemas que, a su vez, plantearían las nuevas disposiciones (III). Se cierra con unas reflexiones generales (IV).

2. EL DERECHO ESPAÑOL DE GRUPOS Y SUS DÉFICITS

El Derecho de sociedades español ha dado, tradicionalmente, la espalda al fenómeno del grupo de sociedades, lo que ha dado lugar a una idiosincrasia particular, cuyas manifestaciones más claras se encuentran en la definición jurídica del concepto de grupo (1), y en el enfoque del problema de los conflictos de interés intra-grupo (2), sobre el cual, a su vez, es preciso plantear algunas reflexiones críticas (3).

2.1. El concepto de grupo

El Derecho español no regula, como tal, los problemas societarios que se plantean en el seno de los grupos. Por tanto, no es de extrañar que el núcleo del régimen de los grupos

¹ El objetivo del presente trabajo no es el de realizar un estudio de la práctica de los grupos de sociedades. Para ello, recomendamos al lector acudir a los trabajos de José Manuel Embid Irujo. Por todos, ver su excelente *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades* Granada, Comares 2003. Para una perspectiva comparada, ver, por ejemplo, WYMEERSCH, Eddy (ed.) *Groups of Companies in the EEC* Berlin/New York: De Gruyter, 1993; y, con una perspectiva tuitiva, CONAC, Pierre-Henri; ENRIQUES, Luca; GELTER, Martin “Constraining Dominant Shareholders’ Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy” *ECFR* 4/2007 pp. 491-528.

se encuentre en la normativa contable de consolidación, y que el concepto español de grupos de sociedades venga determinado por el concepto contable. El propio artículo 18 de la Ley de Sociedades de Capital refiere, a los efectos de determinar el concepto de grupo, al artículo 42 del Código de comercio², disposición que regula la obligación de presentar cuentas anuales consolidadas, y que indica que existirá un grupo cuando se dé el control, directo o indirecto, de unas sociedades por otras, control que, a su vez, se determina por la tenencia (o disposición mediante acuerdos) de la mayoría de derechos de voto, la facultad de nombrar/destituir a los miembros del órgano de administración, o la designación efectiva de estos en el momento en que deban formularse las cuentas³.

Esta definición se encuentra en consonancia con la prevista en la propia normativa contable específica⁴, y ha sido criticada por algunos autores, que consideran que el énfasis en el “control” centra el foco en los grupos verticales, por subordinación (ciertamente, los más numerosos, pero no los únicos) y deja fuera a los horizontales, o por coordinación⁵. La visión basada en el criterio más abstracto de la “unidad de decisión”, y que incluye los grupos por coordinación es propia del Derecho alemán⁶, y había sido acogida por el legislador español en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores⁷, y sigue estando presente en el artículo 78 de la Ley de Cooperativas, que establece:

² La misma referencia puede encontrarse en la DA Sexta de la Ley Concursal, y en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores.

³ *Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:*

- a) *Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b) *Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c) *Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d) *Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.*

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona”.

⁴ Dicha normativa, en el ámbito europeo, es una simple transposición de los estándares contables internacionales (IASs), ahora denominados estándares de información financiera internacionales (IFRSs), elaborados por el antiguo IASB. El antiguo IAS 39, ahora IFRS 10, “cuentas consolidadas”, se centra en el concepto del “control”, para definir la pertenencia a un grupo de sociedades, control que puede definirse en términos análogos a los del actual artículo 42 del Código de comercio.

⁵ EMBID IRUJO, José Manuel “Un paso adelante y varios atrás: vicisitudes recientes del concepto legislativo de grupo en el ordenamiento español” *RdS* Vol. 30 (2008) pp. 19-31.

⁶ Sección 18 *Aktiengesetz*.

⁷ La redacción anterior del artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores establecía:

“A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o

Se entiende por grupo cooperativo, a los efectos de esta Ley, el conjunto formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase, y la entidad cabeza de grupo que ejercita facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, de forma que se produce una unidad de decisión en el ámbito de dichas facultades⁸.

A pesar de resultar aparentemente más inclusivo, el criterio de la unidad de decisión, o unidad de dirección, también resulta más incierto, en tanto que requiere una comprobación caso por caso de procesos internos difícilmente accesible a terceros fuera del núcleo de decisión del grupo, y posee una naturaleza más variable en el tiempo⁹. La alternativa, claro está, sería utilizar presunciones para construir la noción de unidad de dirección, presunciones que serían prácticamente idénticas a las que ayudan actualmente a determinar el criterio del control¹⁰.

Quizás por todo ello, o, tal vez, como resultado de seguir la inercia de normas como las contables, que son de aceptación internacional, el legislador español parece haber dejado clara su intención de generalizar el criterio del “control”, y renunciar al de la “unidad de decisión”¹¹. Así lo ha confirmado tanto la sucesiva modificación de preceptos legislativos¹², como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la

indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto.

Se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en el número 1 del artículo 42 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad más uno de los Consejeros de la denominada sean Consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta.

A efectos de lo previsto en los párrafos anteriores, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras dominadas, o aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona”.

La redacción actual, que remite al artículo 42 del Código de comercio, proviene del apartado tres del artículo único de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre.

⁸ Los restantes apartados de dicho precepto consagran una concepción ciertamente germanista, posiblemente más acorde con la visión más “académica” del grupo, como unidad económica, dotada no de personalidad jurídica, pero sí de cierto funcionamiento orgánico o estructurado, formalizado por escrito (apartado 4), y aprobado por los órganos de las entidades de base (apartado 3), así como en la emisión regular de instrucciones que afectarán a diversos aspectos de la gestión de la entidad (apartado 2). Ver artículo 78 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

⁹ La necesidad de establecer la dirección unitaria comporta necesariamente las preguntas de “dirección unitaria cuándo, dónde, cómo y para qué”, que son susceptibles de mayor variación que la mayoría de los derechos de voto o la posibilidad de nombrar a la mayoría de miembros del órgano de administración

¹⁰ De hecho, el anterior artículo 42 del Código de Comercio, redactado por el apartado dos del artículo 106 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y al que remitía el anterior artículo 4 de la LMV, establecía que “*Existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión*” para, a continuación, establecer las mismas presunciones que se contienen ahora para determinar el criterio del “control”.

¹¹ Ver la Exposición de Motivos de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional.

¹² Al artículo 42 del Código de comercio, al que se refieren el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores, y el artículo 18 de la Ley de Sociedades de Capital, hay que unir los artículos 92.5º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que establece la subordinación de los créditos de acreedores especialmente relacionados con el deudor, y el 93.4, que se basa en el criterio del “control”, y remite al artículo 42 del Código de Comercio, para su determinación.

determinación de la obligación de presentar cuentas consolidadas¹³, y la jurisprudencia menor¹⁴.

Esta postura, pese a su mayor claridad, puede generar fricciones en aquellos casos donde una disposición legislativa con connotaciones anti-abuso se circunscriba a los casos donde exista una estructura de grupo. En un supuesto de subordinación de créditos la perspectiva anti-abuso parecería requerir un enfoque sustantivo, o teleológico, más que formal, que incluyera dentro de la norma los supuestos donde existe una situación de vinculación y dirección única (ej. supuestos de sociedades participadas por el mismo socio persona física), o excluyendo los supuestos donde, pese al control, las transacciones se han celebrado en condiciones de mercado. Circunscribir, por ejemplo, la subordinación de créditos a personas vinculadas al supuesto de transacciones intra-grupo, genera este tipo de fricciones¹⁵. Sería, pues, adecuado, que la definición más cierta del fenómeno se viese acompañada por una cláusula de salvaguardia, que permitiese aplicar todas o algunas disposiciones a los supuestos donde exista decisión/dirección unitaria.

2.2. Los conflictos de interés intra-grupo y protección de los “externos” en las filiales

La posición oficial del ordenamiento español considera que la estructura de grupo es relevante para la aplicación de obligaciones de transparencia contable, pero irrelevante para cualquier otro propósito. Las sociedades pertenecientes a un grupo tienen la obligación de presentar cuentas anuales consolidadas, pero dicha pertenencia no puede afectar a las decisiones adoptadas cuando existe un conflicto entre el interés del grupo y el de la sociedad perteneciente al mismo, que es el problema más relevante derivado de la estructura de grupo.

Esta posición se deduce de lo dispuesto en los artículos que regulan tanto la acción de impugnación de acuerdos sociales, como los deberes de los administradores. Los acuerdos impugnables son, además de aquellos que son contrarios a la ley o se opongan a los estatutos, aquellos que *lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*. En esta definición no existe una distinción expresa entre socios o terceros pertenecientes al mismo grupo de la sociedad, y socios o terceros no pertenecientes al mismo. Del mismo modo, el deber de lealtad de los administradores se define como la defensa del interés social, *entendido como interés de la sociedad*, y la misma visión reducida se aplica en la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad, de aprovechar oportunidades de negocio, y en los deberes asociados a la situación de conflicto de interés.

¹³ STS de 24 de noviembre de 2011 ROJ 8279/2011, con referencia a la intencionalidad del legislador.

¹⁴ Por ejemplo, en situaciones de subordinación de créditos en el concurso, ver SAP Barcelona de 4 de octubre de 2012, SAP B 11842/2012, y 11 de diciembre de 2013 SAP B 13617/2013.

¹⁵ En la SAP Barcelona de 11 de diciembre de 2013 SAP B 13617/2013, por ejemplo, el tribunal no deja lugar a dudas sobre la intención del legislador, y aplica la norma en este sentido, pero no deja de manifestar su inquietud por la exclusión de los grupos por coordinación del ámbito de aplicación de la norma.

Aun así, habría cabido la posibilidad de que la distinción anterior, si bien no expresamente introducida por el legislador, hubiese sido entendida por los tribunales como parte de la interpretación del interés social. No obstante, los tribunales españoles han sido coherentes con una visión reducida del interés social. En su sentencia de 12 de abril de 2007 (caso *Carbónica Murciana*) el Tribunal Supremo debió interpretar la validez de un acuerdo del consejo de administración por el cual se cesaba al director general, que coincidía en la persona del socio minoritario¹⁶. Las actuaciones concretas se enmarcaban en un plan de reestructuración más amplio para todo el grupo La Casera, donde la producción se concentraría en determinadas plantas y se ejecutaría un plan de reconversión, con la consecuencia de que Carbónica Murciana perdería su principal activo (una planta de embotellado), su actividad industrial, y quedaría transformada en delegación comercial. La oposición del director general socio minoritario supuso su destitución. El Tribunal Supremo razonó de la siguiente manera:

La denuncia unilateral de la relación entre la sociedad y quien, como director general, ejercía funciones de administrador no necesitaba de justa causa para ser eficaz, como se dijo antes; tanto más si el cesado no compartía la justificación y oportunidad de las decisiones del órgano colegiado que conservaba la competencia estatutaria en dicho ámbito.

De otro lado, la integración de una sociedad en un grupo puede ser beneficiosa para la misma, en el sentido de favorecer su actuación concurrencial la agrupación de esfuerzos, la organización de medios y la planificación de objetivos comunes o coordinados que, como regla, aquel genera.

Sin embargo, la ratio de la sentencia recurrida no es otra que la realidad de un conflicto entre los intereses de los socios que controlaban el grupo con los de Carbónica Murciana, SA y un sacrificio de éstos en beneficio de aquellos, producido con una actuación que se inició con el cese del demandante y que estaba dirigida a hacer efectiva la dirección externa por medio del órgano gestor de la subordinada, en el que tenían la mayoría los socios portadores del interés triunfante, finalmente satisfecho con la venta de sus acciones representativas del capital de todas las sociedades del grupo.

Esa conclusión de naturaleza fáctica debe ser respetada en casación, al no proceder su modificación por ninguno de los motivos referidos a la prueba que han sido examinados¹⁷.

Una sentencia posterior del Tribunal Supremo de 2012 (caso *Transmediterránea*)¹⁸ confirma algunos de los aspectos tratados por la sentencia de 2007, y aporta algunos matices. El problema de fondo en este caso era la inclusión, junto al logo de la sociedad filial (Transmediterránea) del logo de la sociedad matriz del grupo (Acciona) sin que existiese compensación económica alguna de la matriz a la filial como contraprestación por dicha inclusión. El Tribunal Supremo rechaza el recurso presentado por la sociedad matriz. Nuevamente, la doctrina del Tribunal es previsible, y, por ello, menos relevante: se analiza un supuesto de grupo de sociedades como si se tratase de un supuesto normal de impugnación de acuerdos, se presta

¹⁶ STS de 12 de abril de 2007, RJ 2007/2410. Ver el comentario de FUENTES NAHARRO, Mónica “Conflicto de intereses en grupos de sociedades: reflexiones a propósito de la STS de 12 de abril de 2007” *RdS* (2009) pp. 401-419.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ STS de 17 de enero de 2012 RJ 2012/4981.

atención al concepto de interés social (explicando la ligera vacilación de las normas y la jurisprudencia entre la tesis contractualista e institucionalista) a la noción de lesión de dicho interés (y al test de previsibilidad aplicable), y al beneficio de uno o varios socios o terceros como requisito adicional (que, en este caso, introduce la consideración de la “discriminación” entre socios)¹⁹.

2.3. Los conflictos de interés intra-grupo y protección de los “externos” en las filiales (II). Los problemas de la jurisprudencia española

Las decisiones de la jurisprudencia española tienen la ventaja de la aparente claridad del planteamiento: cualquier transacción que, en el horizonte temporal cercano, no sea beneficiosa para la filial, es susceptible de anulación. No obstante, esta aparente claridad esconde numerosos problemas cuando se examina con detenimiento las decisiones en su contexto.

De la sentencia de 2007, por ejemplo, no sólo resulta interesante la doctrina del Tribunal, sino el marco en el que se adopta la decisión. En el plano doctrinal la tímida indicación del Tribunal de que la integración de una sociedad en un grupo puede resultar beneficiosa para aquella no contradice la afirmación de que una decisión que sacrifica los intereses de una sociedad en beneficio de los intereses del grupo deberá ser declarada nula. Pero el propio encuadre del problema es, quizás, más importante, al quedar definido como una cuestión de hecho, no de Derecho. Es decir, la pregunta que el Tribunal se plantea es “cuándo se produce el “sacrificio” de unos intereses a favor de otros”, cuestión de hecho; no formula una pregunta alternativa, como, por ejemplo, “cuál es el nivel de injerencia de los tribunales a la hora de apreciar la validez de una decisión cuando ésta se adopta en una estructura de grupo”, o “caso de darse una menor injerencia de los tribunales, cuál debe ser la contrapartida, o remedio, que palie las consecuencias negativas para la sociedad parte del grupo”.

Esta definición del problema tiene consecuencias claras para las estructuras de grupo. La más obvia es que, aplicada de forma literal, impediría la adopción de decisiones que fuesen beneficiosas para el grupo y perjudiciales para la sociedad, aunque la estrategia de la que formasen parte redundase, en el largo plazo, en beneficio de la sociedad (la ley indica que lo que se enjuicia son los “acuerdos sociales”, y no la estrategia de la que forman parte). Otra implicación menos obvia es que, al depender de un análisis estrictamente de hecho, y al tratarse de una consecuencia tan drástica (anular o no anular el acuerdo) el estándar de “sacrificio” de intereses, utilizado por el Tribunal, podría limitar el control a los casos más extremos, como el de la sentencia analizada, donde la filial perdía su propia razón de ser, sin incidir en los demás casos, que constituirían la gran mayoría. Una tercera implicación es que, al quedar el análisis de hecho en manos de los tribunales de instancia y apelación, podrían darse estándares de

¹⁹ *Ibid.*

control muy divergentes, sin la posibilidad de un control y homogeneización centralizados²⁰.

La sentencia de 2012 también ofrece reflexiones interesantes. Lo relevante, en este caso, es que, previsiblemente, el Tribunal no acepta el recurso, por entender que “*si bien la existencia o no de lesión puede exigir valoraciones jurídicas sujetas a casación, como regla constituye un juicio fáctico o de hecho cuya concurrencia [...] “corresponde a los Tribunales de instancia, que habrán de estar a lo probado en el proceso”*”²¹. Es decir, la apreciación del elemento más relevante corresponde al tribunal de instancia, con un escaso o nulo control en casación. Decimos escaso o nulo porque, en el razonamiento relativo al grado de injerencia de los tribunales en las decisiones empresariales, el Tribunal afirma que:

Corresponde a los empresarios la adopción de las decisiones empresariales, acertadas o no, sin que el examen del acierto intrínseco en sus aspectos económicos pueda ser fiscalizado por los Tribunales ya que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1983 (RJ 1983, 4212), aquel “*escapa por entero al control de la Jurisdicción*”.

Para, a continuación, afirmar que:

Pese a lo cual, como sostuvimos en la sentencia 569/2010, de 6 de octubre (RJ 2010, 7313), la trascendencia económica que en las sociedades capitalistas tiene el correcto desarrollo de la vida interna, justifica que dentro de ciertos límites el Estado se inmiscuya, lo que permite el control sobre la lesividad de los acuerdos de sus órganos colegiados, pero como precisa la 377/2007, de 29 de marzo (RJ 2007, 1788) “*siempre con cautela y ponderación, para no interferir en la voluntad social y en la esfera de acción reservada por la Ley y los estatutos a los órganos sociales*”²².

Con todas las reservas debidas, y la asunción de que podemos haber comprendido mal el razonamiento, creemos que un observador imparcial podría entender que, en el mismo, se afirma una cosa y la contraria. No se ofrece un mínimo criterio que ayude a predecir en qué casos decidirá el tribunal obrar con “cautela y prudencia”, y respetar “la esfera de acción reservada a los órganos sociales”, y en qué casos la “trascendencia económica” justificará que el estado se inmiscuya. Estos conceptos jurídicos indeterminados se antojan algo vacíos de contenido como para constituir una verdadera garantía de certeza y seguridad jurídicas.

²⁰ De hecho, en la sentencia anterior, el Tribunal Supremo afirmó que: *brevidad del relato de hechos contenido en la sentencia recurrida hace necesaria una integración del mismo, que afrontamos en ejercicio de la facultad que se atribuye esta Sala (sentencias de 17 de abril y 24 de noviembre de 1998), dentro de ciertos límites, pues no cabe con esta técnica contradecir la apreciación probatoria de la instancia (sentencia de 22 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 6520] y las que en ella se citan). Se trata, al fin, de una facultad de carácter excepcional que ha de referirse a hechos complementarios, no suficientemente explicitados en la resolución recurrida y de constancia necesaria para la decisión judicial (sentencia de 22 de diciembre de 2006 y las que en ella se citan). STS de 12 de abril de 2007, RJ 2007/2410*

²¹ *Ibid* FJ SÉPTIMO, no. 2.6.

²² *Ibid* FJ SÉPTIMO, no. 2.3.

Es una lástima, ya que, precisamente el supuesto de hecho analizado, habría sido un buen campo de pruebas para expandir algo más el razonamiento del Tribunal. Y ello porque no podemos olvidar que la decisión empresarial donde el tribunal de instancia había apreciado la lesión consistió en la inclusión de la marca de la matriz junto a la marca de la filial. Ciertamente, la decisión no tenía unos efectos drásticos, y, aunque se adoptó sin el pago de una compensación por parte de la matriz, podía argumentarse que la inclusión de ambas marcas también beneficiaba a la filial (argumento que se manejó en la instancia). Más importante, la apreciación de si se trataba de una relación jurídica de intercambio (contrato publicitario) sin contraprestación, o de una acción conjunta de colaboración empresarial no parece materia propia del ámbito de decisión de los tribunales; o, al menos, su injerencia o no, por tratarse de cuestión de Derecho, sí debería haber sido objeto de análisis por el Tribunal Supremo.

3. EL DERECHO ESPAÑOL DE GRUPOS QUE (SE NOS) VIENE. MEJORAS E INCERTIDUMBRES

El problema de la posición del legislador y la jurisprudencia españoles, en nuestra opinión, no es tanto su intransigencia como la incertidumbre que generaban (¿es posible extender las disposiciones sobre grupos a casos donde no se dan, estrictamente, las condiciones previstas por el legislador? ¿cuál es el control efectivo que deben ejercer los tribunales a la hora de valorar si una transacción es “perjudicial para la filial”?)

La Comisión de Codificación parece haberse hecho eco de estos problemas, así como de la tendencia internacional a regular expresamente los grupos de sociedades en países de nuestro entorno. Así, el Anteproyecto de Código Mercantil, si se convierte en ley en su versión actual, promete un nuevo Derecho de grupos²³. No obstante, antes de celebrar la buena nueva, es importante examinar cómo afronta el legislador los problemas que hemos apuntado arriba. Primero, cuál es concepto de grupo (1), y, a continuación, cuál es el nuevo enfoque a la hora de resolver los conflictos intra-grupo (2).

3.1. Sobre el concepto mixto de grupo

Parecía que, tras las reformas desde el año 2007, el legislador español se movía inexorablemente hacia un concepto de grupo basado en el criterio del “control”. El Anteproyecto no contradice plenamente esta tendencia, en la medida en que sigue manteniendo el “control” como concepto principal²⁴. No obstante, sus autores han debido considerar que, teniendo en cuenta que el principal objetivo de la reforma parece ser el de regular los conflictos intra-grupo (que pueden darse en los grupos coordinados

²³ Título IX, Capítulo I, Código Mercantil, artículos 291-1 – 291-37.

²⁴ Artículo 291-1. *Noción de grupo.*

Existe grupo: a) Cuando una sociedad controle a otra o cuando varias sociedades estén controladas por una misma persona natural o jurídica, cualquiera que sea el fundamento de ese control

con igual asiduidad que en los subordinados) ceñirse exclusivamente al “control” es excesivamente reduccionista, y podría dar lugar a divergencias notables en el tratamiento de problemas semejantes. Por ello, se amplía la noción de grupo a aquellos supuestos donde exista una “dirección única” (que se hace eco de la “unidad de decisión”) si bien este concepto queda circunscrito a los grupos por coordinación, y no define el fenómeno del grupo en general²⁵; y, además, en la definición de “control”, a los elementos puramente societarios (tenencia o disponibilidad del voto, nombramiento/destitución de los miembros del órgano de administración) añade otros, basados en los signos externos que indiquen la pertenencia a dicho grupo²⁶.

La actual definición constituye una mejora, principalmente a la vista de la mayor complejidad del nuevo régimen de grupos, que agradece la combinación entre un núcleo cierto de presunciones, y un exterior flexible y maleable. El núcleo cierto, no obstante, no es un “núcleo duro”, pues se hace un mayor esfuerzo por indicar expresamente que las presunciones sobre el “control” regirán “*Salvo prueba en contrario*”²⁷. Ello plantea la duda de qué ocurriría en los supuestos donde la estructura de control no se corresponda con la unidad de dirección, si bien no deberían ser excesivamente frecuentes²⁸.

Asimismo, al incluir una definición expansiva, el Anteproyecto sale al paso de los problemas a los que podría haber dado lugar una visión más reduccionista, como ha ocurrido en Alemania, con la restricción de las normas tuitivas de los grupos a las sociedades “abiertas” *Aktiengesetz*, lo que ha dado lugar a una amplia (y cambiante) jurisprudencia cuyo objetivo ha sido responder a la pregunta de cuál es el régimen de responsabilidad de la matriz por los perjuicios causados a la filial (y sus acreedores), en los casos de GmbH, cuya ley no regula expresamente el problema, sin que, hasta la

²⁵ De acuerdo con el mismo artículo 291-1, también existe grupo “*Cuando dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo una dirección única por virtud de pactos o contratos entre ellas*”.

²⁶ A la hora de establecer la presunción *iuris tantum* de “control”, el artículo 291-3 del Anteproyecto de Código Mercantil añade, a los elementos ya incluidos en el artículo 42 del Código de comercio, los siguientes:

e) *Cuando una sociedad haya incluido en la denominación elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio o registrado a nombre de ésta o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo.*

f) *Cuando una sociedad haya hecho constar en la documentación o en cualquier clase de publicidad la perteneciente de la misma al grupo.*

²⁷ El actual artículo 42 del Código de Comercio afirma, en términos más terminantes, que: “*Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:*”

²⁸ Por ejemplo, pensemos en el caso donde una filial, controlada por su matriz, desarrolla una política de dirección unitaria, no con su matriz, sino con otra sociedad, que, pongamos, esté, a su vez, controlada por una matriz distinta (ello, por ejemplo, en virtud de acuerdos contractuales suscritos por ambas filiales y ambas matrices, si bien atañen exclusivamente a la dirección de las filiales). Claramente, las filiales tendrían una “unidad de dirección” entre ellas, y no con cada una de sus matrices, pero de ello no podemos concluir que exista una “prueba en contrario” de la presunción de “control” por cada una de las matrices.

fecha, ninguna respuesta haya sido excesivamente satisfactoria²⁹. También parece el Anteproyecto salir al paso de la diferencia (de nuevo, presente en Alemania) entre grupos “*de iure*” y grupos “*de facto*” (o “formales” e “informales”)³⁰. De acuerdo con el Anteproyecto, el grupo es una situación de hecho, y la exigencia de información y publicidad registral³¹ se establece como una obligación impuesta a los administradores, cuyo incumplimiento trae consigo la correspondiente responsabilidad³², pero no como un requisito previo a la existencia del grupo.

Genera más dudas la ausencia de distinción, dentro del concepto de grupo, del fenómeno de los “grupos cualificados”, donde la sociedad es tratada como una unidad, o división, del grupo, más que como una entidad independiente. A este propósito parece responder las referencias a la “integración” de una sociedad en un grupo, si bien ello se hace sin mayores requisitos, lo que puede generar incentivos inadecuados (ver, más abajo).

3.2. La regulación de los conflictos intra-grupo

El principal aliciente del nuevo régimen jurídico de los grupos es la regulación de los conflictos intra-grupo. El Anteproyecto de Código Mercantil no defrauda a quienes consideraban que esto era uno de los principales déficits de nuestro ordenamiento societario. La vocación del nuevo régimen jurídico es tuitiva, más que organizativa. La organización interna del grupo se deja a lo que internamente establezcan los propios grupos, y las normas se centran en proteger a las partes presumiblemente afectadas; esto es, a los “externos” de las sociedades filiales (socios minoritarios y acreedores), por oposición a los internos (administradores y sociedad matriz)³³.

La referida protección, parecida a la dispensada por las normas alemanas, se articula en torno a tres elementos: (1) la validez de los actos en beneficio del grupo; (2) la responsabilidad derivada del perjuicio a las sociedades dependientes; y (3) la regulación de los derechos de salida (separación y adquisición forzosa).

1) En materia de validez, la nueva regulación de los conflictos intra-grupo se abre con una concesión a la realidad fáctica de los grupos, y que supone el cambio más importante respecto de la posición mantenida hasta ahora:

A) la posibilidad de la sociedad dominante de impartir instrucciones a la dependiente, y la consiguiente presunción de validez de los actos en ejercicio del

²⁹ Las reglas en materia de grupos se incluyen en la *Aktiengesetz*, pero no en la *GmbHG*, a pesar de los amplios poderes otorgados al accionista de la GmbH de dar instrucciones a la misma (§ 37 *GmbHG*).

³⁰ VANDECKERCKHOVE, K., *Piercing the Corporate Veil* Kluwer Law International, 2007, p. 49.

³¹ Artículos 291-8 – 291-9 Anteproyecto de Código Mercantil.

³² Artículo 291-8 Anteproyecto de Código Mercantil.

³³ Teniendo en cuenta las variedades organizativas que los grupos pueden revestir, parece buena idea que el legislador se haya limitado a la protección de intereses vulnerables, y no tanto a definir con normas una realidad económica cambiante en modos que podrían rigidizar la realidad económica, o volver las normas irrelevantes.

control, aun cuando vayan en perjuicio de la sociedad dependiente³⁴. Aunque la disposición se formula en términos orgánicos o funcionales (“facultad de impartir instrucciones a los administradores de la sociedad dependiente”) ello presupone el reconocimiento implícito del “interés del grupo” como criterio digno de protección, y la pérdida de importancia de la acción de anulación (impugnación de acuerdos) como mecanismo de control prioritario del conflicto. El límite absoluto lo constituyen los actos contrarios a la ley, los estatutos de la dependiente, o que puedan poner en peligro su solvencia³⁵.

- B) Un régimen específico en materia de eficacia se establece para el supuesto de las garantías intra-grupo, algo en lo que el Anteproyecto se hace eco de la importante jurisprudencia, así como de la frecuencia cada vez mayor del fenómeno, lo que no hace que sea menos controvertido. Para este caso, las normas distinguen entre las garantías de la dominante por deudas de las dominadas, generalmente válidas³⁶, de las prestadas por la dependiente por deudas de la dominante, generalmente inválidas³⁷, salvo que se trate de garantías solidarias concedidas “en el mismo acto” por todas las sociedades del grupo para garantizar la deuda de una de ellas, o de garantías prestadas por entidades de crédito integradas en un grupo, en el ejercicio ordinario de su actividad, y en condiciones de mercado³⁸.

Cabe preguntarse cuál va a ser la interacción de las normas anteriores entre sí, así como con las normas concursales. Parece lógico pensar que, por el hecho de disponer de reglas específicas en materia de eficacia, las garantías no están exentas de las reglas que regulan la responsabilidad de la dominante por los perjuicios causados (ver debajo) pero no queda claro si las garantías están sujetas a los límites generalmente aplicables a los actos perjudiciales (ver arriba). En el caso de los límites más claros (ley y estatutos) entender que la disposición sobre garantías convierte en eficaces las garantías en contravención de la ley, o contrarias a los estatutos de la dominada, conduciría a un resultado absurdo. El problema reside en los supuestos donde las garantías prestadas solidariamente por las sociedades del grupo pueden poner en peligro la solvencia de la filial. Sería posible entender que, al tratarse los preceptos que regulan el perjuicio a la filial de disposiciones generales, resultan aplicables con carácter supletorio. No obstante, también sería posible entender que, al construirse las normas sobre garantías como *lex specialis*, las mismas regulan la eficacia pre-concursal de las garantías, mientras que la eficacia de

³⁴ El artículo 291-9 del Anteproyecto de Código Mercantil establece, en su apartado (1): “Los administradores de la sociedad dominante tendrán la facultad de impartir instrucciones en interés del grupo a los administradores de la sociedad dependiente, aunque la ejecución de esas instrucciones pueda ocasionar un perjuicio a esta sociedad”.

³⁵ Artículo 291-9 (2) Anteproyecto de Código Mercantil.

³⁶ Artículo 291-14 (1) Anteproyecto de Código Mercantil.

³⁷ Artículo 291-14 (2) Anteproyecto de Código Mercantil.

³⁸ Artículo 291-14 (3) (a) y (b) Anteproyecto de Código Mercantil.

garantías que ponen en peligro la solvencia de la sociedad dependiente deben valorarse de acuerdo con las disposiciones concursales en materia de actos lesivos para la masa³⁹. En todo caso, habría sido deseable una mayor claridad del legislador, especialmente en un punto tan sensible.

- 2) El segundo punto crítico del régimen jurídico de los conflictos intra-grupo son las disposiciones en materia de responsabilidad. La contrapartida de la posibilidad de la dominante de impartir instrucciones a las dependientes, incluso en perjuicio de éstas, es la exigencia de que la dominante compense a las dependientes por los perjuicios sufridos⁴⁰. Dichos perjuicios deberán compensarse en el plazo de un año desde el acto dañoso, o desde que se emita la instrucción, si el perjuicio derivado de ésta es previsible⁴¹.

De dicha compensación serán solidariamente responsables la sociedad dominante y sus administradores, así como los administradores de la sociedad dependiente⁴², y la acción podrá ser ejercitada por cualquier administrador o por cualquier socio de la sociedad dependiente en defensa del interés social, o por cualquier acreedor en caso de insuficiencia del patrimonio de la sociedad⁴³. Al intentar garantizar la protección de los socios externos el legislador español sitúa a los administradores de la sociedad dependiente en una posición incómoda. Por ley deben aceptar las instrucciones recibidas de la sociedad dominante. Sin embargo, caso de que la compensación no resulte adecuada sólo podrán eximirse de responsabilidad si prueban que han cumplido con el deber de información, así como que existen elementos objetivos para considerar que la compensación era adecuada y posible y que la ejecución de las instrucciones no ha puesto en riesgo la solvencia de la sociedad⁴⁴.

Si bien en teoría este equilibrio puede parecer razonable, en la práctica parece enviar señales contradictorias a los administradores de las sociedades dominadas: por un lado, deben seguir fielmente instrucciones, aunque de ellas se derive un perjuicio para la sociedad que administran; por otro, deben informar fielmente a sus socios externos, y, se entiende, valorar los supuestos donde pueda existir un perjuicio. La pregunta es qué ocurre tanto en los casos donde los administradores “no saben que no saben”, y en los casos donde “saben que no saben”. ¿Tienen los administradores (a) un deber genérico de solicitar información a la dominante, relativa a “todos aquellos factores que puedan influir en la existencia de perjuicio”; (b) un deber específico de solicitar información sólo en aquellos casos donde sean conscientes de que no disponen de todos los datos para evaluar los potenciales perjuicios (y, en tal caso, ¿se encuentra la dominante obligada a facilitar la información, si atañe a

³⁹ Artículo 71 Ley Concursal.

⁴⁰ Artículo 291-11 Anteproyecto de Código Mercantil.

⁴¹ Artículo 291-11 Anteproyecto de Código Mercantil.

⁴² Artículo 291-12 (1) y (2) Anteproyecto de Código Mercantil.

⁴³ Artículo 291-12 (3) Anteproyecto de Código Mercantil.

⁴⁴ Artículo 291-12 (2) Anteproyecto de Código Mercantil.

cuestiones sensibles dentro del grupo?); o (c) un deber de procesar la información que se les ha facilitado?

Dentro de las normas de responsabilidad, también se introduce la responsabilidad subsidiaria de la sociedad dominante frente a los acreedores de la sociedad dominada cuando se hubiera generado en el acreedor, por las circunstancias concurrentes, la apariencia de que la dominante asumía tal responsabilidad⁴⁵. En este punto el problema reside en la combinación de esta regla de responsabilidad con la derivada de la jurisprudencia sobre levantamiento del velo, donde la responsabilidad es solidaria⁴⁶. Y ello porque la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo también conlleva la apreciación de la existencia de una apariencia jurídica⁴⁷. La explicación de que la doctrina del levantamiento del velo responde a grupos de casos más amplios (en ocasiones la confusión patrimonial tiene carácter interno, y no trasciende al exterior) no soluciona el problema, en tanto que la tarea de distinguir los supuestos donde la apariencia sobre la unidad de dos sociedades, y la apariencia de que una asume las responsabilidades de la otra, puede resultar más fácil de formular en la teoría que en la práctica. La exigencia de proporcionalidad parece demandar que la apreciación del levantamiento del velo en los supuestos de apariencia requiera unos requisitos más restrictivos, lo que, a su vez, puede suponer una restricción mayor del levantamiento del velo en los supuestos de grupo de sociedades, y una absorción de supuestos antes analizados bajo esta doctrina por la regla específica de la responsabilidad de la sociedad dominante en situaciones de grupo⁴⁸.

- 3) El tercero de los puntos críticos es la articulación de los derechos de salida. El legislador español sale al paso del problema generado por la tradicional restricción de la salida de los socios descontentos⁴⁹, flexibilizándolo en las situaciones de grupo. En su propuesta actual, se establecería dicha flexibilización de modo asimétrico, con un acceso distinto a la separación que a la adquisición forzosa.

La separación estaría disponible para los socios de sociedades que no coticen en mercados secundarios oficiales cuando (1) la sociedad se integre en un grupo (3 meses desde que se conozca la integración)⁵⁰, o (2) la sociedad dominada sufra un

⁴⁵ Artículo 291-13 (1) Anteproyecto de Código Mercantil.

⁴⁶ Ver, por ej. STS de 29 de julio de 2005 (ROJ 5207/2005).

⁴⁷ Ver, por todas, la STS de 12 de mayo de 2008 (ROJ 3091/2008).

⁴⁸ Dicho esto, la formulación es algo confusa, en la medida en que se habla de la generación de apariencia “en el acreedor”, sin especificar que el estándar aplicable debe ser objetivo (deberá generarse en un acreedor medio, o razonable, en las mismas circunstancias), lo que contribuye aún más a la incertidumbre del precepto.

⁴⁹ Dicha restricción tiene sentido en las sociedades capitalistas como regla general, no obstante, al menos desde un punto de vista económico: la estabilidad que dicha “*liquidation protection*” genera facilita la acumulación de capital, y es el complemento idóneo de la protección de patrimonio societario de las decisiones individuales de los socios (la responsabilidad limitada, pues, sería un corolario, pero no el elemento principal). Ver HANSMANN, H.; KRAAKMAN, R.; SQUIRE, R. “Law and the rise of the firm” *Harvard Law Review*, Vol. 119, 2005, pp. 1335-1403.

⁵⁰ Artículo 291-15 (2) Anteproyecto de Código Mercantil.

perjuicio no compensado (1 año desde que se conozca el perjuicio)⁵¹; debiendo recibir el valor razonable de su participación en el momento relevante (cuando se produce la integración o el perjuicio) menos las cantidades percibidas en forma de dividendos, etc, a partir de entonces⁵². Una cuestión que parece un ligero “despiste” del legislador es que se restringe el derecho a aquellas sociedades que no coticen en “mercados secundarios oficiales”, lo que beneficia a los socios de sociedades cuyas acciones sean negociadas en otros sistemas de negociación, como las plataformas multilaterales de negociación, o los internalizadores sistemáticos⁵³, sin más precisiones, que tendrían acceso a la liquidez del mercado, y a la separación.

Dejando de lado la cuestión de la separación por perjuicio, que no se gradúa en función de la gravedad del mismo, más perentoria aún parece la necesidad de resolver la cuestión de la separación por integración en un grupo. Dicho derecho a la separación parece tomado del derecho análogo que existe en el Derecho alemán⁵⁴. No obstante, el Derecho alemán no otorga dicha protección en todos los casos de pertenencia a un grupo, sino a aquellos donde existe un “acuerdo de empresa”⁵⁵, sea un acuerdo de control, o un acuerdo de transferencia de beneficios, entendido siempre como un *acuerdo formal*⁵⁶. La restricción de la protección sólo a aquellos casos donde existiese dicho acuerdo formal daba lugar a un poderoso incentivo para los grupos cualificados *de facto*, donde existía una integración tal que no permitía aislar el concreto acto perjudicial, y, al tiempo, el ordenamiento no dispensaba la protección dispensada a los grupos donde existía un acuerdo de empresa⁵⁷, y el legislador español parece salir al paso de este problema, al extender la misma protección que la dispensada por el Derecho alemán, pero sin exigir la presencia de un “acuerdo de empresa”.

Si bien el estado del Derecho alemán no resultaba satisfactorio por el defecto de protección dispensado, el Derecho español puede pecar de lo contrario. La premisa que justifica el derecho de separación es la absorción de una sociedad de tal modo en la estructura del grupo que resulte imposible aislar los actos perjudiciales⁵⁸,

⁵¹ Artículo 291-11 (1) Anteproyecto de Código Mercantil.

⁵² Artículo 291-16 (3) y 291-17 (3) Anteproyecto de Código Mercantil.

⁵³ Artículos 118 y ss. de la Ley del Mercado de Valores. Teniendo en cuenta que alguna de dichas Plataformas Multilaterales de Negociación, como BATS – Chi-X Europe, son las primeras plataformas de Europa por volumen de contratación no parece una restricción lógica. Ver información en tiempo real en http://www.batstrading.co.uk/market_data/market_share/index/

⁵⁴ Sección § 305 *Aktiengesetz*.

⁵⁵ Sección § 291 *Aktiengesetz*.

⁵⁶ Ver secciones § 293-293g, más 294, para los requisitos formales para la adopción del acuerdo.

⁵⁷ Ello ha dado lugar a violentos vaivenes jurisprudenciales. La jurisprudencia inicial, que reconocía el concepto de “grupos cualificados *de facto*”, aplicaba un régimen de responsabilidad análogo al de los grupos sometidos a acuerdo, mientras que la jurisprudencia más reciente ha aplicado una visión más reduccionista, donde se declara a la dominante responsable sólo por los actos que ponen en peligro la solvencia de la dominada. Ver WOOLRIDGE, F. “German law governing private companies in a group”, *Amicus Curiae*, Issue Vol. 81, Spring 2010, pp. 21-24.

⁵⁸ “Cuando la dirección común o unitaria adquiere tal densidad que ya no pueden ser aisladas las concretas actuaciones que perjudican a la sociedad, los remedios impugnativos o de responsabilidad no sirven para restablecer los intereses de los socios externos. La posibilidad del daño es general y permanente y, por tanto, ha de buscarse una técnica de protección que también sea general y

pero ello no tiene por qué ocurrir en el caso de todos los grupos, sino sólo en los denominados “cualificados”. Lo interesante es que el legislador establece el derecho a la separación en el momento de la “integración de la sociedad en el grupo”, lo que, en ausencia de otras disposiciones, podría sugerir que no basta con que una sociedad disponga del 51% de los derechos de voto, o el derecho a nombrar a la mayoría del órgano de administración, sino que es precisa una integración cualificada, y *de facto*. No obstante, la interpretación sistemática de dicha referencia no permite extraer dicha conclusión. Tanto las disposiciones en materia de publicidad, como la exposición de motivos sugieren que “integración” equivale a “pertenencia”, sin mayores cualificaciones⁵⁹.

En este punto es donde la precisión de que los criterios que determinan el “control” lo hacen “salvo prueba en contrario” (ver arriba) puede resultar más útil. El legislador parece hacerse la siguiente composición: otorgar el derecho de separación sólo en aquellos casos donde exista un acto formal (como en Alemania) no protege a los externos, porque deja la decisión en manos de quien tiene menos incentivos para protegerlos; cualificar la protección a la existencia de una “integración efectiva”, o cualificada, podría suponer una carga excesiva para el socio externo. Por tanto, se otorga un derecho automático de separación, pero susceptible de prueba en contrario por la sociedad dominante.

No obstante, el problema reside en que, para evitar el perjuicio económico que la separación de los socios externos puede traer consigo, a la sociedad dominante no le bastaría con demostrar que la sociedad no se encuentra sometida a un régimen de gestión centralizada cualificada (donde la dilución del perjuicio justifica el derecho de separación), sino que tendría que demostrar que, lisa y llanamente, no hay control (artículo 291-3), y, por ende, no hay grupo. Entendemos que ello conlleva que la situación no resulte satisfactoria. En ausencia de un concepto de “grupo cualificado” el legislador penaliza innecesariamente al socio mayoritario persona jurídica, presumiendo que toda situación de control conlleva necesariamente un grupo cualificado, y, más grave aún, dicha presunción tiene un carácter *iuris et de iure*, de modo que no permite a la dominante demostrar lo contrario.

El derecho de adquisición forzosa (*squeeze-out*), por su lado, solamente estaría disponible cuando la dominante poseyese, de manera acumulada, el 90% del capital, y el 75% de los derechos de voto, en una regla parecida a la existente en Derecho

permanente. La única solución se halla en reconocer a los socios de minoría un derecho de salida o, por lo menos, en arbitrar medidas genéricas de compensación.” PAZ-ARES, C. “Uniones de Empresas y Grupos de Sociedades”, en Aurelio Menéndez *Lecciones de Derecho Mercantil*.

⁵⁹ El punto III-107 de la Exposición de Motivos del Código Mercantil afirma que: “Resuelta así la cuestión central de la estructura y alcance del concepto, el régimen de los grupos de sociedades abarca los aspectos más característicos de la problemática que plantea la vinculación de sociedades, comenzando por los deberes de información e inscripción, encaminados a hacer evidente la integración o separación del grupo como base para los demás efectos”. Es decir, la publicidad, como acto formal, sólo legitima lo que es una cuestión de hecho (la integración en el grupo), impresión que se confirma por el artículo 291-6. La pertenencia al grupo viene dada por el cumplimiento del criterio del control, interpretado en el sentido comentado más arriba, o, en casos donde no exista, en casos de dirección única.

alemán (si bien el Derecho alemán exige el 95% del capital)⁶⁰. Asimismo, como garantía adicional, se exige el pago de un precio equivalente al del supuesto de la separación, en efectivo, y, además, un 10% de dicha cantidad en dinero o acciones de la sociedad dominante.

Las nuevas reglas sobre los grupos no extienden su régimen tuitivo a los socios de la matriz⁶¹, en el entendido de que los derechos de éstos deberán quedar preservados por las normas específicas de responsabilidad de administradores, y las garantías existentes para los procesos de segregación.

4. REFLEXIONES FINALES: OBJETIVOS DEL DERECHO DE GRUPOS

El dicho “cuidado con lo que deseas porque puede hacerse realidad” tiene amplios fundamentos en la psicología cognitiva. El bienestar subjetivo del individuo se ve afectado de manera importante por el contenido de las metas que se desean (si consisten en conseguir o evitar algo) así como en los motivos por los que se desean dichas metas⁶². En España muchos han deseado un nuevo Derecho de grupos, y pocos deseaban que “no” hubiese. Si los acontecimientos siguen su curso, contaremos con un Derecho de grupos en poco tiempo. ¿Será uno de esos casos donde debamos lamentar lo que hemos deseado tanto tiempo?

En principio no hay motivo para pensar que ello deba ser así, pero conseguir, a la hora de valorar positivamente la reforma, el mismo consenso que a la hora de solicitarla, depende de que definamos claramente cuáles son las expectativas, y por qué se albergan.

Para empezar, un Derecho de grupos no va a eliminar la controversia, que seguirá existiendo, sólo que con soluciones distintas. Tampoco la reforma debería traducirse, necesariamente, en estructuras de grupo más transparentes (las normas contables son iguales que las que ya existían) ni en la eliminación de los abusos: las nuevas normas pueden proporcionar un abanico más amplio de mecanismos para solucionar los problemas, pero no serán suficientemente disuasorias para quienes desean aprovechar la estructura de grupo para realizar transferencias de renta en su beneficio.

La cuestión, pues, es si la nueva legislación conducirá a un resultado más eficiente, o más justo. Y aquí es importante valorar el qué se espera de las nuevas normas, y por qué se espera, porque, en muchas ocasiones, las metas y sus motivos pueden estar mezclados⁶³.

⁶⁰ Sections §327a-327f *Aktiengesetz*.

⁶¹ FUENTES NAHARRO, M., “Accionistas externos de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, nº. 19, 2008, pp. 1-28.

⁶² EHRLICH, C., “Be careful what you wish for but also why you wish for it – Goal-striving reasons and subjective well-being”, *The Journal of Positive Psychology*, vol. 7, Issue 6, 2012.

⁶³ En un sentido similar, ver EMBID IRUJO, J. M., “Trends and Realities in the Law of Corporate Groups”, *EBOR*, vol. 6, 2005, pp. 67-68.

La meta (esto es, el qué) en la que todo el mundo parece coincidir es la tuitiva: un nuevo régimen de los grupos es necesario porque es preciso proteger debidamente a los socios minoritarios y a los acreedores de las filiales. En este punto las divergencias pueden estar no en el qué, sino en el por qué. Se podría defender la necesidad de normas tuitivas por motivos de ética no utilitarista (es justo proteger a la parte débil, por ejemplo, otorgándole la protección que cualquier parte estipularía como mínima si no supiese de antemano el papel que le va a tocar (el velo de la ignorancia de Rawls)), o por motivos utilitaristas (es más eficiente proteger a la parte débil). En este punto, nos permitimos apuntar que el recurso al primer tipo de argumentos es problemático. Primero, por el motivo (más manido) de que los criterios de justicia distributiva casan mal en un modelo, como el del Derecho Privado, basado en la justicia conmutativa. Segundo, porque la debilidad de una de las partes no depende, estrictamente, de su posición en la sociedad, sino de muchos otros elementos. Si pensamos en una empresa de capital riesgo que suscribe una participación minoritaria en una empresa de nueva creación, o un banco que le presta dinero, no pensamos en una parte débil, sino fuerte, y capaz de negociar una protección adecuada a sus intereses.

Los argumentos utilitaristas pueden resultar más útiles. Es cierto que una parte sofisticada no necesita la protección que le dispensan las normas, pero, generalmente, negociará una protección más reforzada que la otorgada por dichas normas, de modo que las mismas no le afectarán. Para una parte no sofisticada, por el contrario, la existencia de unos mínimos de protección contra la expropiación pueden resultar esenciales para invertir su dinero en una sociedad, en lugar de otro tipo de inversión. La protección de los accionistas, especialmente minoritarios, es esencial para favorecer la inversión, y, con ella, la acumulación del capital, y el desarrollo económico⁶⁴, pero es importante darse cuenta de la naturaleza del argumento a la hora de defenderlo.

El consenso es menor en la perspectiva organizativa; esto es, en si las normas jurídicas deben frenar, o, por el contrario, facilitar la organización del grupo como una estructura integrada⁶⁵. Aquí se pueden afirmar distintas cosas, que resumimos a continuación:

	Regular más los grupos	Regular menos los grupos
Favorecer organización e integración	Fomento regulatorio de los grupos (reglas específicas de organización)	Fomento desregulador de los grupos (posibilidad de impartir instrucciones + énfasis en derechos de salida)
Frenar organización e integración	Control regulatorio de los grupos (perspectiva sólo tuitiva)	Ausencia del “interés del grupo”, protección del “interés social” (situación actual)

⁶⁴ LA PORTA, R.; LOPEZ-DE-SILANES, F.; SHLEIFER, A., “Corporate ownership around the world”, *Journal of Finance*, vol. 54, 1999, pp. 471-517; LA PORTA, R.; LOPEZ-DE-SILANES, F.; SHLEIFER, A., “Investor protection and corporate governance”, *Journal of Financial Economics*, 59, 2000, pp. 3-27; LA PORTA, R.; LOPEZ-DE-SILANES, F.; SHLEIFER, A.; VISHNY, R. W., “Legal determinants of external finance”, *Journal of Finance* 1, 1997, pp. 1131-1150; LA PORTA, R.; LOPEZ-DE-SILANES, F.; SHLEIFER, A.; VISHNY, R. W., “Law and finance”, *Journal of Political Economy*, vol. 6, 1998, pp. 1113-1155.

⁶⁵ EMBID IRUJO, J. M., “Trends and Realities in the Law of Corporate Groups” *op. cit.* pp. 79-80.

La anterior clasificación es obvia, pero importante, porque, a su vez, ayuda a determinar las motivaciones de unas propuestas u otras, y las preguntas que debemos plantearnos. La primera de estas preguntas supone pasar del enfoque prescriptivo al valorativo, y exige valorar si el funcionamiento integrado de los grupos, además de ser una realidad, es una asignación eficiente de los recursos que debe fomentarse, o una asignación ineficiente que debe frenarse.

En este punto sentimos si somos algo aguafiestas, pero la literatura económica no proporciona argumentos a favor de la eficiencia. Los estudios realizados demuestran, por ejemplo, que existe un “descuento del conglomerado” (esto es, que los grupos diversificados tienen un valor inferior al de la suma de sus partes)⁶⁶, que, analíticamente, está demostrado que situar a una parte en una posición donde puede tomar decisiones una parte de las cuales no repercutirán sobre su propio patrimonio conduce a resultados menos eficientes⁶⁷, y que, empíricamente, existe correlación entre la proliferación de las estructuras de grupo y las situaciones de abuso⁶⁸.

Estas consideraciones, entendemos, son esenciales para dar forma al debate sobre el “interés del grupo”. Estamos acostumbrados a que la protección de un interés por las normas coincida con una valoración positiva de dicho interés por el ordenamiento (y que dicha valoración positiva tenga consecuencias en el plano interpretativo-teleológico), pero, quizás, es preciso plantearse la pregunta de cómo conciliar la protección dispensada por el ordenamiento al “interés del grupo” (en la autorización a impartir instrucciones a la filial) con una valoración neutra, o, incluso, negativa, de dicho interés por el legislador. Aceptar que una matriz pueda impartir instrucciones a una filial aunque vayan en su perjuicio no pasa, necesariamente, por aceptar que el “interés del grupo” sea un principio con *vis expansiva*. Aquí es importante que la retórica sobre el interés del grupo no enmascare una agenda legislativa en contraposición con lo que, hasta ahora, sigue suponiendo el centro de gravedad del Derecho de grupos: la protección de los socios minoritarios y de los acreedores, y no la protección del grupo.

La segunda de las preguntas exige una evaluación honesta sobre el papel de la ley a la hora de fomentar o disuadir de determinadas prácticas. Aun en el caso de que concluyésemos que las estructuras de grupo son intrínsecamente eficientes, o que deseamos apostar por ellas, unas normas que regulasen los aspectos organizativos del grupo no tendrían, necesariamente, que ser la mejor solución. En Alemania la regulación de los grupos está prevista, principalmente, para los grupos “formales” (donde existe un acuerdo de dirección) donde la filial es una AG; y ello no impide que, en muchos casos, los grupos tengan lugar fuera de esta estructura (grupos *de facto* y/o

⁶⁶ JENSEN, M.; MECKLING, W., “Managerial behavior, agency costs and ownership structure”, *Journal of Financial Economics*, vol. 3, 1976, p. 306.

⁶⁷ DYCK, A.; ZINGALES, L., “Private Benefits of Control: An International Comparison”, *The Journal of Finance*, vol. LIX, n.º. 2, April 2004, pp. 537-600.

⁶⁸ BERGER, P; OFEK, E. “Diversification’s effect on firm value”, *Journal of Financial Economics*, vol. 37, 1995, pp. 39-65; LANG, L; STULZ, R., “Tobin’s q, corporate diversification and firm performance”, *Journal of Political Economy*, vol. 102, 1994, pp. 1248-1281; MORCK, R; SHLEIFER, A; VISHNY, R “Do managerial objectives drive bad acquisitions?”, *Journal of Finance*, vol. 45, 1990, pp. 31-48.

donde la filial es una GmbH) no por descuido, sino porque la informalidad e incerteza pueden resultar preferibles a la mayor rigidez de las normas.

Como conclusión, a lo largo de estas líneas me he planteado, si no responder, sí plantear algunas preguntas que, entiendo, son importantes a la hora de orientar el debate sobre los grupos de sociedades. Ninguna es una pregunta compleja de entender, si acaso, son preguntas simples. Pero una pregunta simple de entender puede resultar complicada de responder. A día de hoy, si bien hay consenso sobre la necesidad de proteger a los “externos”, no creo que haya una posición asentada sobre si los grupos son, en sí, algo positivo, ni siquiera sobre la mejor manera de promoverlos. Responder a estas preguntas, pues, es esencial para manejar nuestras expectativas, y, contradiciendo el dicho, alegrarse de que se cumpla lo que hemos deseado. Quienes, como Rafael, aprecian las reglas de mercado y los criterios claros, espero, estarán de acuerdo con esta conclusión.

LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES Y ALTOS EJECUTIVOS DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: LIBERTAD, TRANSPARENCIA Y CONTROL (LA MODIFICACIÓN DE LA LSC POR LA LEY 31/2014 Y EL ALCM)

MIGUEL RUIZ MUÑOZ*

Resumen

El presente trabajo se puede dividir en dos grandes apartados, en el primero de carácter retrospectivo, se resume el régimen retributivo de los administradores de las sociedades de capital hasta la reciente reforma de la LSC por la Ley 31/2014, y en el segundo, se realiza una primera aproximación a algunas de las modificaciones más relevantes introducidas con la mencionada reforma, que sobre el papel supone un cambio radical en algunos de los aspectos más discutidos hasta ahora por la doctrina y la jurisprudencia española. Especialmente por la distinción que se hace entre los administradores o consejeros en su condición de tales y los consejeros ejecutivos, por un lado, y entre las sociedades no cotizadas y las cotizadas, por otro. Entremedias de ambos regímenes jurídicos, previgente y vigente, se comentan algunas normas intermedias que han resultado ser de corta vida dada su derogación y sustitución por la ley citada, y en fin se realiza una somera aproximación al régimen especial de las entidades de crédito intervenidas o que han recibido cierto apoyo financiero.

Contenido

1. Introducción. – 2. Sistema retributivo español: Derecho vigente hasta la Ley 31/2014. – 3. Los Códigos de conducta: el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2015. – 4. La crisis económica y el fracaso de la autorregulación: La Ley de Economía Sostenible. El acuerdo consultivo sobre las remuneraciones. – 4.1. La Ley de Economía Sostenible y la reforma de la Ley del Mercado de Valores: de lo voluntario a lo obligatorio. – 4.2. El acuerdo consultivo de la junta general de accionistas sobre el IARC: libertad y transparencia. – 5. Régimen jurídico específico en el caso de ciertas entidades financieras. – 6. La reforma de la LSC por la Ley 31/2014 y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. – 6.1. Introducción. – 6.2. Régimen jurídico general para todas las sociedades de capital y en particular para las sociedades no cotizadas. – 6.2.1. Introducción: la remuneración de los administradores en concepto de tales. – 6.2.2. El criterio de proporcionalidad razonable. – 6.2.3. El criterio teleológico: la sostenibilidad y otras cautelas. – 6.2.4. La remuneración de los consejeros ejecutivos: delegación de facultades y contrato. – 6.3. Régimen jurídico especial de las sociedades cotizadas. – 6.3.1. Introducción: el carácter necesariamente remunerado del cargo de consejero. –

* Catedrático Acreditado de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid.

6.3.2. La política de remuneraciones de los consejeros: comisión de nombramientos y retribuciones, consejo de administración y aprobación vinculante por la junta general. – 6.3.3. Organo competente para fijar la remuneración de cada consejero: el consejo de administración. – 6.3.4. El informe anual sobre remuneraciones de los consejeros: transparencia y votación consultiva por la junta general ordinaria de accionistas

1. INTRODUCCIÓN

La retribución de los administradores y de los altos ejecutivos de las grandes empresas constituye desde hace algunos años y especialmente desde la acentuación de la crisis económica un tema de enorme actualidad.¹ Por lo general este tipo de empresas a las que nos referimos están constituidas bajo la forma de sociedades anónimas cotizadas,² sin perjuicio de algunas excepciones donde nos podemos encontrar con alguna sociedad anónima no cotizada, o incluso con alguna sociedad de responsabilidad limitada.³ Pues bien, la cuestión es que en el marco de la crisis económica y también con cierta conexión con el origen de la misma, se nos presenta de manera escandalosa e inmoral las elevadísimas retribuciones de los administradores y altos ejecutivos de algunas empresas.⁴ Por lo general como decimos se trata de sociedades cotizadas y más en particular del grupo más selecto de las mismas. Pero aún así, no se puede olvidar que la

¹ Vid., entre otros, Embid Irujo, JM, *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*. Comares, Granada, 2013, pp. 75-76; Sánchez-Calero Guilarte, J., “Crisis económica y gobierno corporativo”, *RDM*, 287, 2013, p. 79 ss.

² Vid. Sánchez-Calero Guilarte, J. “La retribución de los administradores de sociedades cotizadas (La información societaria como solución)”, *RdS*, 28, 2007, p. 21 ss.

³ Sobre la extensión de la problemática a las sociedades cerradas, anónimas no cotizadas o sociedades de responsabilidad limitada, puede verse Hierro Anibarro, Zabaleta Díaz, “Principios de gobierno corporativo en sociedad no cotizada”, en AAVV, *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, dir. S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 49 ss. Respecto a otro tipo de entidades con personalidad jurídica, como asociaciones, fundaciones, cajas de ahorro y fundaciones bancarias nos remitimos a Viñuelas Sanz, M., “Gobierno corporativo en asociaciones y fundaciones”, en AAVV, *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, op. cit., pp. 160-161, 173 ss. y 192 ss. También Empanza Sobejano, A., “El gobierno de las entidades público-privadas: las reglas de buen gobierno como mecanismo de transparencia y control”, en AAVV, *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, dirs. Embid Irujo, Empanza Sobejano, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 171-173; y García Álvarez, B., “Los códigos de buen gobierno corporativo en las fundaciones”, en AAVV, *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, op. cit., pp. 207-208.

⁴ Cfr. Huet/Reygrobelle, “Les dirigeants exécutifs des sociétés anonymes en europe: enseignements comparatifs et réflexions prospectives”, en AAVV, *La direction des sociétés anonymes en Europe. Vers des pratiques harmonisées de gouvernance?*, dir. Y. Chaput, A. Lévi, Litec, Paris, 2008, p. 481, esp. 513; Recalde, Schönnebeck, “La Ley alemana sobre la proporcionalidad de la remuneración de los miembros de la dirección en las sociedades anónimas”, *RDM*, 277, 2010, p. 1066. No obstante, desde el ámbito económico, se nos dice que no todo gran salario de un directivo de empresa debe ser calificado de “robo”, que sin duda hay casos escandalosos donde la expresión puede ser utilizada (indemnizaciones millonarias en el caso de las cajas de ahorro rescatadas), pero también hay otros muchos donde esos supersalarios pueden estar justificados por el juego de la competencia y de la enorme amplitud del mercado producida en los últimos años, algo similar a lo que viene sucediendo con las retribuciones de algunos de los grandes deportistas (y artistas) gracias a las tecnologías de la comunicación, que en último caso dan lugar a un fuerte incremento de la demanda de talento y de capacidades analíticas y un fuerte aumento de la desigualdad salarial (Vid. Garicano, L., *El dilema de España. Ser más productivos para vivir mejor*, Península, Barcelona, 2014, pp. 41-44).

materia de la retribución está en la raíz de algunos de los problemas básicos del derecho societario,⁵ como son la relación mayoría-minoría y el principio de paridad de trato de los accionistas, como se comprueba hoy día con la existencia del art. 348 bis de la LSC que pretende dar una salida al socio en los casos de no distribución de beneficios. Y también por lo que se refiere a la delimitación de competencias entre los dos órganos societarios, la junta y la administración, y su repercusión sobre el interés social.

En la reflexiones que siguen nos centramos exclusivamente en la problemática jurídica que plantea nuestro objeto de estudio, que lo enfocamos desde tres puntos de vista, primero, la libertad del empresario para fijar la remuneración que considere más oportuna para compensar el esfuerzo o tarea del administrador o ejecutivo de empresa; segundo, la transparencia en el sistema adoptado de retribución; y tercero, la posible existencia de controles o límites sobre la cuantía de las retribuciones. De este modo no entramos en otro tipo de consideraciones sobre determinados aspectos de carácter sociológico, de responsabilidad social o de moralidad.⁶ Respecto a esto último resulta totalmente incomprensible y escandaloso comprobar la existencia de grandes retribuciones en supuestos de insolvencia o incluso de desaparición de las sociedades administradas.⁷

No parece que existan muchas dudas sobre la estrecha conexión de la crisis económica de 2008 con la regulación, o mejor autorregulación, del denominado gobierno corporativo de las grandes empresas, especialmente de las entidades de crédito, donde se ha puesto de manifiesto que han fallado fundamentalmente tres elementos del mismo: los sistemas de control de riesgos, tanto internos como externos; los mecanismos de selección y de la idoneidad de los administradores y altos ejecutivos y, tercero, la falta de una adecuada regulación de la remuneración de los directivos de la empresa, que es lo que ha propiciado que los sistemas de retribución favorecieran la asunción de riesgos injustificados en lugar de desincentivarlos.⁸ De este modo se ha jugado en exceso con el corto frente al medio y al largo plazo, con el valor de cotización frente a otros valores más realistas que contrapesen al anterior, con el crecimiento por el crecimiento, caso de la fiebre por las fusiones y las opas de todo tipo, por la no alineación de los diferentes intereses en juego, por las retribuciones variables altas sin

⁵ Vid. Sánchez-Calero Guilarte, J., “Norma y autorregulación en la configuración del régimen retributivo de los consejeros”, en AAVV, *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, tomo I, Dirs. Alonso Ledesma *et al.*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 724.

⁶ Dicho esto, claro está, sin perjuicio de la legítima y necesaria aplicación del art. 1255 del CC, que como es sabido contiene una norma básica de nuestro Derecho de contratos, el límite general de la moralidad y las buenas costumbres, una norma a veces tan olvidada y que como nos recuerda el prof. Aurelio Menéndez (“Derecho privado y retribución de los administradores”, en AAVV, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 473), nos permite deducir la regla del *quantum meruit* aplicable a las retribuciones de los administradores.

⁷ Cfr. Sánchez-Calero Guilarte, J., “Norma y autorregulación en la configuración del régimen retributivo de los consejeros”, *op. cit.*, pp. 718 y 725; Sánchez-Calero Guilarte, J., “Retribución de administradores: informe de retribuciones y aprobación consultiva por la junta general”, *RDBB*, 133, 2014, p. 270.

⁸ Vid. León Sanz, F.J., “El gobierno corporativo de las sociedades cotizadas”, *Diario LA LEY*, 8109, 20 de junio de 2013.

medida, por un interés social mal definido y por beneficios ficticios frente a retribuciones reales.⁹

A lo anterior, además, hay que añadir algunos viejos problemas básicos de carácter estructural de la gran sociedad anónima.¹⁰ Concreta y especialmente dos. Por un lado la ruptura de la correlación entre propiedad y control, esto es, el absentismo accionarial, que tiene su causa en el desinterés de los pequeños y numerosos accionistas por la gestión y como consecuencia de ello la delegación masiva de los derechos de voto en favor del órgano de administración. Y por otro lado, en parte con la finalidad de solventar el conflicto entre mayoría y minoría en la misma gran sociedad anónima y favorecer una gestión neutral, la autonomía de la gestión, que es precisamente lo que da lugar a la autoasignación de las retribuciones y a los problemas de falta de imparcialidad. Frente a estos viejos problemas estructurales se han propuesto tres objetivos: potenciar la democracia accionarial, favorecer la participación de interesados no accionistas, caso del modelo de cogestión alemán, y también justificar el poder de decisión de los ejecutivos, con una clara preferencia por esto último. Así se le da prioridad a la legitimación del proceso de selección de los administradores o bien asegurar su competencia para el cargo. Con todo no se puede olvidar el ineludible “riesgo de empresa” que necesariamente debe asumir todo buen administrador de una gran compañía, lo que supone que hay que compaginar el reconocimiento del poder discrecional (*business judgment rule*) en los ámbitos propios de la empresa con la responsabilidad de los administradores.

En cuanto a los últimos datos sobre remuneraciones de los administradores de las grandes compañías españolas, que son las integradas en el IBEX-35, se puede apuntar lo siguiente.¹¹ En el ejercicio económico 2012, se han distribuido de promedio 7,9 millones de euros por consejo de administración, 562.000 euros de retribución media por consejero. Si se desglosan estas cifras nos encontramos con que un 37% ha constituido la retribución fija de los consejeros ejecutivos, 27% la retribución variable, 6% las dietas, y 28% retribuciones en acciones, indemnizaciones, etc. La media por lo que se refiere a los consejeros ejecutivos ha sido de 2,2 millones de euros, la alta dirección 776.000 euros y, finalmente, el promedio de la retribución de la alta dirección ha constituido el 2,5% de los resultados del ejercicio. Por lo que se refiere al ejercicio de 2013, el IARC de las compañías del IBEX 35, publicado por la CNMV a principios de 2015,¹² las cifras no cambian mucho, si bien existe un cierto descenso en las primeras

⁹ Vid. Sánchez-Calero Guilarte, J., “Norma y autorregulación en la configuración del régimen retributivo de los consejeros”, *op. cit.*, pp. 726-731.

¹⁰ Vid. León Sanz, FJ, “El gobierno corporativo de las sociedades cotizadas”, *Diario LA LEY*, 8109, 20 de junio de 2013.

¹¹ Informes anuales de gobierno corporativo de las compañías del IBEX-35 e Informes anuales de sus remuneraciones (CNMV: ejercicios 2012 y 2013).

¹² Este informe se desarrolla por primera vez de acuerdo con el contenido de la Orden ECC/461/2013, que establece un modelo unificado para publicar la información relativa a las remuneraciones de los miembros del consejo de administración de las sociedades cotizadas y facilita el análisis en términos comparables. Debido a esta novedad, la CNMV advierte que las cifras del informe sobre el ejercicio 2013 pueden no ser comparables con las de los años anteriores, porque la información del IARC no sigue la misma estructura y contiene desgloses y detalles que no se inclúan en la información sobre retribuciones de consejeros exigida por el IAGC. Especialmente por lo que se refiere a la distribución entre retribución fija, variable y otras remuneraciones que no es totalmente coincidente con la de ejercicios anteriores.

cifras (6,7 millones de euros y 490 euros, respectivamente), pero asciende algo la retribución media de la alta dirección. El principal criterio utilizado para determinar el importe de la retribución de cada consejero es el nivel de responsabilidad del cargo desempeñado, de modo que las retribuciones más elevadas corresponden a los presidentes ejecutivos (media de 2,4 millones de euros), seguidos por los consejeros delegados (media de 1,6 millones de euros) y finalmente con los consejeros no ejecutivos (media de 172 mil euros). Las retribuciones fijas suponen el 55% del total, las variables el 34%, las dietas el 6% y el resto corresponde a indemnizaciones y otros conceptos retributivos. En general, son las compañías con mayor capitalización bursátil las que asignan mayores remuneraciones. Pero sin que se perciba una clara conexión directa entre los resultados financieros de las compañías y el nivel de retribución de sus consejeros.

Finalmente, en el IARC antes mencionado de la CNMV sobre el ejercicio 2013, se nos dice que para el ejercicio 2014, los principios generales más frecuentes de la política retributiva incluidos en los diferentes IARC de las sociedades son los siguientes. Primero: atraer, retener y motivar a los mejores consejeros. Segundo: mantener la competitividad en el mercado retributivo. Tercero: generar valor a largo plazo para el accionista. Cuarto: mantener un equilibrio razonable entre fijo y variable. Y quinto: recompensar el logro de objetivos estratégicos. En el caso particular de las entidades financieras ponen mayor énfasis en los principios relativos a la gestión prudente del riesgo y a la generación de valor para el accionista. No obstante, hay que decir que el criterio más aplicado para determinar los distintos componentes de la política retributiva, según el mismo informe, es el nivel de responsabilidad asumido por el consejero, mientras que el que menos se tiene en cuenta es el nivel de solvencia, capitalización o sostenibilidad de la entidad. Otros criterios considerados son la dedicación de tiempo y aportaciones al consejo, los resultados de la sociedad y la cualificación, en este último caso los conocimientos específicos y los méritos profesionales del consejero en cuestión. Por último, llama la atención que, por lo que se refiere a la relación entre las remuneraciones y los resultados de la sociedad, sólo el 3% de las compañías incluyen en su IARC una explicación que compare la evolución de las retribuciones totales con la cotización de la acción relativa a un índice bursátil o con el retorno total para el accionista. Y sólo el 14% compara la evolución de las remuneraciones con el beneficio neto atribuido a la sociedad y el 3% utiliza otras medidas de rendimiento de la sociedad.

2. SISTEMA RETRIBUTIVO ESPAÑOL: DERECHO VIGENTE HASTA LA LEY 31/2014

En cuanto al Derecho español lo primero que hay que decir es que recientemente ha sido reformado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, aparecida en el BOE de 4 de diciembre de 2014. Al final del presente trabajo haremos una primera aproximación a este nuevo régimen jurídico. Antes conviene recordar nuestro sistema

retributivo vigente hasta fechas muy cercanas con la finalidad de valorar el verdadero alcance de la reforma.

El régimen general se contenía en los arts. 217 a 220 de la LSC y concretamente se venía a establecer una presunción y cuatro reglas.¹³ La presunción está referida a la gratuidad del cargo, salvo que los estatutos digan lo contrario y determinen el sistema de retribución (art. 217.1). En la sociedad de responsabilidad limitada la remuneración para cada ejercicio económico es competencia de la junta general, de conformidad con lo previsto en los estatutos, salvo que se haga con base en la participación en beneficios (art. 217.2). Cuando la remuneración se fije mediante una participación en beneficios, en la SA se condiciona a un reparto mínimo para los accionistas de un dividendo del 4% o bien otro superior establecido en los estatutos. Y en la SRL según se establezca en los estatutos, con el límite del 10% de los beneficios repartibles entre los socios (art. 218). Si la remuneración es mediante la entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas o que esté referenciada al valor de las acciones, deberá preverse en los estatutos y contar con el acuerdo de la junta general donde se concretarán los diferentes detalles de la operación (art. 219). Y, finalmente, el art. 220, se refiere a la prestación de servicios de los administradores en la SRL que requerirán el acuerdo de la junta general. Como conclusión de este régimen jurídico se puede decir que el supuesto básico, que es el referido especialmente a la gran SA, consiste en la fijación de un sistema retributivo por los estatutos sociales (art. 217.1).

Pues bien, salvada la extravagancia de la presunción de gratuidad, que evoca el art. 1711 del CC sobre la gratuidad del mandato, pero que en cualquier caso resulta plenamente aplicable¹⁴ como lo ponen de manifiesto sendas sentencias de TS de 27 de marzo de 1984 y de 30 de diciembre de 1992, el art. 217.1 nos plantea la necesidad de determinar el alcance de la referencia al sistema retributivo establecido en los estatutos sociales. Hay aquí dos aspectos importantes que hay que desarrollar,¹⁵ por un lado, el aspecto objetivo referido tanto a la cuestión cualitativa sobre las diferentes modalidades de la retribución, como a la dimensión cuantitativa de la misma. Y por otro, el aspecto subjetivo sobre el ámbito de aplicación, sí comprende a todo tipo de administradores o sólo a los no ejecutivos.

Sobre las modalidades de la retribución no parece que existan muchas dudas de que en los estatutos deben constar los concretos conceptos retributivos y el modo de cálculo, esto es, la estructura del paquete retributivo de forma completa: sueldos, dietas, planes de pensiones, primas de seguros, remuneraciones variables, *stock options*, etc. Y no es posible ningún tipo de delegación de esta tarea de manera directa o indirecta a la junta general, ni un sistema alternativo a decidir por la junta o por el órgano de

¹³ Con anterioridad a la LSC la regulación se contenía en los arts. 130 LSA y 66 de la LSRL.

¹⁴ Vid. Quijano González, J., "Retribución de consejeros y directivos: la reciente evolución en el Derecho español", en AAVV, *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor J.M^a Muñoz Planas. Aranzadi*, Cizur Menor, 2011, p. 687 y ss., que nos recuerda que ya era así según la LSA de 1951.

¹⁵ Vid. Gallego, E., "Comentario al art. 217", en AAVV, *Com. LSC*, II, dir. Rojo, Beltrán, *op. cit.*, p. 1547 y ss.; Paz-Ares, C., "Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)", *InDret*, 2/2009, pp. 3-4.

administración.¹⁶ Sobre estos aspectos existe una doctrina consolidada tanto de la DGRN¹⁷ como del TS.¹⁸ En cuanto a la cuestión cuantitativa, siempre que no se trate de una participación en beneficios, se presentan más dudas y existe cierto debate. Como es natural hay que partir del principio constitucional de libertad de empresa (SAN 15/2005, sala de lo penal, sec. 3ª, de 13 de abril; STS, 841/2006, sala de lo penal, sec. 1ª, de 17 de julio),¹⁹ pero inmediatamente se plantea la duda respecto a si la cuantía o el importe exacto de las retribuciones deben figurar o no en los estatutos. Téngase en cuenta que si bien bajo la regulación anterior del art. 130 de la LSA la cuestión podía ser más dudosa porque hablaba de <retribución>,²⁰ el 217.1 LSC habla de <sistema retributivo>, no de la retribución en particular. En conclusión parece que se puede sostener que la cantidad o importe por cada concepto retributivo queda fuera de la reserva estatutaria.²¹ A favor de esta interpretación se dan especialmente algunas razones prácticas (circunstancias cambiantes de la cuantía retributiva, carácter complejo, específico, negociado y estratégico de los paquetes retributivos).²²

No se solventan con lo anterior todas las dudas, porque queda pendiente determinar quién es el órgano competente para fijar los importes. En principio, dado que no se establece nada sobre este punto en la LSC, y salvo que los estatutos reserven esta competencia a la junta general de socios, es el órgano de administración el competente para fijar estos importes y decidir la distribución correspondiente.²³ Hay que tener en cuenta que el art. 209 de la LSC atribuye a los administradores de manera general las

¹⁶ Vid., entre otros, Marín De la Barcena, F., voz “Administradores (Nombramiento, retribución y terminación del cargo)”, en AAVV, *Diccionario de derecho de sociedades*, dir. Alonso Ledesma, C., Iustel, Madrid, 2006, pp. 157-158; Guerrero Trevijano, C., en AAVV, *Derecho de sociedades*, dir. Alonso Ledesma, C., Atelier, Barcelona, 2014, pp. 231-232.

¹⁷ RRDGRN, 18.2.1991; 26.7.1991; 17.2.1992; 19.3.2001; 12.4.2002.

¹⁸ SSTS, sala 1ª, 21.9.2005; 12.1.2007 y, sala 3ª, 6.2.2008.

¹⁹ Vid. Sánchez-Calero Guilarte, J., “Norma y autorregulación en la configuración del régimen retributivo de los consejeros”, en AAVV, *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, dirs. Alonso Ledesma et al., tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 731; Melero Bosch, Navarro Frías, “Responsabilidad en la determinación de la retribución de los administradores y altos cargos en las sociedades de capital. (Presupuestos de) La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en la fijación de sus retribuciones”, *RdS*, 40, 2013, p. 209 y ss., esp. 214 y 20 y ss.

²⁰ Aunque es cierto que el art. 9 LSA lo hacía de <sistema de retribución>, de mismo modo que el art. 124.3 del RRM vigente.

²¹ Vid. Gallego, E., “Comentario al art. 217”, en AAVV, *Com. LSC*, II, dir. Rojo, Beltrán, *op. cit.*, pp. 1549-1550, que nos dice que a la vista de estos datos normativos la Sala tercera de lo contencioso-administrativo del TS deberá reformular la doctrina desarrollada en las sentencias de 13.11.2008, 15.1.2009, 22.6.2009, 29.6.2009 y 26.4.2010, donde a efectos fiscales se sostenía la necesidad de consignar en los estatutos la cuantía exacta de la remuneración. Lo que se ha venido a denominar en sentido crítico por algún autor como la <doctrina del milímetro> [Vid. Paz-Ares, C., “*Ad impossibilia nemo tenetur* (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)”, *InDret*, 2/2009, p. 6]. También puede verse León Sanz, F.J., “La previsión en los estatutos de la retribución de los administradores de las sociedades anónimas. El estado de la cuestión en la doctrina española”, en AAVV, *I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 14-16.

²² Pueden verse RRDGRN: 19.3.2001 y 15.4.2000. Y, especialmente, en la doctrina Paz-Ares, C., “*Ad impossibilia nemo tenetur* ...”, *op. cit.*, pp. 9 y 13-16.

²³ Vid. Marín De la Barcena, F., voz “Administradores (Nombramiento, retribución y terminación del cargo)”, *op. cit.*, p. 158; Melero Bosch, Navarro Frías, “Responsabilidad en la determinación de la retribución de los administradores y altos cargos en las sociedades de capital....”, *op. cit.*, pp. 214-215.

tareas de gestión y de representación, de donde se puede deducir que todas las decisiones no atribuidas por la ley o los estatutos a la junta general corresponderán a los administradores.²⁴ En el caso de la SRL recuérdese la salvedad antes mencionada. Pues bien, la cuestión es problemática porque asignar la competencia al propio órgano de administración plantea un claro conflicto de intereses que puede dar lugar a abusos. En este sentido conviene tener presente un viejo límite fijado por el TS (1^a) en sentencia de 1 de julio de 1963, donde, en referencia a la amplia libertad estatutaria para fijar el sistema retributivo, alude a un límite general representado por la defensa del interés social entendido como el interés común a todos los socios. En realidad estamos ante decisiones incompatibles con el deber de fidelidad de los administradores (art. 226 LSC).²⁵ De cara a solventar estos conflictos de intereses y los problemas de autocontratación juega, por un lado, el deber de lealtad de los administradores frente a la sociedad y la fijación de una serie de cautelas por el propio órgano de administración, entre otras algunas de las recomendadas por el Código Uniforme de Buen Gobierno,²⁶ como son la determinación del importe en función de los servicios prestados, la supervisión o aprobación por el comité de retribuciones, la impugnación de los acuerdos contrarios al interés social, la posible responsabilidad de los administradores, el carácter indelegable de la competencia por el consejo de administración, exigencia de una mayoría cualificada de dos tercios y la prohibición de que los beneficiarios intervengan en las deliberaciones y votaciones sobre sus propias remuneraciones. Y por otro lado, la junta general parece que debe estar facultada en todo momento para fijar un límite máximo para cada ejercicio económico.²⁷ Pero a pesar de todo se puede decir que el montante de la retribución no está sujeto a límites específicos, con la salvedad de las entidades financieras rescatadas,²⁸ y que no se solventan todas las situaciones de conflicto de intereses y por tanto de posibles abusos.²⁹

²⁴ Vid. Esteban Velasco, G., “Comentario al art. 209”, en AAVV, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, tomo II, dirs. Rojo, Beltrán, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 1484; Sánchez-Calero Guilarte, J., “Retribución de los administradores: Informe de retribuciones y aprobación consultiva por la junta general”, *RDBB*, 133, 2014, p. 280.

²⁵ Vid. Paz-Ares, C., “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, *InDret*, 1/2008, p. 54; Vázquez Lepinette, “La retribución de los administradores en tiempos de crisis: nuevos hechos, nuevo derecho. Especial referencia al Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible”, *RDBB*, 118, 2010, p. 201; Sánchez-Calero Guilarte, J., “La retribución de los administradores de sociedades cotizadas”, *op. cit.*, p. 44; Melero Bosch, Navarro Frías, “Responsabilidad en la determinación de la retribución de los administradores y altos cargos en las sociedades de capital.....”, *op. cit.*, pp. 215 y 220.

²⁶ Volveremos más adelante sobre estas recomendaciones.

²⁷ Vid. Gallego, E., “Comentario al art. 217”, en AAVV, *Com. LSC*, Rojo, Beltrán, tomo II, *op. cit.*, p. 1551; En este sentido se precisa por algún autor (Paz-Ares, C., “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, *InDret*, 1/2008, p. 8) que si los estatutos no cuantifican la remuneración o no fijan un límite máximo, debe entenderse que corresponde a la junta general el establecimiento de los importes o límites oportunos.

²⁸ Respecto a este sector y el tipo de normas específicas puede verse, entre otros, García Álvarez, B., “Posibles límites a la remuneración de los administradores en un contexto de crisis económica”, en AAVV, *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, dirs. Abriani, Embid Irujo, Comares, Granada, 2013, p. 179 y ss., esp. p. 189 y ss.; Alzaga Ruiz, I., *Retribución de directivos y crisis económica*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 76-79; Melero Bosch, Navarro Frías, “Responsabilidad en la determinación de la retribución de los administradores y altos cargos en las sociedades de capital.....”, *op. cit.*, pp. 219-220; Girbau Pedregosa, R., “Restricciones a la remuneración de los administradores y directivos de entidades de crédito: modos, intervención y gobierno corporativo”,

En cuanto al aspecto subjetivo, la cuestión aquí es si la normativa mencionada afecta a todos los integrantes del órgano de administración o sólo a los no ejecutivos. O dicho de otro modo, si los administradores que son a su vez gerentes o altos ejecutivos (consejeros ejecutivos) quedan sometidos o no al sistema retributivo estatutario. Si la respuesta es afirmativa se está ante una única relación jurídica del administrador con la sociedad, de modo que la relación orgánica absorbe a las otras tareas y por tanto sometidas a la norma estatutaria; si por el contrario es negativa se llega a dos tipos de relaciones del administrador con la sociedad, una de carácter orgánico como miembro del órgano de administración y sometido al régimen retributivo estatutario del art. 217.1 LSC, y otra de carácter laboral o mercantil no sometida a dicho precepto y por tanto fuera del control estatutario. La cuestión como es sabido es polémica tanto doctrinal como jurisprudencialmente.³⁰ La tesis imperante rechaza la superposición de funciones, de manera que el vínculo orgánico absorbe otras posibles tareas como las de alta dirección o gestión que en todo caso quedan sometidas al régimen estatutario. Así se pronunció inicialmente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo,³¹ respecto a la relación laboral de alta dirección (RD 1382/1985), en lo que constituye hoy una doctrina consolidada, y le ha seguido con posterioridad, con algún sobresalto, la Sala Primera en el mismo sentido en lo que se denomina la <doctrina del vínculo>.³² Dicha doctrina se basa en lo siguiente, dado que las funciones de gestión son funciones inherentes al cargo de administrador, no cabe mantener dos títulos jurídicos diferentes, de modo que la relación o es orgánica o es laboral y el criterio para su distinción no será el de atender al contenido de las actuaciones concretas desarrolladas por el administrador, sino a la naturaleza del vínculo que le une con la sociedad.³³ De este modo se abandona la doctrina tradicional³⁴ que permitía la compatibilidad entre las retribuciones en concepto de administrador y otras por prestación de servicios profesionales, que dejaba fuera del control estatutario a estas últimas y podían ser fijadas libremente por el órgano de administración.

RDBB, 129, 2013, p. 173 ss.; Sánchez-Calero Guilarte, J., “Retribución de administradores: informe de retribuciones y aprobación consultiva por la junta general”, *RDBB*, 133, 2014, p. 271.

²⁹ Vid. Gallego, E., “Comentario al art. 217”, en AAVV, *Com. LSC*, Rojo, Beltrán, II, *op. cit.*, p. 1551.

³⁰ Una aproximación a este debate puede verse en Sánchez-Calero Guilarte, J., “La retribución de los administradores de sociedades cotizadas”, *op. cit.*, pp. 28-31; León Sanz, F., “La previsión en los estatutos de la retribución de los administradores en las sociedades anónimas”, *op. cit.*, p. 13 y ss.; Gallego, E., “Comentario al art. 217”, en AAVV, *Com. LSC*, Rojo/Beltrán, II, *op. cit.*, pp. 1552-1555; Melero Bosch, Navarro Frías, “Responsabilidad en la determinación de la retribución de los administradores y altos cargos en las sociedades de capital....”, *op. cit.*, p. 215-216.

³¹ SSTS, sala 4^a, 29.9.1988, 18.6.1991, 27.1.1992, 22.12.1994, 20.11.2002, 26.2.2003, 17.7.2003,

³² SSTS, sala 1^a, 30.12.1992, 26.4.2002, 21.4.2005, 24.10.2006, del pleno de 12.1.2007 y 24.4.2007. Esta doctrina se ha visto en cierto modo reforzada por la Sala 3^a del TS, sobre materia fiscal, donde se establece la determinación estatutaria y cierta de la retribución para que pueda ser computada como un gasto a efectos del impuesto de sociedades (SSTS, 3^a, de 13 de noviembre de 2008 y otras antes citadas). Sobre estas últimas resoluciones pueden verse, en sentido crítico, Roncero, A., “Comentario a las SSTS de 13 de noviembre de 2008 sobre retribución de administradores. Grado de concreción del sistema retributivo de los administradores en los estatutos sociales de una sociedad anónima”, *RdS*, 32, 2009, p. 79-97.

³³ Vid. Malagón Ruiz, P., *Conflictos societarios; supuestos diversos*, fe d’erratas, Madrid, 2013, pp. 33 ss.

³⁴ Vid. Paz-Ares, C., “*Ad impossibilia nemo tenetur ...*”, *op. cit.*, p. 10.

En definitiva los argumentos para la incompatibilidad son, por un lado, evitar que la sociedad elimine la garantía que supone para los socios el control estatutario o la exigencia (hoy) del art. 218 LSC (*fraus legis*: SSTS, 21.4.2005, 24.4.2007 y 31.10.2007),³⁵ y por otro, la aplicación del art. 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores (RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), que excluye de su ámbito de aplicación la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas con forma societaria y siempre que su actividad sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo (STS, 31.10.2007).³⁶

No obstante la doctrina jurisprudencial mencionada, y como se deduce del inciso final del párrafo anterior, el propio TS recoge la posibilidad muy excepcional de que en algún caso se esté ante una doble relación jurídica, concretamente cuando las facultades y funciones atribuidas por contrato rebasen las propias de los administradores (SSTS, 9.5.2001, 27.3.2003, 5.3.2004, 21.4.2005, 10.6.2006, 12.1.2007, 24.4.2007, 31.10.2007, 29.5.2008), para lo que se exige un elemento objetivo de distinción entre las actividades debidas por una y otra causa (SSTS, 5.3.2004 y 21.4.2005). Más concretamente, como ha sostenido la Sala de lo social del TS de manera reiterada (así en la de 20.11.2002, con antecedentes en otras muchas: 21.1.1991, 3.6.1991, 18.6.1991, 27.1.1992, 11.3.1994), si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, *como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral.*

Frente a estos planteamientos se ha manifestado un sector cualificado de la doctrina mercantilista española haciendo ver la necesidad de la distinción por razón de exigencias de la práctica. En este sentido se apunta la necesidad de diferenciar entre formas simples y formas complejas de organizar la administración de una sociedad, de donde se deriva en este último caso el carácter complejo, cambiante y específico de los paquetes retributivos de los ejecutivos, su función estratégica o tal vez la necesidad de que sean negociados *ad hoc*.³⁷ De manera muy sintética los argumentos jurídicos que se aducen son los siguientes. Por un lado, que la función ejecutiva no deriva de la designación por la junta, sino del acuerdo del consejo de delegar ciertas tareas, de ahí que sea éste el competente para fijar la retribución correspondiente. Y por otro, lo relativo al contenido material de ambos tipos de funciones, los meros consejeros dedicados a la deliberación, consulta y supervisión, mientras que los ejecutivos son los que gestionan el día a día de la empresa y por tanto mantienen una relación de

³⁵ Hay que incluir aquí no sólo las retribuciones periódicas previstas para el tiempo de ejecución de los servicios contractuales, sino también otro tipo de retribuciones, como las indemnizaciones pactadas para el caso de la extinción del vínculo de empleo por decisión de la sociedad (SSTS, 30.12.1992, 31.7.1997, 21.4.2005, 27.4.2007).

³⁶ Vid. Malagón Ruiz, P., *Conflictos societarios; supuestos diversos*, op. cit., p. 37.

³⁷ Vid. Paz-ares, C., "El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos", *RDMV*, 2, 2007, p. 15 ss.; Gallego, E., "Comentario al art. 217", en AAVV, *Com. LSC*, Rojo, Beltrán, II, op. cit., pp. 1552-1555.

prestación de servicios para la sociedad, similar a la que puede desempeñar un alto ejecutivo no consejero vinculado a la sociedad por una relación laboral de alta dirección (dependencia y ajenidad). De donde se deriva una duplicidad de relaciones jurídicas compatibles. Así, se nos dice, existe una corriente jurisprudencial minoritaria (SSTS: 25.10.1990, 13.5.1991, 20.10.1998), si bien, a nuestro juicio, la situación de referencia es el caso excepcional antes mencionado, que no encaja del todo con una actuación por delegación y con la falta de la relación de ajenidad. De ahí que se añada que, a pesar de que no exista la relación de ajenidad que requiere el vínculo laboral, eso no significa que la relación no exista y no merezca por ello una retribución específica. Con todo, aunque ciertamente la ley no distingue, se insiste en los datos de la realidad, asumidos por la generalidad de la doctrina, como es la existencia de una diversidad de deberes de los consejeros según sean ejecutivos o no ejecutivos, sin que esto signifique exoneración alguna, sino responsabilidad por diferentes títulos. Y en cuanto al posible fraude de ley por esta vía, se argumenta de contrario que el fraude de ley no se presume por lo que pueden caber fines lícitos, porque una concreta patología no se puede identificar con el supuesto de hecho analizado.³⁸

Para terminar con este apartado, como nos dice el prof. Paz-Ares,³⁹ la reacción de la práctica societaria frente a la afirmación de la doctrina del vínculo ha sido la inclusión en los estatutos sociales que los consejeros ejecutivos tienen derecho a una retribución adicional a la que perciben los consejeros ordinarios. De este modo se da cobertura estatutaria y se obtiene el visto bueno de los accionistas para las tradicionales remuneraciones <contractuales>, si bien con la diferencia de menor concreción de los conceptos retributivos y con la remisión de su cuantificación al consejo de administración.

3. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA: EL CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS DE 2015

Como es bien sabido con los Códigos de Conducta se ha intentado dotar a las grandes empresas, por lo general sociedades cotizadas, de un sistema de autorregulación que facilitase la mejora del funcionamiento del gobierno corporativo de las mismas. En el caso español se han sucedido a lo largo de estos últimos años cuatro documentos de este tipo, el denominado Código Olivencia de 1998,⁴⁰ el Informe Aldama de 2003, el

³⁸ *Ibi.*

³⁹ Paz-Ares, C., “*Ad impossibilia nemo tenetur ...*”, *op. cit.*, pp. 11-12.

⁴⁰ Vid. Olivencia, M., “La remuneración de los administradores y el código de buen gobierno de las sociedades cotizadas”, en AAVV, *La retribución de los administradores en las sociedades cotizadas. Estudio especial de las opciones sobre acciones y otros derechos referidos a las cotizaciones*. Editorial Colex, Madrid, 2003, p. 31 y ss.; Jiménez Sánchez, G.J., “Unas ideas previas al debate sobre la reforma sobre la remuneración de los administradores de las sociedades anónimas cotizadas”, en AAVV, *La retribución de los administradores en las sociedades cotizadas. Estudio especial de las opciones sobre acciones y otros derechos referidos a las cotizaciones*. Editorial Colex, Madrid, 2003, p. 23 y ss.

Código Unificado de Buen Gobierno (CUBG) de 2006,⁴¹ con algunas adaptaciones y modificaciones posteriores (2009 y 2013) y finalmente el reciente Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas (CBGSC) de febrero de 2015. Estos textos españoles tienen una fuerte inspiración tanto en diversas Recomendaciones europeas,⁴² como en otros textos similares de carácter internacional o nacional.⁴³ En el CUBG se dedicaban inicialmente las recomendaciones 35 a 41 a la materia de las retribuciones de los administradores sociales.⁴⁴ Y en cuanto a su contenido se puede sintetizar en las siguientes recomendaciones: aprobación y transparencia (35), criterios orientadores (36 a 39), votación consultiva por la junta general (40) y transparencia individual de las retribuciones (41). En junio de 2013 el Consejo de la CNMV aprobó una versión revisada del CUBG para adaptarlo a las nuevas disposiciones legales (art. 61 ter LMV), lo que supuso eliminar, entre otras, algunas de las recomendaciones relativas a las remuneraciones, en particular sobre el régimen de aprobación y transparencia dado que en ese momento se trataba ya de requisitos obligatorios para todas las sociedades cotizadas. Con la modificación de 2013 las recomendaciones sobre retribuciones se agruparon de la 33 a la 36, y se concretan, respectivamente, en los siguientes aspectos: entrega de acciones sólo a ejecutivos; sobre la remuneración de los consejeros externos, que sea la necesaria para retribuir la dedicación, cualificación y responsabilidad, pero no tan elevada como para comprometer su independencia; remuneración sobre resultados, en el sentido de que se tome en cuenta las eventuales salvedades del informe del auditor externo y minoren dichos resultados; y, finalmente, cautelas técnicas en las retribuciones variables, para que éstas guarden relación con las tareas desarrolladas y no deriven de manera automática de la evolución general de los mercados, del sector de actividad o de otras circunstancias similares.

Finalmente, como se ha anticipado, el Consejo de la CNMV ha aprobado el 18 de febrero de 2015 el nuevo Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas (CBGSC). Dicho código se enmarca dentro de la reforma de la LSC producida con la Ley 31/2014, y se ha beneficiado igualmente del apoyo y asesoramiento de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo. El nuevo código pasa a tener 64 recomendaciones, de las que 23 son nuevas, algunas han desaparecido por razón de su incorporación a la LSC y otras han sido modificadas. El nuevo código será de aplicación en el ejercicio 2015 y las empresas sometidas al mismo darán cuenta de su aplicación, bajo la regla <cumple o explica> [art. 540.4.g) LSC], en los informes anuales de gobierno corporativo presentados a la CNMV en 2016. Una de las grandes novedades del este código es que desarrolla veinticinco principios que supuestamente

⁴¹ Un comentario del CUBG realizado por diversos autores (Rodríguez Artigas, Alonso Ureba, Esteban Velasco, Quijano González, Velasco San Pedro y Fernández de la Gándara) puede verse en *RdS*, 27, 2006-2, pp. 31-160.

⁴² Recomendaciones comunitarias 2004/913/CE, 2005/162/CE y 2009/385/CE, sobre sistemas de remuneración de los consejeros de las empresas que cotizan en bolsa.

⁴³ Vid. Olivencia, M., “Los Códigos de Buen Gobierno: valoración”, *El Cronista*, número 0, Octubre 2008, pp. 26-31; Sánchez-Calero Guilarte, J., “Crisis económica y gobierno corporativo”, *RDM*, 287, 2013, p. 70-71 y 79-88.

⁴⁴ Sobre las mismas puede verse, Velasco San Pedro, L., “Retribuciones de los consejeros y altos directivos (Recomendaciones 35 a 41)”, *RdS*, 27, 2006-2, p. 137-147.

sustentan a los distintos grupos de recomendaciones.⁴⁵ A las remuneraciones de los consejeros se refiere el último de los principios, el veinticinco, que agrupa a las recomendaciones 56 a 64 referidas a este ámbito. El principio 25 contiene una redacción muy en la línea de lo establecido en el nuevo art. 217 de la LSC y en alguna de las recomendaciones del código anterior.⁴⁶ Y por lo que se refiere a las recomendaciones, que la remuneración sea la necesaria para atraer a los mejores o más adecuados y se retribuya la cualificación y la responsabilidad, pero sin que sea tan elevada como para comprometer la independencia de criterio de los no ejecutivos (56). Que las remuneraciones variables, entrega de acciones, opciones, etc., se circunscriban a los consejeros ejecutivos. Con alguna excepción (57). Que las políticas retributivas incorporen límites y algunas cautelas en el caso de las remuneraciones variables, para asegurar que guardan relación con el rendimiento profesional y no derivan de manera automática de la evolución general de los mercados o de otras circunstancias similares. Y más concretamente, se fijen criterios predeterminados y medibles que tengan en cuenta el riesgo asumido, se promueva la sostenibilidad y la creación de valor a largo plazo, así como la gestión de riesgos; y se establezca un equilibrio entre el cumplimiento de objetivos a corto, medio y largo plazo con la finalidad de evitar la sobrevaloración de hechos puntuales, ocasionales o extraordinarios (58). Que se aplacen una parte importante de los pagos de las remuneraciones variables hasta poder comprobar el cumplimiento de las condiciones establecidas (59). Que se tomen en cuenta las eventuales salvedades del auditor externo que minoren los resultados (60). Que un porcentaje relevante de la remuneración variable de los consejeros ejecutivos esté vinculado a la entrega de acciones o de instrumentos financieros referenciados a su valor (art. 61). El establecimiento de un límite cuantitativo y temporal para la transmisión de las acciones recibidas o el ejercicio de las opciones o derechos, con alguna salvedad (62). Que los contratos con los consejeros incluyan una cláusula *clawback*, que permita a la sociedad reclamar el reembolso de los componentes variables cuando el pago no haya estado ajustado a las condiciones de rendimiento o se haya abonado sobre datos inexactos (63). Y, finalmente, la fijación de unos límites cuantitativo y temporal a los pagos por resolución del contrato, dos años de la retribución total anual y aplazamiento hasta el momento de la comprobación del cumplimiento de los criterios establecidos (64).

En general se puede decir que los criterios desarrollados por los códigos de gobierno corporativo están presididos por la finalidad de permitir contratar a los mejores, pero a su vez vienen acompañados de ciertas limitaciones que eviten los pagos

⁴⁵ El profesor Jesús Alfaro, en una primera aproximación de urgencia al CBGSC, ha realizado una justificada crítica a dichos principios, que tilda de textos inútiles para interpretar las recomendaciones y pide expresamente su supresión (“El nuevo Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas. Comentarios de urgencia”, en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/> , visitado el 5.3.2015).

⁴⁶ Principio 25: “La remuneración del consejo de administración será la adecuada para atraer y retener a los consejeros del perfil deseado y retribuir la dedicación, cualificación y responsabilidad que exija el cargo sin comprometer la independencia de criterio de los consejeros no ejecutivos, con la intención de promover la consecución del interés social, incorporando los mecanismo precisos para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables”.

excesivos y así mantener cierta proporcionalidad entre retribución y trabajo.⁴⁷ En este último sentido se recomienda que se compruebe si se han efectuado las prestaciones que se alegan, así la recomendación 34 (antes 37) del CUBG que hace referencia a los consejeros externos y que habla de retribuir la dedicación, cualificación y responsabilidad, pero sin que sea tan elevada como para comprometer su independencia, ahora la recomendación 56 del CBGSC. También se recomienda que las comparaciones realizadas (por ejemplo, *mercado de ejecutivos*) estén correctamente establecidas, si bien el consejo del CUBG es precisamente que se eviten estas comparaciones para evitar una tendencia alcista (efecto escalada o *ratchet effect*), por la enorme dificultad de la comparación. Igualmente que se establezca la relación entre el beneficio social y la prestación realizada, sin remitirla a la evolución general de los mercados o de un sector concreto de actividad, como lo refleja la recomendación 36 (antes 39) del CUBG relativa a las cautelas técnicas en las retribuciones variables, y ahora con mayor precisión la 58 del CBGSC. También, aunque el CUBG no decía nada de manera expresa, se apunta, en línea con el moderno Derecho alemán de sociedades, la aplicación de un criterio de proporcionalidad,⁴⁸ hoy incorporado en nuestro derecho positivo, pero que con antelación se podía deducir de la cláusula general del interés social.⁴⁹ Así lo podemos ver desde hace algún tiempo en diversas sentencias de nuestro Tribunal Supremo: de 1 de julio de 1963, 15 de mayo de 1979, 5 de marzo de 2004 y de 25 de junio de 2012. El CBGSC, en el principio 25 que preside las recomendaciones sobre remuneraciones de los consejeros, dado su estrecho paralelismo con el art. 217 LSC, alude implícitamente al principio de proporcionalidad y expresamente al interés social. A lo que se puede añadir, finalmente, las últimas recomendaciones incorporadas en el CBGSC en relación a los aplazamientos de los pagos (59), la fijación de límites

⁴⁷ Vid. Melero Bosch/Navarro Frías, “Responsabilidad en la determinación de la retribución de los administradores y altos cargos en las sociedades de capital.....”, *op. cit.*, pp. 241-242.

⁴⁸ La referencia hay que hacerla al reformado parágrafo 87 de la Aktiengesetz por la Ley de 31 de julio de 2009 (*Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung: VorstAG*), si bien se califica de *proporcionalidad adecuada (o razonable)* y se limita la remuneración a una cuantía que debe ser la *habitual* (según tareas y prestaciones y situación de la sociedad), salvo que razones particulares justificasen que la remuneración sobrepase ese nivel. De todas formas estos criterios no resuelven todas las dudas, porque el criterio de la habitualidad es complejo y no siempre conduce a una remuneración adecuada (Vid. Recalde/Schönnenbeck, “La Ley alemana sobre la proporcionalidad de la remuneración de los miembros de la dirección en las sociedades anónimas”, *RDM*, 277, 2010, p. 1065 y ss., esp. 1068-1070. También Quijano, J., “Retribución de consejeros y directivos: la reciente evolución en el Derecho español”, en AAVV, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor José M^a. Muñoz Planas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 704-705).

⁴⁹ Vid. Juste Mencía, J., “Retribución de consejeros”, en AAVV, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, dir. G. Esteban Velasco, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 527-528; Llebot Majo, JO, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1996, p. 115y ss.; Paz-Ares, C., “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, *InDret*, 1/2008, pp. 54-55; Melero Bosch, Navarro Frías, “Responsabilidad en la determinación de la retribución de los administradores y altos cargos en las sociedades de capital.....”, *op. cit.*, pp. 242-243; García Alvarez, B., “Posibles límites a la remuneración de los administradores en un contexto de crisis económica”, *op. cit.*, pp. 195-196. No obstante, esta última autora apunta que los hechos han demostrado que la vía de la impugnación de los acuerdos sociales por lesivos al interés social no han evitado la asunción excesiva de riesgos, lo que ha afectado no sólo al interés social, sino al interés público en el caso de las entidades de crédito, por lo que se pide no sólo intervención sobre transparencia e información para el accionista y el mercado, sino también sobre aspectos sustantivos de los sistema retributivos.

cuantitativos de ciertas remuneraciones (62, 64) o la inclusión de las cláusulas de reembolso (63).

Si nos aproximamos a los Informes de Gobierno Corporativo de la Comisión Nacional del Mercado Valores de los últimos años (2007,2008 y 2009) podemos comprobar lo siguiente.⁵⁰ Primero que las recomendaciones menos implantadas han sido las relativas a la aprobación y transparencia de las retribuciones. Segundo, que menos de la mitad de las sociedades cotizadas somete a la junta general con carácter consultivo el informe sobre política de retribuciones. Tercero, que se formulan reproches a la información facilitada, en el sentido de poco clara, confusa y sin el desglose de los diferentes tipos de retribuciones. Cuarto, si bien el informe sobre retribuciones tiene un alto seguimiento, sin embargo no suele ser claro respecto a las retribuciones variables. En definitiva, como se nos dice de manera autorizada,⁵¹ los datos facilitados por la CNMV, en los años señalados, mostraron una práctica empresarial insatisfactoria y es lo que en buena medida han propiciado, junto con las nuevas tendencias en el ámbito internacional,⁵² la positivación de la materia, en nuestro caso, inicialmente por medio de la Ley de Economía Sostenible de 2011 y posteriormente por la Ley 31/2014 de modificación de la LSC.

En el IAGC de 2013 se nos dice que el grado de seguimiento del CUBG sigue creciendo y se sitúa de media en el 84% de las recomendaciones, frente al 82,4 % en el 2012. En el caso del selectivo IBEX-35 llega al 93,7%. En cuanto a las recomendaciones menos seguidas son las relativas a la presencia de consejeros independientes en los órganos de gobierno, entre las mismas la 49 relativa a los miembros de la comisión de nombramientos y retribuciones, que no ha sido seguida por el 38,6% de las sociedades. Entre las recomendaciones con un seguimiento medio (70% a 80%) figura la de reservar la remuneración mediante entrega de acciones sólo a los ejecutivos (77,9%), las demás relativas a las retribuciones están por encima de estos porcentajes. Y en su conjunto, la categoría de recomendaciones sobre las retribuciones, es la que más sube en el grado de seguimiento al haberse convertido en normas legales las recomendaciones anteriores sobre aprobación y transparencia. No obstante, hay que recordar que según el IARC de la CNMV sobre el ejercicio 2013, en los criterios previstos para el ejercicio de 2014 destaca como el más aplicado el nivel de responsabilidad de los consejeros y el que menos el nivel de solvencia, capitalización o sostenibilidad de la sociedad. Entre ambos criterios figuran los de dedicación de tiempo y aportaciones al consejo, los resultados de la sociedad y la cualificación de los consejeros.

⁵⁰ Vid. Ruiz de la Vega, Prieto Ruiz, “Los sistemas retributivos de los consejeros de las sociedades cotizadas: nivel de transparencia, evolución y estructura de las remuneraciones”, *Boletín Trimestral de la CNMV*, IV, 2010, p. 81; Sánchez-Calero Guilarte, J., “Norma y autorregulación en la configuración del régimen retributivo de los consejeros”, *op. cit.*, pp. 733-735; Zarzalejos Toledano, I., “Las remuneraciones de los consejeros en las sociedades cotizadas españolas”, *LA LEY mercantil*, 2, 2014, p. 6.

⁵¹ Vid. Sánchez-Calero Guilarte, J., “Norma y autorregulación en la configuración del régimen retributivo de los consejeros”, *op. cit.*, pp. 733-735

⁵² Cfr. Huet, Reygrobelle, “Les dirigeants exécutifs des sociétés anonymes en Europe: enseignements comparatifs et réflexions prospectives”, *op. cit.*, pp. 516-517.

4. LA CRISIS ECONÓMICA Y EL FRACASO DE LA AUTORREGULACIÓN: LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE. EL ACUERDO CONSULTIVO SOBRE LAS REMUNERACIONES

4.1. La Ley de Economía Sostenible y la reforma de la Ley del Mercado de Valores: de lo voluntario a lo obligatorio

La crisis económica de 2008 ha evidenciado y acentuado las carencias de la autorregulación desarrollada con los códigos de buen gobierno corporativo. Y la verdad es que no resulta del todo extraño, porque ya desde hace algún tiempo se habían alzado voces prestigiosas en el panorama internacional pronosticando cierto fracaso de los sistemas autorregulatorios. La cuestión es que el legislador español, de la misma manera que en otros países, se ha visto en la necesidad de acudir al boletín oficial del estado para solventar algunos de los problemas planteados. En nuestro caso esta primera reconversión de lo voluntario a lo obligatorio se ha producido con la Ley 2/2011, de Economía Sostenible (LES), donde se introducen algunas modificaciones en la Ley del Mercado de Valores. Concretamente el art. 27 de la LES estableció, en relación a las sociedades cotizadas y las entidades de crédito, la mejora de la transparencia de la remuneración y de las políticas retributivas de los administradores y de sus altos ejecutivos. Más concretamente la Disposición Final 5ª, tres, introdujo un nuevo Capítulo VI dentro del Título IV, titulado <Del informe anual de gobierno corporativo>, con dos nuevos preceptos, los arts. 61 bis y 61 ter LMV.⁵³ El primero de estos preceptos se refiere al Informe Anual de Gobierno Corporativo (IAGC). Y el segundo, reformado a su vez con posterioridad por la D.F. 6ª, uno, de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorro y fundaciones bancarias, que sin duda es el más relevante para nosotros, se refiere al Informe Anual sobre Remuneraciones de los Consejeros (IARC).

En cuanto al IAGC, según el art. 61 bis LMV, se deberá hacer público anualmente por las sociedades cotizadas en su página web, así como se deberá remitir a la CNMV y ser difundido como un hecho relevante. En cuanto a su contenido, se referirá a la estructura de propiedad de la sociedad, las posibles restricciones a la transmisibilidad de valores o de derechos de voto, estructura de la administración de la sociedad, operaciones vinculadas con los accionistas y sus administradores, sistemas de control de riesgos, funcionamiento de la junta general y desarrollo de las reuniones, grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo, o la explicación por su no seguimiento, etc. Junto con el IAGC, el art. 61 ter, impone a los consejos de administración de las sociedades anónimas cotizadas la obligación de elaborar el IARC, que deberá contener, de manera similar a las recomendaciones 39 y 40 del CUBG, una información completa, clara y comprensible sobre la política de remuneraciones de la sociedad aprobada por el consejo para el año en curso, la prevista para los años futuros y también la del ejercicio anterior, y se detallará las retribuciones individuales devengadas por cada consejero. El precepto mencionado se ha desarrollado con la

⁵³ Preceptos ahora derogados por la Ley 31/2014 de reforma de la LSC para la mejora del gobierno corporativo.

Orden ECC/461/2013, cuyo art. 10 detalla el contenido del informe,⁵⁴ y con las Circulares de la CNMV 4/2013, que se refiere a los diferentes modelos de IARC, y la 5/2013, sobre los modelos de IAGC.⁵⁵ Pero sin duda el aspecto más relevante de la nueva normativa imperativa es la exigencia de someter este IARC, con carácter consultivo, y como punto separado del orden del día, a la juntas generales ordinarias de accionistas celebradas a partir del 1 de enero de 2014 (art. 61 ter.2 LMV). Se trata del denominado *<say on pay>* de origen norteamericano.⁵⁶ Por tanto parece que los accionistas de las sociedades cotizadas se deberán pronunciar sobre la retribución prevista para el futuro, parece que a corto y medio plazo, y sobre la que ya ha sido pagada. En este último caso, probablemente, con la finalidad de poder verificar el cumplimiento o no de la política de retribuciones del ejercicio anterior. Veamos con algo más de detenimiento esta cuestión.

4.2. El acuerdo consultivo de la junta general de accionistas sobre el IARC: libertad y transparencia

Lo primero que se puede decir sobre esta norma es que constituye en cierto modo una devolución de competencias del órgano de administración a la junta general de socios, si bien es cierto que con unas condiciones un tanto especiales dado el carácter meramente consultivo y el contenido que se somete a dicha consulta, no las retribuciones particulares, sino el IARC en su conjunto. Hay que tener en cuenta cuáles son los fines de política jurídica perseguidos con la norma en cuestión. Por un lado dar mayor participación a los accionistas en la compañía, pero sin llegar a establecer que la decisión última quede en sus manos, sino mediante una fórmula *sui generis* que pretende mejorar el nivel de información de los accionistas y del mercado bursátil en general.⁵⁷

⁵⁴ Por medio de la citada Orden Ministerial se determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorro y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores (BOE, 23.3.2013). Como se ha dicho autorizadamente, no se acierta muy bien a entender la demora en la aprobación de esta disposición de desarrollo de la LES de 2011, quizá por la repercusión de la definición normativa de las categorías de consejeros (Vid. Sánchez-Calero Guilarte, J., “Retribución de administradores: informe de retribuciones y aprobación consultiva por la junta general”, *op. cit.*, p. 276). También puede verse Mejías Gómez, J., “La orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, sobre contenido y estructura del informe anual de gobierno corporativo y el informe anual de remuneraciones”, *RdS*, 40, 2013, pp. 573-584.

⁵⁵ La primera desarrolla los modelos de informe anual de remuneraciones de los consejeros de sociedades anónimas cotizadas y de los miembros del consejo de administración y de la comisión de control de las cajas de ahorro que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores, y la segunda, los modelos de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorro y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercado oficiales de valores (BOE, 24.6.2013).

⁵⁶ La Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act de 2010 (Dodd-Frank Act).

⁵⁷ Vid. Sánchez-Calero Guilarte, J., “Retribución de administradores: informe de retribuciones y aprobación consultiva por la junta general”, *op. cit.*, pp. 269 y ss., esp. 288 y 291; Melero Bosch, Navarro Frías, “Responsabilidad en la determinación de la retribución de los administradores y altos cargos en las sociedades de capital.....”, *op. cit.*, p. 216 y ss.

No obstante, este aspecto fundamental de la norma ha dado lugar ya a algunas dudas y críticas por diferentes razones.⁵⁸ En primer lugar porque es generador de una cierta inseguridad sobre el alcance del mismo, porque no se acaba de entender muy bien cuál puede ser la finalidad de una norma que se nos presenta como la gran novedad de la reforma, y en este sentido como la norma que intenta conciliar los intereses de los propietarios, esto es, de los accionistas, con los de los administradores, cuando en realidad su finalidad última parece estar destinada a agotarse en una mera formalidad informativa y de transparencia sin mayor trascendencia.⁵⁹ En segundo lugar, en línea con lo anterior, porque el pretendido carácter consultivo choca frontalmente con el carácter ejecutivo de los acuerdos de la junta general de accionistas, como así se establece en el art. 159.2 LSC, que habla de que todos los socios (incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión) quedan sometidos a los acuerdos de la junta general. Y del mismo modo obligan a los administradores. Y tercero por lo incongruente que resulta con la Recomendación europea de 2009 que llama a los accionistas a votar. No obstante, detrás del carácter consultivo está la Recomendación europea de 2004, que trataba de respetar los derechos nacionales que atribuían la competencia sobre remuneraciones exclusivamente al órgano de administración, y también, por otro lado, evitar los posibles efectos retroactivos del acuerdo. Pero sobre esto último hay que decir que la Recomendación europea de 2009 lo permite cuando la retribución se hubiese fundamentado en datos inexactos.

Finalmente, en cuanto a los resultados de la votación consultiva sobre el IARC de las sociedades del IBEX 35 para el ejercicio 2013, casi la mitad de las sociedades han recibido más de un 95% de los votos de sus respectivas juntas generales de accionistas, y en el resto de los casos ninguna ha bajado del 70%.

5. REGIMEN JURÍDICO ESPECÍFICO EN EL CASO DE CIERTAS ENTIDADES FINANCIERAS

En el caso de las entidades financieras se ha desarrollado un régimen jurídico especial que llega a introducir límites cuantitativos a las retribuciones de los consejeros y de los altos directivos.⁶⁰ Según el art. 5 del RD-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento

⁵⁸ Vid. Sánchez-Calero Guilarte, J., “Norma y autorregulación en la configuración del régimen retributivo de los consejeros”, *op. cit.*, p. 743. Más recientemente, del mismo autor, “Retribución de administradores: informe de retribuciones y aprobación consultiva por la junta general”, *op. cit.*, p. 282 y ss. También, Melero Bosch, Navarro Frías, “Responsabilidad en la determinación de la retribución de los administradores y altos cargos en las sociedades de capital.....”, *op. cit.*, p. 218.

⁵⁹ Se puede decir que la nueva norma constituye un refuerzo de lo ya establecido en el art. 260.9ª LSC en relación al contenido de la memoria, pero que como es sabido presenta como principal carencia informativa la posibilidad de que la información sobre las retribuciones de consejeros y personal de alta dirección se facilite de manera global por concepto retributivo y no de manera individualizada (Vid. Melero Bosch, Navarro Frías, “Responsabilidad en la determinación de la retribución de los administradores y altos cargos en las sociedades de capital.....”, *op. cit.*, p. 216).

⁶⁰ Vid. García Álvarez, B., “Posibles límites a la remuneración de los administradores en un contexto de crisis económica”, *op. cit.*, p. 179 y ss.; Girbau Pedregosa, R., “Restricciones a la remuneración de administradores y directivos de entidades de crédito: modos, intervención y gobierno corporativo”, *RDBB*, 129, 2013, p. 173 y ss.

del sector financiero (desarrollado por la Orden ECC/1762/2012), modificado a su vez por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, establece las cuantías máximas anuales a percibir por administradores y directivos de entidades de crédito participadas por el FROB, o bien que reciban apoyo financiero de éste, a lo que se añade la prohibición de fijar remuneraciones variables.

Como decimos este régimen jurídico especial claramente intervencionista se justifica por dos razones, bien porque la entidad financiera en cuestión obtuvo ayudas públicas para continuar en el mercado,⁶¹ o bien porque fue intervenida y la totalidad o parte del capital pasa a estar en manos públicas, concretamente del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB).⁶² Hay que partir de una noción de retribución amplia, de modo que entran todo tipo de retribuciones, dietas, pagos en especie, beneficios discrecionales de pensiones, aportaciones a planes de pensiones, indemnizaciones o cantidades asimiladas que los directivos y administradores perciban de las entidades en las que ejerzan cualquier cargo por cuenta o en representación de la entidad participada o apoyada por el FROB. Y en cuanto al régimen jurídico hay que distinguir en función del grado de apoyo financiero mencionado.

Si la entidad está participada mayoritariamente por el FROB se suprimen las retribuciones variables y los beneficios discrecionales de pensiones para el ejercicio 2012, si bien se matiza en función de que se mantenga o no la participación mayoritaria en la entidad y desde una comparativa de carácter horizontal. El límite máximo de retribución fija bruta anual para los administradores se fija en cincuenta mil euros, y en el caso de los presidentes ejecutivos, consejeros delegados, cargos similares y directivos no podrá superar los trescientos mil euros. Como se ve la diferencia es notable y se justifica por razón de las mayores tareas y responsabilidades de estos últimos en las tareas de gestión diaria. En todo caso hay que entender que este último es un límite total que engloba al anterior, de modo que esta cifra última no puede ser superada. En cuanto a la retribución variable, cuando es posible, como decimos se establecen parámetros de referencia comparados de carácter horizontal (la media de las entidades equiparables por tamaño y complejidad), lo que resulta criticable por el posible efecto alcista al no haberse fijado ningún tope máximo.

En el otro caso de las entidades de crédito que han recibido apoyo financiero público, en principio se remite a la media de las entidades equiparables por complejidad y tamaño, pero lo acompaña en este caso de unos límites máximos sensiblemente superiores a los anteriores. Para los administradores la retribución fija bruta anual no podrá ser superior a cien mil euros, mientras que para los presidentes ejecutivos, consejeros delegados y directivos no podrá superar los quinientos mil euros. Por lo que se refiere a la retribución variable, el límite es similar al antes mencionado y se establece que se corresponda con la media de las entidades equiparables por tamaño y complejidad. En este caso la Orden mencionada sí que fija límites máximos para las retribuciones variables, que no podrá superar el 60% de la retribución fija anual que perciban. Salvo en el caso de los directivos, no administradores, contratados después o

⁶¹ Vid. art. 2.2. párrafo 1º, Orden ECC/1762/2012.

⁶² Vid. García Álvarez, B., "Posibles límites a la remuneración de los administradores en un contexto de crisis económica", *op. cit.*, pp. 190-195.

simultáneamente a la recepción del apoyo financiero público en cuyo caso la retribución variable podrá llegar al 100% de la retribución fija. Ahora bien, el pago de la retribución variable se aplaza tres años y se condiciona a la obtención de los resultados que justifiquen su percepción (art. 5.2 RD-L 2/2012). La labor de supervisión y verificación de los planes corresponde al Banco de España.⁶³

En cuanto a las posibles salvedades respecto a la imposición de las limitaciones mencionadas, como es natural todas estas limitaciones desaparecerán con el saneamiento de la entidad de crédito y el reintegro del apoyo financiero recibido (art. 5.4 RD-L 2/2012). Pero además, en los casos que se desarrolle algún proceso de integración empresarial, no quedarán sujetos los administradores y directivos que no formasen parte de la entidad auxiliada, aunque pasen a formar parte de la misma.

Por último, este sistema de limitaciones se extiende igualmente a otro de conceptos retributivos como son las indemnizaciones pactadas en los contratos de personal de alta dirección por cese; por extinción del contrato a consecuencia de sanciones por incumplimientos graves, en cuyo caso no se permite indemnización alguna; o bien en los casos de suspensión de los contratos por sustitución de los órganos de administración o de los órganos directivos de las entidades de crédito, o por suspensión provisional de las personas que integran estos órganos por ser calificados como presuntos responsables de infracciones graves según el art. 24 de la Ley 26/1988, donde desaparece la obligación de trabajar y el derecho a ser retribuido. En el primer caso el límite se establece entre trescientos (entidad participada mayoritariamente por el FROB) y quinientos mil euros (entidad con apoyo financiero público) o bien dos años de la remuneración fija estipulada según lo antes visto, la menor de estas dos, con alguna excepción para los contratados después o simultáneamente a la toma de participación o del apoyo financiero público a juicio del Banco de España.

6. LA REFORMA DE LA LSC POR LA LEY 31/2014 Y EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL

6.1. Introducción

El origen de la reciente Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, se encuentra en el Informe de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 y OECC 895/2013, de 21 de mayo, de donde pasa a la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Reforma de la LSC del Ministerio de ECC y al Consejo de Ministros para convertirse en Proyecto de Ley. Con la reforma, y por lo que se refiere a nuestro objeto de estudio, se ha producido una modificación sustancial del régimen jurídico de la retribución de los administradores,

⁶³ Vid. Girbau Pedregosa, R., “Restricciones a la remuneración de administradores y directivos de entidades de crédito: modos, intervención y gobierno corporativo”, *op cit.*, p. 200 y ss.

que ha seguido de manera bastante fiel la propuesta normativa presentada en el Informe de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo.

Antes que nada hay que decir que los artículos 61 bis (del informe anual de gobierno corporativo) y 61 ter (del informe anual sobre remuneraciones de los consejeros) de la LMV introducidos por la LES de 2011 han quedado derogados (Disposición derogatoria de la Ley 31/2014) y sustituidos, respectivamente, por los nuevos artículos 540 y 541 de la LSC.

De manera esquemática la reforma del régimen jurídico de la retribución de los administradores sociales se concreta en lo siguiente, por un lado, se han modificado los artículos 217 (remuneración de los administradores), 218 (remuneración mediante participación en beneficios), 219 (remuneración vinculada a las acciones de la sociedad),⁶⁴ 229 (deber de evitar situaciones de conflicto de intereses: prohibición de remuneraciones externas), 230 (régimen de imperatividad y dispensa: autorización de remuneraciones externas)⁶⁵ y 249 (delegación de facultades del consejo de administración: el contrato de la sociedad con el consejero ejecutivo) de la LSC, que se pueden entender en principio referidos a todo tipo de sociedades de capital, si bien lo cierto es que estamos también ante el régimen jurídico retributivo de los administradores en el caso de las sociedades no cotizadas. Y, por otro lado, para las sociedades anónimas cotizadas, se ha desarrollado un pormenorizado régimen jurídico específico, sin perjuicio de los aspectos generales regulados por los preceptos mencionados. Con esta finalidad se ha creado una nueva sección 3ª en el capítulo VII del título XIV (*sociedades anónimas cotizadas*) que lleva por título *<especialidades de la remuneración de los consejeros>*, que concentra las normas básicas y abarca los nuevos artículos 529 sexdecies (carácter necesariamente remunerado), 529 sepdecies (remuneración de los consejeros por su condición de tal), 529 octodecies (remuneración de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas) y 529 novodecies (aprobación de la política de remuneraciones de los consejeros). A estos preceptos hay que añadir algunos otros, anteriores y posteriores, igualmente modificados que guardan una relación directa con el contenido de los que se acaban de mencionar. Concretamente los artículos 511 bis (competencias adicionales de la junta general de las sociedades cotizadas: política de remuneraciones de los consejeros) 529 duodecies (categorías de consejeros), 529 quincecies (comisión de nombramientos y retribuciones), 540 (informe anual de gobierno corporativo), 541 (informe anual sobre remuneraciones de los consejeros). Finalmente hay que mencionar el régimen transitorio establecido respecto a algunos de los preceptos mencionados (Disposición transitoria de la Ley 31/2014).

Por lo que se refiere al ALCM, la materia de la remuneración de los administradores se desarrolla, las normas generales, en los artículos 231-85 a 231-89,

⁶⁴ Dejamos fuera de esta primera aproximación al nuevo régimen jurídico lo relativo a los artículos 218 y 219 LSC que, como se dice en el Informe de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo (p. 57), contienen una regulación de conformidad con el art. 217, y en términos similares al régimen jurídico previgente para todo tipo de sociedades de capital. Estos preceptos se corresponden con los artículos 231-88 y 231-89, respectivamente, del ALCM.

⁶⁵ Sobre este aspecto nos remitimos a Paz-Ares, C., “La anomalía de la retribución externa de los administradores. Hechos nuevos y reglas viejas”, *InDret*, 1, 2014.

231-100; y las normas específicas para las sociedades cotizadas en los artículos 283-39 a 283-43.

6.2. Régimen jurídico general para todas las sociedades de capital y en particular para las sociedades no cotizadas

6.2.1. Introducción: la remuneración de los administradores en su condición de tales

El régimen general comienza, según lo establecido en el nuevo art. 217.1 LSC, con el mantenimiento de carácter gratuito del cargo de administrador salvo que los estatutos sociales digan lo contrario y fijen un sistema de remuneración. En este último caso dicho sistema de remuneración determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores *en su condición de tales*, esto es, sólo como miembros del órgano de administración y al margen de cualquier otro tipo de retribución por el desarrollo de tareas ejecutivas o de dirección.⁶⁶ En este último caso la remuneración se determina según contrato en el que se plasma la delegación de facultades (consejero ejecutivo), a esto nos referiremos más adelante, pero parece que se puede anticipar que en principio con esta nueva regulación se produce la desvirtuación de la doctrina del vínculo.⁶⁷ Dentro de los posibles conceptos retributivos a incluir en los estatutos sociales el art. 217.2 desarrolla un catálogo abierto entre los que figuran: una asignación fija, dietas de asistencia, participación en beneficios, retribución variable con indicadores de referencia, remuneración en acciones, indemnizaciones por cese salvo que se trate de incumplimiento de funciones y los sistemas de ahorro o de previsión que se consideren oportunos. Pero además, la junta general deberá aprobar el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales, que permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación (art. 217.3).⁶⁸

Por lo que se refiere al órgano societario competente para asignar los importes concretos de las retribuciones a cada uno de los administradores corresponde al órgano de administración, con algún matiz. El mismo art. 217.3 LSC establece que, salvo que la junta general determine otra cosa, corresponde al acuerdo de los propios administradores o, en su caso, a la decisión del consejo de administración, para lo que se deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades de cada consejero.⁶⁹ De este modo se resuelve con claridad una de las dudas que tradicionalmente se venía planteando sobre la competencia para determinar los importes exactos de las retribuciones y, simultáneamente, parece que queda igualmente claro, si es que no lo estaba ya con anterioridad, la no necesidad de consignar dichos importes en los estatutos. Esto es, queda definitivamente proscrita la denominada *<doctrina del milímetro>* a la que antes se ha hecho referencia.

⁶⁶ En este sentido también el art. 231-85 del ALCM.

⁶⁷ Así nos lo confirma, junto con el art. 217, algunos de los nuevos artículos, especialmente el 249, pero también 529 duodecimos, 529 septuagésimos y 529 octogésimos LSC, aunque es cierto que estos tres últimos están referidos a las sociedades cotizadas.

⁶⁸ En similares términos el art. 231-87.1 del ALCM.

⁶⁹ Así en el art. 231-87.2 ALCM.

Y en cuanto a la determinación de la cuantía de dichas remuneraciones de los administradores en su condición de tales, aunque se parte de una amplia libertad del órgano de administración, no existe como vemos una libertad absoluta. Por un lado juega el límite máximo anual señalado marcado por la junta general. Pero además, por otro, se han desarrollado en la norma (art. 217.3 y 4 LSC), una serie de criterios que a nuestro juicio van más allá de lo meramente programático, en el sentido de que no se trata de unas simples pautas de un programa de gobierno corporativo más o menos exigibles, sino que por el contrario, estamos ante criterios para la concreción de las remuneraciones de obligado cumplimiento por parte del órgano de administración cuyo incumplimiento puede generar la responsabilidad de sus miembros. A nuestro juicio habla claramente en este sentido la propia norma cuando establece que “[L]a remuneración de los administradores *deberá en todo caso guardar... El sistema de remuneración establecido deberá...*” Concretamente estos criterios son los siguientes. Por una parte, el art. 217.3 termina haciendo referencia, en el caso del consejo de administración, a que se deberán tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, si bien parece razonable su generalización a otro tipo de supuestos. Y por otra, en el apartado cuarto del mismo precepto, se desarrollan dos criterios de carácter general, un criterio de proporcionalidad y otro criterio de carácter teleológico.⁷⁰ Veamos con algo más de detenimiento cada uno de estos dos criterios generales.

6.2.2. El criterio de proporcionalidad razonable (adecuada)

La norma comienza diciendo que la remuneración de los administradores *deberá en todo caso guardar una proporción razonable* con tres parámetros de referencia: *la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables*.⁷¹ Lo primero que hay que decir es que la proporcionalidad se califica de razonable, lo que puede ser entendido como proporcionalidad adecuada o concorde con esos tres parámetros mencionados. Y dentro de esa adecuación o razonabilidad de las remuneraciones nos parece que deben incluirse igualmente la consideración de las funciones y responsabilidades atribuidas a los administradores, porque no parece difícil entender que se trata de aspectos que igualmente contribuyen a fijar una remuneración adecuada. Así parece que se confirma tanto a la vista de la norma alemana que sirve de modelo regulatorio,⁷² como del

⁷⁰ En iguales términos el art. 231-86 ALCM.

⁷¹ En esta línea puede verse, con anterioridad a la norma, Duque, J., “La situación actual del problema de la remuneración de los administradores de sociedad”, en AAVV, *Estudios de Derecho mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, dirs. Sáenz García de Albizu, et al., Civitas, Madrid, 2010, p. 733.

⁷² Nos referimos al apartado primero del parágrafo 87 de la AktG (Ley alemana de sociedades anónimas). Vid. Recalde/Schönnenbeck, “La Ley alemana sobre la proporcionalidad de la remuneración de los miembros de la dirección en las sociedades anónimas”, *op. cit.*, p. 1068; Val Talens, P. “La retribución de los administradores como instrumento de responsabilidad social corporativa”, Comunicación presentada, y leída, en *II Seminario Internacional sobre derecho de los negocios, responsabilidad social de la empresa y legal compliance: algunas perspectivas*, Universidad Carlos III de Madrid, Noviembre, 2014, p. 5.

Informe de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo.⁷³ Pero sin embargo, el legislador español ha obviado respecto al modelo seguido el límite de la retribución habitual o usual, una restricción que está formulada en la norma alemana de manera negativa y como una presunción *iuris tantum: no superando, sin una razón particular, la retribución usual*. De este modo se viene a exigir no sólo que la remuneración sea adecuada, sino también que no supere lo habitual, salvo razones justificadas. Luego digamos que lo adecuado pero no habitual, si se justifica puede ser dado por bueno. Y a la inversa, lo que se considere como remuneración usual o habitual no necesariamente será adecuado o razonable, porque de lo contrario se generaría esa carrera hacia arriba (*race to the top*), que es precisamente una de las perversiones de los sistemas retributivos de los administradores que se pretende corregir.⁷⁴ En el nuevo art. 217 LSC es cierto que el legislador español no hace referencia expresa al límite de lo habitual, pero a nuestro juicio sí se puede entender de manera implícita cuando se alude a los *estándares de mercado de empresas comparables*.

En realidad lo que sucede con este tipo de criterios que aluden a lo habitual, lo usual o lo estándar, es que estamos ante recursos de carácter fáctico (datos estadísticos, por ejemplo) para medir la diligencia o negligencia de los sujetos, que deben ser usados con cierta cautela y por lo general deben ser completados con un criterio normativo, porque de lo contrario se puede llegar con facilidad a resultados indeseados. Esto es, como nos dice el profesor Díez-Picazo en relación a los usos como modelo de conducta, que se puede llegar a valorar como buenos a comportamientos descuidados.⁷⁵ Y de ahí, como nos sigue diciendo, la necesidad de distinguir entre los usos como mera facticidad que denota lo que en la práctica es usual, pero que no resulta especialmente útil porque puede llevar a construir modelos claramente incorrectos; y por otro lado, los usos que van más allá de lo meramente fáctico, porque tienen algún contenido normativo, adquirido por la convicción u *opinio iuris*. De modo que lo relevante no es el dato estadístico, sino la regla de conducta que contiene, y es en este último caso cuando se está ante un modelo con valor de ejemplaridad.⁷⁶

En cuanto a los parámetros de referencia tomados por la norma española para medir la proporcionalidad se puede decir que se alude claramente a una comparación horizontal, pero no de manera tan clara a la comparación vertical. Se habla de comparación horizontal cuando la proporcionalidad está referida a otras empresas del sector, teniendo en cuenta su tamaño, su ámbito de actuación y su situación económica en cada momento. De este modo se busca que la comparación sea próxima, si bien como es natural no tiene porque ser así en el caso de las grandes empresas multinacionales. La cuestión es que se pueda estar verdaderamente ante un mercado real

⁷³ Apartado 4.10.1, página 57.

⁷⁴ Vid. Recalde, Schönnenbeck, "La Ley alemana sobre la proporcionalidad de la remuneración de los miembros de la dirección en las sociedades anónimas", *op. cit.*, p. 1070. También se apunta este problema en el CUBG, versión de junio de 2013, pp. 22-23.

⁷⁵ Vid. Díez-Picazo, L., "La culpa en la responsabilidad civil extracontractual", *ADC*, 2001, pp. 1017-1018, con referencias a Federico De Castro, *Derecho Civil de España*, I, parte general, p. 400.

⁷⁶ Sobre la ejemplaridad, y a título meramente erudito, me permito hacer referencia a Javier Gomá Lanzón, *Imitación y experiencia*, Taurus, Madrid, 2014, p. 552 y ss., esp. 554-556 y 570-577; y *Ejemplaridad pública*, Taurus, Madrid, 2009, pp. 189-193.

de directivos en situación de concurrencia, que es lo que en último caso puede justificar ante los accionistas las retribuciones elevadas por razón de la contratación de los mejores. La comparación vertical, a diferencia de la horizontal que es de carácter externo, tiene un sentido interno, porque trata de mantener una cierta proporcionalidad entre los salarios de los directivos y del empleado medio de la empresa. En este caso la aplicación de la proporcionalidad razonable o adecuada se presenta mucho más dificultosa, entre otras razones porque ambos criterios de comparación pueden entrar en conflicto con cierta facilidad, especialmente en los casos de grandes empresas multinacionales, donde la aplicación del criterio horizontal conduce a una clara desproporción desde un punto de vista vertical.⁷⁷ En este conflicto la solución parece que se decanta con algunas dudas y matices a favor de la comparación horizontal.⁷⁸

En nuestra norma, y sin perjuicio de los inconvenientes que se acaban de mencionar, como decimos no aparece una referencia expresa y clara a la comparación vertical, pero no obstante a nuestro juicio se puede deducir de la mención que se hace a la importancia de la sociedad y a la situación económica que tuviera en cada momento, de manera similar a como ha sucedido en el Derecho alemán donde su parágrafo 87 *AktG* habla de la situación de la sociedad.⁷⁹ También lo vemos en algunos otros derechos como el inglés y el holandés. En el primero, en el caso de las sociedades cotizadas, en el informe anual sobre remuneraciones debe constar entre otras indicaciones la comparación entre la progresión de la remuneración del *director* y la de los salarios del personal.⁸⁰ Y en el segundo, en relación a la política de retribuciones de los administradores, se viene a exigir que se tenga en cuenta la evolución de la remuneración de los asalariados, si bien lo cierto es que no ha sido un criterio muy seguido.⁸¹ Más recientemente, en el ámbito europeo, y sólo para las sociedades cotizadas, la Propuesta de Directiva de 4 de abril de 2014, que modifica la Directiva 2007/36/CE, sobre el fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas, y la Directiva 2013/34/UE, sobre gobernanza empresarial, pretende introducir en el nuevo artículo 9 bis.3 de la Directiva 2007/36/CE, el criterio de comparación vertical siquiera como una recomendación de buen gobierno. Así parece que se puede deducir de su tenor literal cuando nos dice que en la política de remuneraciones propuesta a los accionistas, se deberá exponer la influencia de las retribuciones de los trabajadores de la

⁷⁷ En los últimos años se ha pasado de una ratio de entre 20 o 30 a uno en los años 80 del pasado siglo, a otra de 80 a uno en los años 90, y de ahí se ha disparado hacia “el cielo” en los últimos años, 300, 400, 500 o más (Vid. Reygrobellet/Couret, “Le dirigeant de société anonyme en France”, en AAVV, *La direction des sociétés anonymes en Europe. Vers des pratiques harmonisées de gouvernance?*, dir. Y. Chaput, A. Lévi, *op. cit.*, p. 234).

⁷⁸ Vid. Recalde/Schönnenbeck, “La Ley alemana sobre la proporcionalidad de la remuneración de los miembros de la dirección en las sociedades anónimas”, *op. cit.*, pp. 1069-1070; Val Talens, P. “La retribución de los administradores como instrumento de responsabilidad social corporativa”, *op. cit.*, p. 6. En ambos casos las referencias vienen hechas al Derecho alemán.

⁷⁹ *Ibi.*

⁸⁰ Vid. Burbidge, P., “Le dirigeant de public limited company et private limited company en Angleterre”, en AAVV, *La direction des sociétés anonymes en Europe. Vers des pratiques harmonisées de gouvernance?*, dir. Y. Chaput, A. Lévi, *op. cit.*, p. 75.

⁸¹ Vid. Schmieman, E., “Le dirigeant de Naamloze Vennootschap aux Pays-Bas”, en AAVV, *La direction des sociétés anonymes en Europe. Vers des pratiques harmonisées de gouvernance?*, dir. Y. Chaput, A. Lévi, *op. cit.*, p. 365.

sociedad en la configuración de la política o la remuneración de los consejeros. Y además incluir una explicación sobre la ratio entre la remuneración media de los consejeros y la remuneración media de los trabajadores a tiempo completo distintos a los consejeros, y los motivos por los que esa ratio se considera apropiada. Sólo por razones excepcionales se podrá omitir esta información, pero siempre explicando los motivos y aportando alguna medida de efecto equivalente. En fin, es cierto que la propuesta de regulación europea apunta a favor de la aplicación de una cierta proporcionalidad en sentido vertical, pero también lo es que deja muchas dudas abiertas.⁸²

6.2.3. El criterio teleológico: la sostenibilidad y otras cautelas

En cuanto al criterio finalista, en el mismo art. 217.4 LSC, añade que el sistema de remuneración deberá perseguir tres tipos de finalidades, una primera de carácter positivo, cuando habla de que dicho sistema esté *orientado* a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad; y otras dos más de carácter negativo, cuando se impone que se incorpore también en el sistema remuneratorio programado las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.

Respecto a lo primero se impone que el sistema remuneratorio esté orientado a promover la rentabilidad y la sostenibilidad a largo plazo de la sociedad. Esta exigencia tiene su razón de ser en evitar en lo sucesivo los planes o políticas remuneratorias demasiado apegadas al corto plazo, especialmente en las sociedades cotizadas y respecto a las remuneraciones de carácter variable, por el enorme riesgo que representan para la rentabilidad y la continuidad de la empresa. El peligro viene por lo general por la conexión con las cotizaciones bursátiles,⁸³ si bien el legislador español generaliza la norma a todo tipo de sociedades de capital más allá de las sociedades cotizadas, a diferencia de lo establecido en otros derechos nacionales.⁸⁴ Y también hay que entender que el criterio de la sostenibilidad, a pesar de su mayor proximidad a las remuneraciones variables, es aplicable en principio tanto a unas como a otras.

Ahora bien la mención expresa del largo plazo no puede significar que las políticas empresariales a corto o medio plazo deban ser demonizadas y no puedan tener ninguna influencia en la política remuneratoria. Y no parece que deba ser así porque se podría llegar a una situación contradictoria entre la rentabilidad de la sociedad y su

⁸² Vid. Val Talens, P. “La retribución de los administradores como instrumento de responsabilidad social corporativa”, *op. cit.*, p. 7.

⁸³ Vid. Portale, “Un nuevo capitolo del governo societario tedesco: l’adeguatezza del compenso dei Vorstandsmitglieder”, *Riv. Soc.*, 2010, p. 4 ss.; Recalde, Schönnenbeck, “La Ley alemana sobre la proporcionalidad de la remuneración de los miembros de la dirección en las sociedades anónimas”, *op. cit.*, p. 1071.

⁸⁴ Cfr. parágrafo 87 AktG. En cuanto a las razones de la exclusión puede verse Recalde/Schönnenbeck, “La Ley alemana sobre la proporcionalidad de la remuneración de los miembros de la dirección en las sociedades anónimas”, *cit.*, p. 1070: entienden como razonable que el criterio también se tuviera en cuenta en las sociedades no cotizadas, si bien el legislador alemán no consideró necesario establecer una obligación legal para las sociedades no cotizadas, ni las sociedades de responsabilidad limitada, por su estructura relativamente más cerrada, con el correspondiente plus de control por parte de los socios.

sostenibilidad. En este sentido hay que recordar la protección específica con la que cuentan los administradores sociales a partir de la reforma según el nuevo artículo 226 LSC: <protección de la discrecionalidad empresarial> (*business judgment rule*).⁸⁵ Por tanto hay que valorar en sus justos términos el mandato normativo. En el mismo se establece de manera acertada, y siguiendo en este punto fielmente el modelo alemán, que dicho sistema remuneratorio deberá estar <orientado>, esto es, pensado o dirigido hacia el desarrollo duradero de la empresa, pero sin que esto signifique que se tenga que abandonar del todo el corto o el medio plazo. Entre otras razones porque el interés social no está sometido a un plazo concreto sino que puede deambular de uno a otro plazo.⁸⁶

Por lo que se refiere a las cautelas de carácter negativo, el sistema remuneratorio, por un lado, no deberá incentivar la asunción excesiva de riesgos para la sociedad. En este sentido parece que por lo que se refiere a las remuneraciones variables deben tener un carácter plurianual, a pesar de que nada dice la norma, pero es la cautela que más sentido puede tener de cara a evitar tanto los riesgos excesivos, como a favorecer la sostenibilidad de la empresa. En todo caso sobre esta cuestión no se puede olvidar que el sistema jurídico de control de la gestión societaria se sustenta en los deberes de diligencia y de lealtad, que como en parte hemos anticipado no sólo no penalizan la asunción de ciertos riesgos, sino que se desarrollan fórmulas o principios dirigidos a incentivar precisamente la toma de cierto nivel de riesgos (discrecionalidad empresarial).⁸⁷

Finalmente, también incorporará el sistema remuneratorio alguna cautela para evitar la recompensa de resultados desfavorables. No nos dice nada más la norma a este último respecto, pero no obstante, la inteligencia de la norma puede ser entendida en un doble sentido. Por un lado, *a sensu contrario*, que se deben valorar los resultados favorables para fijar la remuneración de los administradores, y por otro, que en el caso de resultados desfavorables el sistema debe penalizar, o al menos no recompensar, la remuneración de dichos administradores. En este sentido se puede entender la recomendación 35 del CUBG, cuando dice: “Que las remuneraciones relacionadas con los resultados de la sociedad tomen en cuenta las eventuales salvedades que consten en el informe del auditor externo y minoren dichos resultados”. Dentro de las posibles cautelas que se pueden introducir con la finalidad mencionada están las cláusulas contractuales de restitución de las remuneraciones que se consideren no acordes a los resultados.⁸⁸ Ir algo más allá del ámbito contractual se presenta más dificultoso sin el

⁸⁵ Recientemente, entre nosotros, puede verse Guerrero Trevijano, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de business judgment rule al ordenamiento español*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, esp. p. 245 y ss.

⁸⁶ Vid. Recalde/Schönnenbeck, “La Ley alemana sobre la proporcionalidad de la remuneración de los miembros de la dirección en las sociedades anónimas”, *op. cit.*, pp. 1071-1072.

⁸⁷ Vid. Guerrero Trevijano, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de business judgment rule al ordenamiento español*, *op. cit.*, p. 280-296.

⁸⁸ Se trata de las denominadas *clawbacks* norteamericanas (vid. León Sanz, FJ, “La retribución de los administradores y de los ejecutivos en caso de crisis de la empresa”, en AAVV, *Estudios de Derecho*

respaldo de una norma concreta, ya sea para reducir o para exigir la restitución de ciertas remuneraciones.⁸⁹ En todo caso, alguna vía se ha abierto en este sentido cuando se establece en el nuevo artículo 227.2 LSC, sobre el deber de lealtad de los administradores, que la infracción de dicho deber no sólo obliga a indemnizar el daño al patrimonio social, sino también a devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador. Pero como se ve se trata de una vía bastante estrecha. La Propuesta de Directiva mencionada se limita en este aspecto, y para las sociedades cotizadas, a decir que la política de remuneraciones informará sobre la posibilidad de que la sociedad exija la devolución de la remuneración variable (art. 9.3.III), luego parece que se plantea más como un derecho informativo del socio, bien de la existencia de alguna norma o cláusula contractual al respecto, o bien de la existencia de alguna recomendación de buen gobierno sobre lo mismo.

6.2.4. La remuneración de los consejeros ejecutivos: delegación de facultades y contrato

Como anticipamos la remuneración de los administradores, miembros del consejo de administración, que desempeñen tareas ejecutivas o de dirección está sometida a un nuevo régimen jurídico. En estos casos (consejero delegado o consejero con funciones directivas), como se establece en el nuevo artículo 249.3 y 4 LSC, será necesario la celebración de un contrato entre el consejero y la sociedad, donde se detallarán todos los conceptos por los que se pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluidas, en su caso, la posible indemnización por cese anticipado, las cantidades pagadas por primas de seguros o aportadas a sistemas de ahorro. De modo que el consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en dicho contrato.

Una cuestión previa importante es que se debe entender por consejero ejecutivo para concretar el ámbito subjetivo de aplicación de la norma que comentamos. El artículo 249.3 LSC no define la figura, se limita a aludir al consejero delegado o consejero con funciones ejecutivas como supuestos en los que se deberá celebrar un contrato entre éste y la sociedad. No obstante la definición legal de consejero ejecutivo la ha incorporado la reforma de la LSC en el ámbito de las sociedades cotizadas, de donde creemos que puede ser traída para su aplicación analógica. Así el nuevo art. 529 duodecimos (categorías de consejeros) LSC, nos dice lo siguiente:

“1. Son consejeros ejecutivos aquellos que desempeñan funciones de dirección en la sociedad o su grupo, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantengan con ella. No obstante, los consejeros que sean altos directivos o consejeros de sociedades pertenecientes al grupo de la entidad dominante de la sociedad tendrán en ésta la consideración de dominicales.

mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés, dirs. Sáenz García de Albizu, et al., Civitas, Madrid, 2010, p. 759).

⁸⁹ Normas en este sentido, de reducción o limitación, las vemos en parágrafo 87.2 de la AktG, y más drásticas de restitución en el Código suizo de obligaciones, en su art. 678 (Vid. Val Talens, P. “La retribución de los administradores como instrumento de responsabilidad social corporativa”, cit., p. 8).

Cuando un consejero desempeñe funciones de dirección y, al mismo tiempo, sea o represente a un accionista significativo o que esté representado en el consejo de administración, se considerará como ejecutivo.

2. Son consejeros no ejecutivos todos los restantes consejeros de la sociedad, pudiendo ser dominicales, independientes u otros externos.

3.”

Por tanto el dato relevante para la calificación de un consejero como ejecutivo es el desempeño de funciones de dirección en la sociedad o su grupo, con independencia del vínculo jurídico que mantenga con ella, y con la salvedad respecto a los altos directivos de las sociedades filiales. El legislador ha optado por una definición conocida que nos viene del CUBG de 2006, donde se definía al consejero ejecutivo como aquel que desempeña funciones de alta dirección o sea empleado de la sociedad o de su grupo. Ahora el nuevo CBGSC de 2015 se remite a las definiciones legales del artículo mencionado. En definitiva se puede decir que cualquier consejero que desempeñe alguna función de dirección (por ejemplo, consejero delegado, dirección de la asesoría jurídica, dirección de sucursales, dirección financiera, dirección de personal, etc.), esto es, tareas que vayan más allá de las funciones gestoras y supervisoras básicas, cuyo límite viene marcado por las facultades indelegables del art. 249 bis LSC, debe quedar sometido a este régimen jurídico y celebrar con la sociedad el contrato correspondiente. Otra cuestión, en la que no entramos en este momento, es la relativa a la naturaleza jurídica del contrato, si debe ser calificado de mercantil o de laboral, si bien a nuestro juicio estamos más por lo primero que por lo segundo.

En cuanto a la competencia para fijar estas remuneraciones corresponde en este caso de manera exclusiva, con algún matiz que veremos más adelante en el caso de las sociedades cotizadas, al consejo de administración, como establece el mismo precepto antes mencionado, donde se dice que el contrato en cuestión deberá ser aprobado previamente por dicho consejo. Pero dado que esta atribución de competencias es fuente de posibles conflictos de interés, la norma introduce una serie de cautelas. Así la exigencia de un voto favorable de las dos terceras partes de los miembros del consejo de administración, la abstención del consejero interesado en la deliberación y en la votación, la incorporación del contrato como anejo al acta de la sesión y, finalmente, la conformidad -en su caso- del contrato con la política de retribuciones aprobada por la junta general. La salvedad que se hace en este último punto obedece a que la política de retribuciones no es obligatorio su sometimiento a la junta general en las sociedades no cotizadas, por tanto en estas sociedades, salvo que los estatutos establezcan otra cosa o la junta general decida algo en ese sentido, la decisión parece que queda por completo en manos del órgano de administración (Cfr. arts. 160, 161, 249, 511 bis y 529 novodécimas LSC). A lo que hay que añadir que tampoco es obligatorio en las sociedades no cotizadas el Informe Anual de Remuneraciones de los Consejeros (art. 541 LSC).

De lo anterior se deriva un grave déficit informativo y participativo para los socios de las compañías no cotizadas que difícilmente puede ser salvado por otras vías. Quizá la única vía de dar transparencia y cierta participación en estos casos a los socios sea a través de la memoria, si bien la reforma no ha incidido en este aspecto y se mantiene como estaba el art. 262 LSC, que como es sabido permite que las

informaciones sobre las remuneraciones de los administradores se puedan dar de forma global por concepto retributivo y no de manera individualizada, lo que reduce considerablemente el factor de transparencia de la memoria sobre estos aspectos.

Finalmente, como se ha anticipado, con esta nueva regulación se puede decir en principio que se produce la desvirtuación de la denominada doctrina del vínculo, porque con el nuevo régimen se deslindan claramente los dos posibles tipos de tareas a desarrollar por los consejeros, unas por su condición de tales y otras por el desempeño de funciones ejecutivas, de modo que sólo la remuneración de las primeras debe quedar reflejado en el sistema retributivo delineado en los estatutos, como ahora se establece expresamente en el art. 217.2 LSC, pero no así respecto a las segundas que quedan remitidas al correspondiente contrato a tenor de lo establecido en el art. 249.3 y 4 LSC. El problema radica en que con la nueva sistemática jurídica desarrollada quizá no se disipan del todo algunas de las razones justificativas de la doctrina del vínculo. Estamos pensando, por un lado, en el carácter absorbente del título orgánico y las funciones de gestión que le son propias, que podría a pesar de todo dificultar la separación de ambos tipos de relaciones jurídicas. No obstante, a nuestro juicio, no sería esta la interpretación correcta a la vista de los preceptos mencionados a los que habría que añadir el 249 bis LSC. Y por otro, conectado con lo anterior, la dificultad que plantea el Derecho laboral, que debe ser salvada mediante la calificación de la relación jurídica como mercantil y no laboral. A lo que hay que añadir, por último, que en el caso de las sociedades no cotizadas, por la vía del contrato la sociedad elimina la garantía que supone para los socios el control estatutario o por la junta general de accionistas, esto es, nos referimos al déficit informativo y participativo al que se ha hecho referencia en sentido crítico en el párrafo anterior, que en último caso también podría ser utilizado como argumento para mantener la doctrina del vínculo. No obstante, y a pesar de todo, tampoco vemos demasiada justificación a este último planteamiento a la vista de las nuevas normas.

6.3. Régimen jurídico especial de las sociedades cotizadas

6.3.1. Introducción: carácter necesariamente remunerado del cargo de consejero

Los elementos que caracterizan al régimen jurídico especial sobre las remuneraciones de los consejeros en las sociedades cotizadas son los siguientes: el carácter necesariamente remunerado del cargo, la existencia e intervención de la comisión de nombramientos y retribuciones, la necesidad de aprobar por la junta general la política de remuneraciones de los consejeros, la fijación de las remuneraciones para cada uno de los consejeros por el consejo de administración y la elaboración del informe anual sobre remuneraciones de los consejeros que deberá ser sometido también a votación, si bien de carácter consultivo, en la junta general ordinaria de accionistas. Veamos algunos detalles de esta nueva regulación.

Lo primero que destaca en este régimen especial es el carácter necesariamente remunerado del cargo de consejero, salvo que los estatutos dispongan lo contrario (art.

529 sexdecies LSC).⁹⁰ Como se dice en el Informe de la Comisión de Expertos la especial responsabilidad y dedicación exigible a los consejeros de las sociedades cotizadas aconseja que el cargo sea necesariamente remunerado. En tal sentido se pronuncia igualmente el art. 283-39 del ALCM.

6.3.2. La política de remuneraciones de los consejeros: comisión de nombramientos y retribuciones, consejo de administración y aprobación vinculante por la junta general de accionistas

El elemento fundamental del sistema retributivo en la sociedad cotizada lo constituye la política de remuneraciones de los consejeros, que deberá ser elaborada y propuesta (velando, además, por su observancia) por la comisión de nombramientos y retribuciones al consejo de administración [art. 529 quince.3.g) LSC], que a su vez deberá aprobarla y presentarla a la junta general de accionistas para su aprobación definitiva por la misma [art. 511 bis.1.c) LSC], al menos cada tres años, como un punto separado del orden del día (art. 529 novecies LSC).⁹¹ Ahora bien, y esto constituye un aspecto relevante de la reforma, la política de remuneraciones deberá ser revisada antes del transcurso de esos tres años, si el IARC resulta rechazado por la junta general ordinaria en la votación consultiva, en cuyo caso se deberá someter a la siguiente junta general de accionistas que se celebre⁹² con carácter previo a su aplicación para el ejercicio siguiente, salvo que dicha política se hubiera aprobado en esa misma junta general ordinaria. En todo caso, cualquier modificación o sustitución de la política de remuneraciones requerirá la previa aprobación de la junta general.

La propuesta presentada por el consejo de administración deberá estar motivada y acompañada de un informe de la comisión de nombramientos y retribuciones, y ambos documentos se pondrán a disposición de los accionistas en la página web de la sociedad desde la convocatoria de la junta general (art. 529 novecies LSC). Esta política de remuneraciones de los consejeros, que se ajustará en lo que corresponda al sistema de remuneraciones estatutariamente previsto, contendrá tanto la remuneración anual del conjunto de los consejeros en su condición de tales, con indicación del importe máximo de la remuneración anual de los mismos en aquella condición (art. 529.1 septecies LSC);⁹³ como las remuneraciones de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas previstas en los contratos aprobados conforme al art. 249 LSC, que igualmente se ajustará a dicha política. En este último caso, la política de remuneraciones de los consejeros hará referencia a la cuantía de la retribución fija anual, con sus posibles variaciones, los parámetros para la fijación de los componentes variables y los términos y condiciones principales de sus contratos, en particular, la duración, indemnizaciones por cese anticipado o terminación de la relación contractual, pactos de exclusividad, no concurrencia post-contractual y permanencia o fidelización (art. 529 octecies LSC). En definitiva, como establece el art. 529 novecies.5 LSC,

⁹⁰ De igual modo en el art. 283-39 del ALCM.

⁹¹ Se corresponde con el art. 283-42 del ALCM.

⁹² Así en el Informe de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, p. 59.

⁹³ Se corresponde con el art. 283-40.1 ALCM.

cualquier remuneración que perciban los consejeros por el ejercicio o terminación de su cargo y por el desempeño de funciones ejecutivas será acorde con la política de remuneraciones vigente en cada momento, con la salvedad de las remuneraciones que expresamente haya aprobado la junta general de accionistas.

6.3.3. Órgano competente para fijar la remuneración de cada consejero: el consejo de administración

En cuanto a la competencia para la aprobación de las remuneraciones de cada uno de los consejeros, tanto en las funciones de administración como por sus funciones ejecutivas, corresponde al consejo de administración. En el primer caso, además de respetar el sistema remuneratorio previsto estatutariamente, el importe máximo de la remuneración anual a satisfacer al conjunto de los consejeros por su condición de tal y la política de remuneraciones, el consejo tendrá en cuenta las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, la pertenencia a comisiones del consejo y las demás circunstancias objetivas que considere relevantes (art. 529 septdecies.2 LSC).⁹⁴ En estos aspectos se puede decir que la norma especial reitera lo establecido en el régimen general del art. 217.3 LSC al que antes nos hemos referido. Pero también, como es natural, la decisión del consejo de administración deberá tomar en consideración los otros principios o criterios de carácter general que deben guiar la fijación de las remuneraciones, como son el principio de proporcionalidad razonable y los criterios finalistas, todos ellos antes mencionados y regulados en el apartado cuarto del artículo anterior. Por lo que se refiere a los consejeros con funciones ejecutivas, además de estos principios de carácter general que se acaban de mencionar, como ya sabemos la remuneración se concreta a través de los contratos aprobados según lo establecido en el art. 249 LSC, que deberá ser conforme con la política de remuneraciones y con el art. 529 octodecies LSC⁹⁵ a cuyo contenido acabamos de hacer referencia en el apartado anterior.

6.3.4. El informe anual sobre remuneraciones de los consejeros: transparencia y votación consultiva por la junta general ordinaria de accionistas

El IARC constituye el instrumento de transparencia de la sociedad frente a los accionistas y frente a terceros, porque es el medio que permite y facilita a todos acceder al sistema de remuneración de los consejeros y a su aplicación. Como hemos visto la obligatoriedad de dicho informe para las sociedades cotizadas se incorpora en un primer momento en el art. 61 ter de la LMV por medio de la Ley de economía sostenible de 2011, que tuvo además su desarrollo reglamentario por medio de la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo y la Circular 4/2013, de 12 de junio, de la CNMV. Este precepto de la LMV ha sido derogado y sustituido por el nuevo art. 541 de la LSC.⁹⁶

⁹⁴ Así en el art. 283-40.2 ALCM.

⁹⁵ De igual modo en el art. 283-41 del ALCM.

⁹⁶ Se corresponde con el art. 283-43 del ALCM.

La nueva norma, si bien en parte es una continuidad de la anterior, contiene algunas modificaciones. El consejo de administración de las sociedades anónimas cotizadas deberá elaborar y publicar anualmente un informe sobre las remuneraciones de los consejeros, tanto las que perciban o deban percibir en su condición de tales, como por el desempeño de funciones ejecutivas. Esta clara distinción entre un tipo y otro de remuneraciones obedece a la nueva regulación sobre la materia que acabamos de ver. La información contenida en el IARC deberá ser completa, clara y comprensible sobre la política de remuneraciones de los consejeros aplicable al ejercicio en curso. También incluirá un resumen global sobre la aplicación de dicha política durante el ejercicio cerrado, con el detalle de las remuneraciones individuales devengadas por todos los conceptos por cada uno de los consejeros en dicho ejercicio. El IARC se difundirá por la sociedad como hecho relevante de forma simultánea al informe anual de gobierno corporativo.

El aspecto más relevante de la regulación de este informe sigue siendo el mismo que ya existía desde su introducción en el año 2011, la necesidad de su aprobación con carácter consultivo y como punto separado del orden del día por la junta general ordinaria de accionistas. Pero ahora, como se ha anticipado al hablar de la política de remuneración de los consejeros, se ha incorporado una importante novedad que da más valor a esta votación que ahora se presenta como algo más que meramente consultiva. Porque, como se establece en el art. 529 novodecies.4 LSC, el rechazo del IARC produce un efecto directo en la política de remuneraciones de los consejeros, que debe ser revisada⁹⁷ y aprobada de manera vinculante por la junta general de accionistas, sin esperar al transcurso del período de tres años. De este modo parece que, en buena lógica, lo que se está imponiendo es la revisión de la política de remuneraciones para corregir o salvar aquellos aspectos que hayan podido influir de manera más relevante en el rechazo por la junta general de accionista del IARC. O dicho de otro modo, si nos atenemos a la diferente naturaleza de uno y otro documento y acuerdo, por un lado, la política de remuneraciones como el instrumento de determinación de las retribuciones, sin perjuicio de que la remuneración de cada consejero se fija por el consejo de administración, y por otro, el IARC como el instrumento de transparencia o difusión de todo lo anterior, tanto de la política de remuneraciones como de la decisión del órgano de administración, de manera que se facilita la correspondencia entre ambos documentos y ambos acuerdos, dado que uno se aprueba cada tres años y el otro se vota anualmente, porque de lo contrario se podría llegar a situaciones verdaderamente paradójicas. En definitiva, a nuestro juicio, la nueva solución jurídica consiste en imponer una revisión anticipada de la política de remuneraciones, en el caso de rechazo del IARC, y solventar así el desfase temporal entre ambos documentos. De ahí que se exceptúen los supuestos en que la política de remuneraciones y el IARC se voten en una misma junta general ordinaria, porque aprobada la primera con *efectos vinculantes*, el posible rechazo de este último con *efectos consultivos* en la misma junta no parece que justifique la revisión anticipada de la primera, bien por razones prácticas o bien por

⁹⁷ El Informe de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo habla en este sentido, si bien comienza el párrafo en cuestión diciendo: “Sin perjuicio del carácter consultivo de esta votación...”, p. 59.

razones de coherencia.⁹⁸ Con todo hay que decir que algunas dudas permanecen y la cuestión está necesitada de una mayor reflexión.

Finalmente, el artículo 541.5 LSC, al igual que hiciera el derogado art. 61 ter.5 LMV, se remite a los desarrollos reglamentarios correspondientes a realizar bien por el Ministerio de Economía y Competitividad o bien, con su habilitación expresa, por la CNMV, sobre el contenido y estructura del IARC, que podrá contener información, entre otras cuestiones, sobre el importe de los componentes fijos de retribución, los conceptos retributivos de carácter variable y los criterios de desempeño elegidos para su diseño, así como el papel desempeñado, en su caso, por la comisión de retribuciones.

⁹⁸ Un interpretación en el sentido del texto parece que se podría deducir de la Disposición transitoria de la Ley 31/2014, de modificación de la LSC para la mejora del gobierno corporativo.

LA REFORMA DE LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES Y DE SU RESPONSABILIDAD

JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE*

Resumen

La Ley 31/2014 ha pretendido una revisión de los principales aspectos del gobierno corporativo. Ese propósito se ha traducido en una profunda revisión de la delimitación normativa de los deberes inherentes al cargo de administrador en una sociedad de capital.

Contenido

1. La incidencia de la Ley 31/2014 sobre los deberes legales de los administradores. – 1.1. Introducción. – 1.2. La expansión de las soluciones legislativas. – 2. La tipificación de los deberes legales inherentes al cargo de administrador. – 2.1. Enunciación de los cambios. – 2.2. La relación entre los deberes típicos. – 3. El deber de diligencia. – 3.1. El contenido esencial de la regulación del deber de diligencia. – 3.2. Un apunte sobre la evolución legislativa. – 3.3. Un deber general. – 3.4. La diligencia exigible en atención a la naturaleza del cargo y a las funciones atribuidas. – 3.5. La diligencia y la información. – 4. El Deber de Lealtad. – 4.1. El contenido fundamental del deber de lealtad. – 4.2. Las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad. – 4.2.1. El ejercicio leal de las facultades recibidas. – 4.2.2. El deber de guardar secreto. – 4.2.3. El deber de abstención en la adopción de decisiones o acuerdos en situaciones de conflicto de interés. – 4.2.4. La independencia de criterio. – 4.2.5. Las situaciones de conflicto de interés. – 4.2.5.1. Evitar conflictos como obligación básica. – 4.2.5.2. El contenido objetivo del deber de abstención en relación con situaciones conflictivas. – 4.2.5.3. Las personas afectadas por el deber de abstención. – 4.2.5.4. El deber de información sobre situaciones de conflicto. – 4.2.5.5. Imperatividad y dispensa en el régimen legal en materia de lealtad. – 4.2.5.5.1. El procedimiento de autorización. – 4.2.5.5.2. El órgano competente. – 4.2.5.5.3. La dispensa de la prohibición de no competir. – 4.2.5.5.4. El cese del administrador beneficiado por una dispensa. – 4.2.6. Infracción del deber de lealtad y responsabilidad del administrador: un apunte. – 5. Conclusión.

* Catedrático de Derecho Mercantil, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid.

1. LA INCIDENCIA DE LA LEY 31/2014 SOBRE LOS DEBERES LEGALES DE LOS ADMINISTRADORES

1.1. Introducción

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ha modificado de manera notable las normas aplicables a los administradores en las sociedades de capital. Esto resultaba previsible desde los primeros pasos del proceso de reforma que ha desembocado en la citada norma que en su rúbrica ya señala el propósito de modificar la Ley de Sociedades de Capital (LSC) para la mejora del gobierno corporativo. Al analizar los cambios es obligado echar la vista atrás hacia, en primer lugar, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013¹ por el que se creó una Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo y, en segundo término, el Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas que dicha Comisión presentó el 14 de octubre de 2013². Cualquier trabajo dedicado al gobierno corporativo sitúa el régimen aplicable al órgano de administración en el centro de su atención y es lo que sucedió en el presente caso, como acredita el contenido de las modificaciones dedicadas a los administradores dentro de la repetida Ley 31/2014 y que explica en sus aspectos fundamentales su preámbulo³. Las páginas siguientes se consagran a las modificaciones que han afectado a dos aspectos básicos del régimen de los administradores como son la determinación de los deberes inherentes al cargo y el régimen de responsabilidad.

Analizar los cambios introducidos por la Ley 31/2014 invita también a revisar la evolución que en los dos asuntos señalados refleja nuestro ordenamiento. El gobierno corporativo se ha situado en el centro del escenario mercantil desde hace decenios. Han sido varios y notorios los trabajos desarrollados a finales del siglo pasado y al inicio del actual que traducidos en informes (Olivencia, Aldama, Conthe) se han concretado en “códigos” y en disposiciones legales que han motivado un considerable caudal bibliográfico con respecto a la gestión de las grandes sociedades de capital. Al mismo tiempo, la evolución de nuestra legislación mercantil ha convertido al régimen de responsabilidad de los administradores en una materia en permanente evolución, objeto de una también muy cualificada atención doctrinal y, sobre todo, de una especialmente decisiva configuración por parte de nuestra jurisprudencia. Ha de recordarse que la responsabilidad de los administradores no ha sido sólo uno de los puntos esenciales en la evolución de nuestro Derecho societario, sino también en la de nuestra legislación concursal, caracterizada en estos últimos años por reiterados y también profundos cambios en los que la configuración de esa responsabilidad de los administradores no podía pasar desapercibida para nuestras leyes societarias.

¹ Publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo.

² Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas*, Madrid 14 de octubre de 2013, 95 páginas (citado en adelante como “Estudio” o “Estudio Comisión de Expertos”; el documento está disponible en www.cnmv.es)

³ V. especialmente los apartados V y VI del preámbulo de la Ley 31/2014.

1.2. La expansión de las soluciones legislativas

Nada tiene de extraño esa intensa y variada atención sobre esta materia. Al fin y al cabo, lo que debe de establecer el ordenamiento desde una perspectiva general son los fundamentos o principios a los que debe acogerse la gestión empresarial. Es sabido que la utilización de personas jurídicas como titulares de esa actividad es la norma y, por lo tanto, que quien aparece como administrador de una sociedad de capital se convierte de inmediato en un sujeto cuyo comportamiento se proyecta sobre intereses diversos cuya tutela inspira su disciplina legal. Se observa que el ordenamiento tiende a un mayor rigor al fijar los criterios a los que debe acomodarse la gestión de cualquier sociedad mercantil. No es extraño por ello que proliferen las advertencias sobre los riesgos inherentes al ejercicio de ese cargo⁴.

El gobierno corporativo ha sido hasta ahora un movimiento característico únicamente de las sociedades cotizadas. La Ley 31/2014 supone un cambio radical en ese enfoque al decidir que los objetivos que animaban ese movimiento debían extenderse a todas las sociedades de capital, lo que sin duda planteaba como una de las primeras cuestiones a resolver el papel que debían jugar las normas legales en sentido estricto y aquellas otras que podían seguir incorporándose a recomendaciones y códigos típicos destinados a las sociedades presentes en los mercados de valores⁵.

La respuesta dada a esa cuestión inicial y fundamental es clara: la ley gana terreno en la determinación del régimen legal de los deberes de los administradores y en el de su responsabilidad. Baste un mínimo apunte comparativo entre la literalidad de las disposiciones que dentro de la LSC se han encargado de determinar los deberes de los administradores. La LSA de 1990 presentaba una simple delimitación de los deberes exigibles a los administradores, reproduciendo la inicial formulación contenida en la LSA de 1951: el desempeño del cargo debía realizarse “*con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal*”. En el caso de las sociedades anónimas, esa formulación varió con la reforma introducida en el año 2003 por medio de la Ley de transparencia, que afectaba sobre todo al deber de lealtad⁶. La Ley 31/2014 abunda en esa misma dirección puesto que introduce nuevas disposiciones legales tendentes a una “*tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad*”, que significa que es mayor el ámbito en el que la ley despliega su poder. Lo hace en una doble dirección: son más las normas que se encargan de decirnos de forma expresa y minuciosa cuáles son esos deberes legales y cuál es su contenido y también son muchas más –nada menos que todas las sociedades de capital– el ámbito en el que esas disposiciones resultan aplicables. De esta manera podría concluirse que asistimos a una expansión del movimiento a favor de un mejor gobierno societario que debe permitir, como proclamaba el Acuerdo del Consejo de Ministros, modernizar nuestro Derecho de sociedades a través de un sistema de gobierno más eficaz y competitivo.

⁴ v. ALFARO, J., “El riesgo de ser administrador y el Derecho de Sociedades”, disponible en <http://derechomercantilesparana.blogspot.com.es/2014/12/el-riesgo-de-ser-administrador-y-el.html>

⁵ Esta cuestión aparecía como decisión inicial en el propio *Estudio, cit.*, pp. 10-11.

⁶ Mediante la incorporación de los artículos 127 bis a 127 quater LSA.

2. LA TIPIFICACIÓN DE LOS DEBERES LEGALES INHERENTES AL CARGO DE ADMINISTRADOR

2.1. Enunciación de los cambios

Como señala expresamente su preámbulo, la tipificación más precisa de los deberes de los administradores ha sido uno de los contenidos esenciales de la reforma operada en la LSC por la reiterada Ley 31/2014. La reforma ha significado la reformulación de cada uno de esos deberes clásicos y obligatorios para todo administrador (diligencia, lealtad y secreto) y el establecimiento con respecto al deber de lealtad de soluciones especiales en cuanto a la imperatividad de su régimen legal y con respecto a la acción social basada en su infracción. Soluciones particulares cuya delimitación tiene un efecto inmediato sobre los demás deberes, respecto de los que cabe plantear soluciones distintas a las vigentes para el de lealtad.

2.2. La relación entre los deberes típicos

La enunciación separada de los deberes legales o su regulación a través de disposiciones específicas no debe llevar a ignorar algo elemental: estamos ante deberes inherentes al buen desempeño del cargo de administrador, de manera que la observancia de todos ellos es imprescindible. Observancia que muchas veces afecta de manera simultánea a varios de esos deberes. Así, es evidente que la diligencia y la lealtad ofrecen múltiples hipótesis de relación, pues es difícil imaginar que sin una actividad adecuada en la participación e información dentro del órgano de administración pueda un administrador identificar cuál es el interés de la sociedad en cada momento y cómo se asegura su adecuada defensa. Al igual que nos podemos encontrar con que diligencia y lealtad encuentran en el cumplimiento del deber de secreto una garantía elemental.

Esa observación puede verse completada por muchas otras hipótesis relativas que ilustran que el catálogo de deberes legales no es una enunciación de deberes autónomos o sometidos a una graduación desde el punto de vista de su exigibilidad, cumplimiento o infracción. Cabe renunciar a esa exposición de situaciones, porque lo que importa es subrayar lo ya apuntado, esto es, que la complejidad y heterogeneidad de prestaciones que implica una buena administración empresarial reclama ese criterio de comportamiento simultáneo y relativo de todos los deberes legales. La responsabilidad del administrador nace del incumplimiento de cualquiera de *“los deberes inherentes al desempeño del cargo”* (art. 236.1 LSC). La mejor manera de cumplir cada uno de ellos es conociendo el contenido del hacer y no hacer que son su esencia, que a su vez se proyecta sobre los deberes colindantes.

3. EL DEBER DE DILIGENCIA

3.1. El contenido esencial de la regulación del deber de diligencia

La reforma del deber de diligencia se ha proyectado en una doble dirección. El artículo 225 se ha visto ampliado en el contenido de lo que ha pasado a llamarse el “*deber general de diligencia*”. El artículo 226 acoge un cambio de especial importancia al incorporar a nuestro ordenamiento la regla denominada del buen criterio empresarial que es una traducción de la conocida doctrina jurisprudencial estadounidense a favor de la primacía de la *business judgement rule*.

3.2. Un apunte sobre la evolución legislativa

Con esta evolución se advierte que al igual que ha ocurrido con los otros deberes de todo administrador, el legislador ha optado por ir determinando lo que podría definirse como el contenido típico de cada uno de esos deberes. Evolución que se advierte a simple vista por el hecho de que el deber de diligencia ha pasado de una definición tan clásica como imprecisa en la LSA de 1951 y luego en la LSA de 1990, que se limitaban a reclamar el desempeño del cargo “*con la diligencia de un ordenado empresario*”. En el año 2002 el artículo 127 LSA incorporó una primera precisión de la diligencia esperable consistente en que cada administrador “*deberá informarse diligentemente de la marcha de la sociedad*”. Esa exigencia de la diligencia como forma de informarse se mantiene, pero a ello se suman otros criterios legales que permiten entender que la diligencia también obliga a ponderar aspectos tales como, entre otros, las funciones concretas que cada administrador tiene atribuidas o la dedicación que cabe esperar.

En esa evolución se advierten dos impulsos. El primero y más intenso es el que resulta de la experiencia empresarial y de su plasmación en la muy abundante jurisprudencia que se ha ocupado de cuestiones de responsabilidad de los administradores y con ello, de la determinación del contenido de cada uno de los deberes cuyo cumplimiento o inobservancia constituyen un presupuesto a considerar. El segundo y más reciente tiene que ver con el movimiento del buen gobierno, en particular si tomamos en cuenta que el deber de diligencia que diseña el artículo 225 LSC incorpora criterios de valoración característicos de la gestión de medianas y grandes sociedades. Es lo que sucede con las referencias a las distintas funciones correspondientes a cada administrador y a la dedicación adecuada. Son criterios que afloran con reiteración cuando se habla de la diferencia entre administradores ejecutivos y los que no lo son o cuando se denuncia que administradores que tienen asignada una función principalmente de supervisión de los ejecutivos tienen que dedicar a esa tarea un tiempo suficiente y, además, desplegar un comportamiento activo.

En todo caso, el desarrollo legislativo favorece la aplicación de la norma puesto que, en primer lugar, delimita en interés de administradores y accionistas lo que constituye el contenido exigible y esperable del cargo de administrador. En segundo término la labor jurisdiccional se ve favorecida por la determinación normativa de un deber legal que, sin perjuicio de mantener esa definición genérica que remite al

ordenado empresario, precisa aspectos de su función que permiten una más sencilla valoración de lo que constituye, en términos jurídicos, una administración diligente.

3.3. Un deber general

La reforma del deber de diligencia comienza por la ya reseñada incorporación a la rúbrica del artículo 225 LSC del adjetivo que convierte a ese deber en general. Cuando se titula la delimitación de su contenido con “*deber general de diligencia*” sustituyendo el anterior “*deber de diligente administración*” cabe plantear si esa calificación tiene una inspiración subjetiva que apunta a que estamos ante un deber común a todos los administradores o que se refiere al propio deber. Lo que haría el artículo 225 sería limitarse a enunciar el contenido básico, sin entrar en reglas específicas o concretas destinadas a regular el comportamiento que todo administrador debe desplegar de conformidad con ese deber. Probablemente pueda defenderse que cualquiera de las interpretaciones indicadas es correcta. Todos los administradores deben de actuar con diligencia y todo deber de diligencia pasa por respetar los criterios señalados en el repetido precepto legal.

Sin perjuicio de ello, cabe defender que lo que anima esa referencia a un deber general opera en un sentido más amplio todavía al ya advertido. Como estamos ante un deber aplicable a cualquier administrador y en cualquier tipo de sociedad de capital, se concluye de inmediato que la ley acierta al proponer una delimitación genérica de este deber. Diligencia es sinónimo de orden, de prudencia, de oportunidad y de otro tipo de criterios de actuación que deben respetarse en un inacabable catálogo de decisiones que a los administradores les corresponde adoptar en el marco de sus competencias. Serán escasas y de relevancia patrimonial en algunos casos, mientras que en otros el administrador diligente lo es en función de la adopción cotidiana de decisiones que afectan a la sociedad. No puede de ninguna forma pretenderse una definición legal de la diligencia que ignore la imprescindible flexibilidad de ese deber vigente en pequeñas y grandes sociedades. Antes que recurrir a la enunciación de un hacer o un no hacer acordes con la diligencia (siguiendo el modelo de regulación que se adopta para el deber de lealtad) lo que ha hecho con acierto el artículo 225 LSC es incluir una serie de criterios de modulación que permiten determinar en cada caso concreto el contenido del deber de diligencia.

3.4. La diligencia exigible en atención a la naturaleza del cargo y a las funciones atribuidas

Uno de los reproches que con mayor frecuencia se han venido haciendo al sistema legal de responsabilidad de los administradores señalaba la ausencia de toda distinción basada en las variables posiciones que dentro del órgano de administración de una misma sociedad mercantil se podían establecer. Sólo al regular las hipótesis exoneratorias de responsabilidad aceptaba la ley el examen de la conducta y responsabilidad de cada administrador atendiendo a las circunstancias particulares. Su participación en la decisión, su ignorancia de ésta o la reacción a la misma podían servir para que quien

aparecía como responsable solidario pudiera, asumiendo la correspondiente carga de la prueba, acreditar su desempeño individual en relación con el acto ilícito y lesivo que operaba como presupuesto de responsabilidad.

Hacía falta, sin embargo, que esa valoración individual de la posición de los administradores fuera acogida por la ley con carácter general y tomando en cuenta situaciones que estando previstas por la norma y siendo objeto de una habitual aplicación práctica, implicaban que la participación en la gestión social de cada uno de los componentes de un mismo órgano de administración resultaba ser muy distinta. El ejemplo más claro lo ofrecía la existencia de técnicas de organización empresarial que hacían uso de la delegación de facultades (art. 249 LSC) de manera que surgían de inmediato dos tipos de administradores. Los administradores o consejeros delegados y los que no se beneficiaban de esa designación. La terminología empresarial y luego legal dio paso a la distinción entre consejeros ejecutivos y los que no lo son, que era una manera sintética de expresar que mientras unos administradores se ocupan de manera regular y constante del día a día del negocio, otros participan en la gestión sólo de manera ocasional, en el marco formal de la convocatoria de los órganos colegiados y viéndose cada vez más alejados de la condición de gestores para convertirse en supervisores. Lo que viene a sentar el artículo 225.1 LSC es que en esa habitual distribución de cargos dentro del órgano de administración, no puede esperarse idéntica diligencia del presidente ejecutivo o del consejero delegado que del consejero común. No puede aplicarse un baremo similar en lo que es el desempeño diligente del cargo porque lo que distingue principalmente a los llamados consejeros ejecutivos es una completa y puntual información de la marcha de la sociedad y una especial capacidad para impulsar la actividad de ésta.

Otro de los elementos de consideración necesaria son las funciones atribuidas a cada uno de los administradores. Criterio que como el de la naturaleza del cargo correspondiente a cada administrador, resulta especialmente válido en relación con sociedades medianas y grandes en donde es regla no ya voluntaria, sino imperativa en la mayoría de los aspectos, la que impone una distribución de funciones en el órgano de administración, como forma para mejorar el funcionamiento de éste. Así como a los llamados consejeros ejecutivos se les atribuyen prácticamente todas las facultades que corresponden al consejo de administración, salvo las que son indelegables, a los demás consejeros se les suele ubicar dentro de comisiones que tienen atribuida una concreta competencia ya sea por la propia LSC o por los estatutos y reglamentos de la propia sociedad. No es que a esos consejeros se les den funciones individuales, sino que su adscripción dentro del consejo les obliga a participar ocasionalmente en aspectos de la gestión, a la vez que deben actuar de manera permanente en la supervisión de los consejeros ejecutivos.

El artículo 225.2 LSC incorpora una nueva expresión de la diligencia al reclamar de los administradores dos circunstancias. Una primera indica que los administradores deberán tener la dedicación adecuada. Dedicación que es un comportamiento que se despliega con posterioridad al nombramiento pero que es manifiesto que también afecta a la propia selección de un administrador. La diligencia significa actuar con cuidado y con prontitud al ejecutar un cargo o función. Decimos de alguien que es diligente

porque entre otras cualidades consideramos que es cuidadoso y activo. En suma administrar una sociedad no es un simple ser administrador sino asumir que el desempeño del cargo reclama un determinado hacer. Es un comportamiento absurdo, por ilógico, que acepte ser nombrado consejero quien tras tomar posesión se ausenta de manera sistemática de las reuniones del consejo alegando otras ocupaciones o deberes. Es también un comportamiento reñido con el deber de diligencia.

La dedicación nos dice el artículo 225.2 LSC que deberá ser la adecuada, lo que nos devuelve a las distintas clases de administradores y a la variedad de cargos que coinciden en un mismo órgano de administración, como circunstancias que llevan a variar el criterio sobre cuál es esa dedicación. Es obvio que la definición de la diligencia está aquí tomando en cuenta las mismas circunstancias que inspirarán otros muchos aspectos del régimen de los administradores como son su selección y nombramiento, su retribución o su responsabilidad.

Por otro lado, la dedicación como presupuesto de un desempeño diligente del cargo también nos devuelve a una condición subjetiva del administrador. Es diligente quien está en condiciones de hacer frente a la gestión de la sociedad en función de la actividad definida en su objeto social. Habrá sociedades cuya administración reclamará una concreta preparación de los administradores a la hora de poder entender y resolver los problemas que plantea su actividad. Una preparación que puede contemplar tanto la cualificación técnica como la experiencia profesional del administrador. De nada sirve la presencia en el consejo y en todas y cada una de las reuniones a las que sea convocado de un administrador que carece de la capacidad técnica para entender la complejidad de las decisiones sobre las que debe pronunciarse. Una dedicación adecuada sólo la pueden ofrecer quienes están personalmente cualificados para desempeñar el cargo en esa concreta sociedad. Esta idea aparece establecida con toda nitidez en determinadas legislaciones sectoriales, en donde a la condición de administrador se vincula su idoneidad para el desempeño del cargo. El ejemplo más cercano es el de la legislación de los mercados financieros.

La segunda concreción del deber general de diligencia que acoge el artículo 225.2 LSC conduce de nuevo a los criterios habituales del sistema de buen gobierno. A los administradores se les considerará diligentes no sólo por su desempeño individual, sino también por cómo organizan la gestión de la sociedad. Cuando en dicha disposición se apunta a la adopción de medidas para la buena dirección y el control de la sociedad, se está reflejando la concepción del órgano de administración como parte de la estructura de dirección de una sociedad. En esa estructura, determinados consejeros ocupan el nivel superior de lo que suele describirse como la “línea ejecutiva”, la dirección o el *management* de una empresa, en el que participan otros directivos extraños a la administración. Pues bien, en relación con ellos la Ley reclama como expresión de diligencia que se precisen unas líneas (“*políticas*”) que orienten y delimiten esa dirección, siendo los administradores los responsables de determinarlas. Responsabilidad que se ve completada o continuada por una función de control. La supervisión a veces se proyecta sobre otros administradores, pero lo que quiere decir el artículo 225.2 LSC es que también ha de alcanzar al conjunto de directivos de la sociedad. A los administradores se les pide que sean diligentes en esa función de control

o supervisión que, no se olvide, enlaza con la atribución a ellos de esa responsabilidad general y solidaria que describe el artículo 236 LSC.

3.5. La diligencia y la información

Ya quedó dicho que desde la reforma del deber de diligencia introducida en el año 2003 por la llamada Ley de Transparencia se destacó de forma clara que el deber de diligencia debía interpretarse como un deber individual de información. Todo administrador venía obligado a informarse diligentemente de la marcha de la sociedad, proclamación que impedía la frecuente alegación de ignorancia como factor que exoneraba de responsabilidad. Todo administrador tiene que desempeñar de manera activa su cargo, lo que se traduce en imponerle un deber de conocer cuanto pueda afectar al desempeño de sus funciones. El artículo 225.3 LSC se ha encargado de reiterar ese deber pero destacando su simultánea conversión en un derecho que el administrador tiene frente a la sociedad. Aquél tiene un deber que es un derecho y que una vez ejercitado traslada a la sociedad el correspondiente deber de informar. Habrá administradores que por su posición en la administración disponen en la práctica de un completo conocimiento de cuantos asuntos les corresponde decidir. Por contra, otros administradores no podrán adoptar ninguna de las decisiones que se les proponen sin recibir información de otros administradores o de personas integradas en la dirección de la sociedad o, incluso, teniendo que recurrir a asesoramiento externo.

El deber de información es objeto también de una enunciación general. Su concreción va a depender de la determinación en cada momento de cuál es la información adecuada y necesaria para el cumplimiento por el administrador de sus funciones en relación con un acuerdo o cualquier otro acto en el que deba de participar. Es manifiesto que cuando a los administradores les corresponde, por ejemplo, formular las cuentas anuales o aprobar el informe anual de gobierno corporativo se les plantea una necesidad informativa de mucho mayor alcance que cuando, por ejemplo, les toca aprobar o ratificar la celebración de un contrato.

El deber de diligente información incorpora un derecho individual del administrador y éste está objetivamente limitado. Recabar información es un comportamiento correcto y leal siempre que guarde relación con el cumplimiento por el administrador de sus obligaciones. Carece de esa cobertura y puede incluso convertirse en un ejercicio desleal el derecho de información que un administrador realiza sin poder conectarlo con sus propias obligaciones. Estamos por tanto ante un derecho que se aleja del deber de diligencia cuando se utiliza con finalidades ajenas a la ordenada participación del administrador en la buena marcha de la sociedad.

4. EL DEBER DE LEALTAD

También en la reforma introducida por la Ley 31/2014, la regulación del deber de lealtad ha merecido especial atención. Son varios los artículos por medio de los que la LSC enuncia el contenido básico de ese deber y delimita su contenido a través de

disposiciones de naturaleza heterogénea. Porque el deber de lealtad se produce en normas que podríamos describir como preventivas y en otras de carácter prohibitivo o sancionador. Incorporando una de las soluciones características del gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, la disciplina del deber de lealtad está plagada de deberes informativos a cargo del administrador, como el presupuesto que debe facilitar una más fácil evaluación del cumplimiento de dicho deber.

4.1. El contenido fundamental del deber de lealtad

Nuestro Derecho de sociedades moderno ha venido enunciando el deber de lealtad como aquél consistente en el desempeño del cargo de administrador como un representante leal. Esa noción tradicional se reitera en el artículo 227.1 LSC, pero con un mayor desarrollo puesto que se exige que la actuación del administrador se haga conforme al criterio de la lealtad propia de un fiel representante. Aparece aquí la relación establecida entre los términos lealtad y fidelidad que dada su sinonimia no aporta especial claridad. A ello se añade la exigencia de que la actuación del administrador suponga que éste obra de buena fe, lo que puede también parecer redundante desde un punto de vista general dado que parece que en toda actuación leal debe producirse una conducta activa o pasiva fundada en dicho principio. Cabe una interpretación específica de esta exigencia que nos devuelve a la ya apuntada relación entre los distintos deberes de todo administrador societario, puesto que en una actuación de buena fe no sólo se advierte un comportamiento leal, sino también diligente. Termina el artículo 227.1 con esa definición del deber de lealtad por medio de la referencia del mismo al interés social.

La mención al interés social no ha comportado una delimitación normativa de en qué consiste dicho interés. De entre los varios intereses que impulsan y se ven afectados por la actividad de una sociedad de capital, la LSC persiste en no atribuir una preferencia a uno de ellos que determinaría con mayor claridad el cumplimiento por los administradores de sus deberes o la legalidad y validez de un acuerdo adoptado por cualquier de los órganos sociales (art. 204.1 LSC). Habrá que seguir recurriendo a la jurisprudencia para determinar lo que es el interés social: el interés común a los accionistas. El artículo 227.1 LSC ha renunciado, con acierto, a reiterar la tautología que mantenía la LSC al decir que el interés social debía ser entendido como el interés de la sociedad.

Con independencia de la indeterminación de ese interés de la sociedad que resulta un elemento nuclear en el desempeño leal del cargo de administrador, destaca su significado jerárquico y principal. Atender a la defensa de ese interés de la sociedad es la función esencial que debe respetar todo administrador. Al subrayar que el cargo debe desempeñarse en el mejor interés de la sociedad se está además subrayando un elemento de calidad no vale cualquier atención hacia ese interés sino la que de acuerdo con las particulares circunstancias de cada acuerdo o decisión reclama ese ejercicio leal como vía para la más efectiva tutela del mismo. Estamos, por lo tanto, ante una primacía absoluta para todo administrador. Debe atender al interés social e ignorar cualquier otro. No hay lealtad en una actuación destinada a una correcta satisfacción del interés de la sociedad motivada por la voluntad de la simultánea consideración de otros intereses. Lo

que el administrador debe elegir es la actuación que conlleva la mejor defensa del interés de la sociedad, aunque ello pueda resultar perjudicial o insatisfactorio para otros intereses.

4.2. Las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad

Tras la que hemos calificado como definición general del deber de lealtad, el nuevo artículo 228 LSC sustituye la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio por la enunciación de una serie de expresiones particulares del deber de lealtad. Conforme a este precepto, un comportamiento leal obliga a todo administrador a dos tipos de conducta. Unas positivas consistentes en un hacer de acuerdo con las propias previsiones normativas o con criterios de lo que cabría considerar una actuación correcta y otras conductas negativas o abstencionistas, que en esta materia tienen tanta importancia como las primeras.

4.2.1. El ejercicio leal de las facultades recibidas

La lealtad implica que el administrador no ejercite sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidos. Esta enunciación general admite su proyección sobre hipótesis variadas. En primer lugar, la que se refiere al administrador individual o solidario que en virtud del cargo ya tiene reconocidas las facultades inherentes al cargo. En segundo término, el ejercicio de facultades recibidas en función de su delegación por parte del consejo (art. 249 LSC).

En cualquiera de esos casos, el administrador que tiene reconocidas las facultades que afectan a la sociedad y a su patrimonio deberá limitar su ejercicio a los fines que animaron esa concesión. Este mandato guarda especial relación con los criterios de organización de la administración y significa, entre otras muchas proyecciones, que el reconocimiento de una facultad que debe desarrollarse en el marco de una parte o sector de actividad de la sociedad impide su ejercicio fuera de lo que podría enunciarse como la competencia del administrador. Así, quien tenga reconocida la facultad de contratar en un área de negocio no actúa lealmente si ejercita esa facultad en ámbitos ajenos a su responsabilidad objetiva.

4.2.2. El deber de guardar secreto

Confirmando la idea ya expuesta sobre la relación existente entre los distintos deberes legales exigidos a los administradores, el artículo 228 LSC ha incorporado la formulación del deber de secreto como una de las obligaciones derivadas del deber de lealtad. El artículo 228, b) LSC reproduce la formulación esencial que del deber de secreto realizaba el artículo 232 LSC que se ha visto modificado en su contenido.

El administrador leal es aquél que de cuantas informaciones haya conocido en el desempeño del cargo viene obligado a guardar secreto. Probablemente con el ánimo de dejar claro que estamos ante un deber de amplio contenido, el citado precepto proclama el cumplimiento de ese deber sobre informaciones, datos, informes o antecedentes que

hayan sido objeto de conocimiento como consecuencia del ejercicio del cargo. Se trata con ello de evitar maniobras exculpatorias o defensivas por parte de administradores desleales que intentarán negar el incumplimiento de su deber legal cuando, por ejemplo, no guardaron secreto sobre hechos que conocieron fuera de las reuniones del consejo o como elementos accesorios de lo que fue la decisión o acuerdo en el que participaron.

El deber de lealtad que se traduce en un deber de confidencialidad debe entenderse en el más amplio sentido posible. Los administradores deben presumir que cualquier información conocida durante el ejercicio de su cargo y que afecte a la sociedad debe ser objeto de un comportamiento que será leal por ser discreto. Esa deberá ser su regla general de actuación, de manera que no debieran compartir esa información salvo cuando ello viniera justificado por la propia evolución del asunto o por resultar una obligación legal. Esta última excepción aparece expresamente recogida al final del artículo 228, b) LSC, al igual que lo hace la posibilidad de que la posibilidad de compartir la información esté expresamente permitida por la ley. En ambos supuestos, los términos de la ley que autoriza o reclama que el administrador comparta o facilite esa información tendrán que ser inequívocos.

Termina la concreción de esta obligación básica derivada del deber de lealtad con otra de las reglas conocidas como es la de exigir que la confidencialidad sea respetada por el administrador incluso cuando haya cesado en el cargo.

4.2.3. El deber de abstención en la adopción de decisiones o acuerdos en situaciones de conflicto de interés

Como otra de las obligaciones básicas que derivan del deber de lealtad, el artículo 228. c) LSC establece el deber del administrador de participar en acuerdos o decisiones en los que exista un conflicto de intereses entre el propio administrador y el interés social. La formulación de este deber mejora la precedente contenida en el artículo 229.1 LSC derogado. La vigente expresión de este deber ha ganado precisión porque, además de la reiteración de que la abstención procede en situaciones de conflicto directo o indirecto, se añaden otros criterios que aportan certidumbre a su exigibilidad. El administrador debe abstenerse no ya simplemente en la votación del acuerdo sino en su propia deliberación, lo que apunta la corrección de la conducta a desplegar consistente en abandonar la sesión del órgano de administración tan pronto como éste pase a tratar el acuerdo conflictivo. En segundo lugar, la abstención se debe observar cuando el conflicto no afecte al administrador personalmente, pero sí a una persona vinculada con él.

Finalmente, en tercer lugar, es significativa la regla que excluye de la obligación de abstención la participación del administrador en la deliberación y en la adopción de acuerdos que le afecten en su condición de tal. El administrador podrá votar en asuntos tales como su nombramiento o renovación o la revocación o renovación de los cargos que viniere desempeñando o para los que fuere propuesto en el seno del órgano de administración.

4.2.4. La independencia de criterio

El artículo 228.d) LSC incorpora una novedad interesante al exigir que los administradores desempeñen su cargo bajo un criterio individual y libre. Probablemente ha sido el debate en torno al gobierno corporativo de grandes corporaciones el que de forma más intensa ha abonado la necesidad de subrayar algo que parece obvio. Puesto que el cargo de administrador es individual, la persona nombrada debe actuar conforme a lo que considere que es un comportamiento leal, y sobre todo, sin verse condicionada por cuáles puedan ser los intereses de otras personas con las que mantenga relación. Esta exigencia se advierte en las relaciones entre administradores y accionistas, por un lado, y entre administradores, por otro. El hecho de que, por ejemplo, un administrador tenga la condición de consejero dominical no dispensa la estricta observancia del deber de lealtad ni permite que el consejero actúe tomando en similar consideración el impacto que sus decisiones puedan tener sobre el interés de la sociedad y el del accionista o accionistas a los que representa. Un supuesto similar lo depara la posibilidad de que entre dos o más consejeros existan relaciones familiares, personales o de negocios, que no deben tampoco impedir a cada uno de ellos comportarse de acuerdo con lo que reclama el deber de lealtad.

Nada impide a un consejero conocer cómo afecta el ejercicio de sus funciones a los intereses de esas personas o de esos administradores o a intereses de terceros vinculados con ellos. La lealtad reclama, sin embargo, que a partir de ese conocimiento desempeñe esas funciones con la consideración prioritaria hacia el interés de la sociedad y sin verse en modo alguno vinculado por las instrucciones o cualesquiera otras pretensiones expresadas por terceros.

4.2.5. Las situaciones de conflicto de interés

En la gestión de una sociedad de capital aparecerán situaciones en las que el interés de la sociedad puede entrar en conflicto con el interés social. Esta posibilidad afecta al deber de lealtad y para asegurar el fiel cumplimiento del mismo la legislación societaria viene estableciendo un amplio catálogo de previsiones que aparecen especialmente en la reforma de los artículos 228 a 230 LSC.

4.2.5.1 Evitar conflictos como obligación básica

El artículo 228, e) LSC termina enunciando como una obligación básica de todo administrador leal la que consiste en adoptar las medidas necesarias para que no se den situaciones de conflicto de interés. Se trata de prevenir situaciones conflictivas entre, de un lado, el interés de la sociedad y, de otro, los intereses del administrador, ya sean por cuenta propia o ajena. Estamos ante una obligación básica porque el artículo 229 LSC se va a encargar de detallar el deber de abstención, que es una expresión particular del deber de lealtad consistente en evitar situaciones de conflicto de intereses.

Esa prevención que se reclama con carácter general por medio de medidas que deben evitar la situación de conflicto, compete no sólo al propio administrador, sino al

conjunto de los administradores, estén o no afectados por una concreta colisión entre sus intereses y los de la sociedad. Todo administrador puede advertir el riesgo de conflicto antes incluso de ser nombrado y por lo tanto, si acepta el nombramiento, adoptar ya en esa fase inicial las medidas que reclama el artículo 229, e) LSC. Las medidas imaginables son muchas y comienzan por la imprescindible transparencia del administrador hacia la sociedad, que puede verse completada con medidas de carácter definitivo u ocasional que eliminen la posibilidad de que lo que aparecía como un riesgo quede definitivamente descartado o pueda ser conjurado tan pronto como se manifieste. Lo primero sucede cuando el administrador adopta medidas de disposición patrimonial o dicta instrucciones que permiten concluir que no se va a suscitar conflicto alguno de intereses en tanto ocupe el cargo.

4.2.5.2. El contenido objetivo del deber de abstención en relación con situaciones conflictivas

La lealtad de un administrador en situación de conflicto de interés comporta esencialmente un deber de abstención. Ésta es la solución general que diseña el artículo 229 LSC y que se traduce en una serie de previsiones particulares sobre las que se proyecta ese deber de no hacer. El deber de lealtad debe ser objeto de una aplicación preventiva por el administrador, destinada a evitar que las situaciones de conflicto de interés lleguen a plantearse. Para ello, el artículo 229.1 LSC establece una relación de situaciones en las que el administrador queda obligado a abstenerse de realizar determinadas conductas que allí se enuncian. Con carácter previo al examen de cada una de ellas debe advertirse que no estamos ante un *numerus clausus* de hipótesis en las que procede abstenerse sino ante una asunción por la norma de las categorías más notorias en las que surge ese deber que puede exigirse en situaciones análogas a las detalladas por el artículo 229.1 LSC, siempre que se advierta un conflicto entre el interés social y los del administrador.

1. El primer deber de abstención se proyecta sobre la posibilidad de que el administrador realice alguna “*transacción*” con la sociedad. Es obvio que el concepto de transacción es deliberadamente amplio y que comprende todo tipo de negocios jurídicos en los que las posiciones de la sociedad y del propio administrador se encuentren contrapuestas, ya sea por las prestaciones a que recíprocamente se obligan o por cualquier otra condición sustancial del negocio.

Este deber de abstención opera como una regla general a la que el apartado 229.1, a) LSC acompaña de una excepción. Quedan autorizadas las transacciones entre el administrador y la sociedad cuando éstas cumplan dos condiciones concurrentes. La primera, que sean operaciones ordinarias, lo que debe ser entendido como aquellas integradas en lo que es la actividad normal de la sociedad frente a terceros. Ese carácter ordinario se aprecia siempre que la transacción con el administrador se celebre bajo las mismas condiciones existentes para los clientes, identidad que subraya la norma al decir que esas deben de ser las “*condiciones estándar*”. La segunda condición de la que se hace depender la excepcional posibilidad de realizar operaciones entre la sociedad y

el administrador es que éstas tengan escasa relevancia, lo que parece apuntar a una condición patrimonial o material, como confirma que se diga que la escasa relevancia de las operaciones se da en todas aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad. En definitiva, son esos criterios de inspiración contable los que permiten afirmar que la operación excepcional no va a dejar de ser ordinaria, porque no afecta a la situación patrimonial de la sociedad, no amenaza su situación financiera y tampoco provoca que los resultados de la sociedad se vean afectados por una pérdida derivada de esa transacción. Cuestión incierta es qué sucede cuando de la transacción resulte un beneficio relevante y material para la sociedad. Resultado positivo extraordinario que parece descartar que estemos ante una transacción ordinaria. Considerar prohibida esa transacción puede justificarse como forma de descartar, con carácter general y al margen de los resultados, la posibilidad de que los administradores realicen otras operaciones de esa dimensión con la sociedad.

2. También debe abstenerse el administrador de utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de tal para influir en la realización de operaciones privadas. Nos encontramos ante una conducta clásica en cuanto a la prevención de los conflictos de interés por lo que implica desde el punto de vista de la afectación de la posición de la sociedad al ser utilizada por el administrador como una suerte de aval o respaldo reputacional para llevar a cabo operaciones entre él y terceros.
3. Los activos sociales no deben ser utilizados por el administrador en operaciones privadas. El concepto de activos sociales también es impreciso porque comprende todo tipo de bienes y derechos, materiales o no, lo que respalda el hecho de que se incluya expresamente por el artículo 229.1, c) LSC la prohibición de utilizar información confidencial de la compañía. Esta información ya no podría ser objeto de utilización por la propia formulación del deber de secreto como una expresión del deber de lealtad. Se trata de poner coto a situaciones relativamente frecuentes frente a los mercados, donde se analiza con especial atención, por ejemplo, el uso que puedan hacer los administradores de una sociedad cotizada en operaciones sobre valores de la propia sociedad de informaciones a las que hubieren accedido en función de su cargo.

En relación con el uso de otros activos, es relevante la determinación de las condiciones bajo las que el administrador debe desempeñar su cargo, dado que allí puede preverse la afectación de determinados activos precisamente para su normal y diligente desempeño. Esto no elimina el deber de abstención puesto que, como apunta la disposición legal, es inadmisibles su utilización en operaciones privadas. El término “*operación*” debe ser interpretado en un sentido amplio, no ya como referencia a contratos o negocios en los que se utilizan los activos, sino a cualquier tipo de supuesto en donde se usan sin conexión alguna con el cargo, las funciones y facultades del administrador. Un ejemplo repetido es el desvío de esa utilización al ámbito familiar del administrador. La previsión comentada apunta a los consejeros ejecutivos y

adopta perfiles aún más complejos cuando se plantean, como enseña la vida empresarial, en el seno de grupos de sociedades.

4. Deberá abstenerse también el administrador de obtener ventajas o remuneraciones de terceros [art. 229.1, e) LSC]. Nos encontramos ante una reacción legislativa frente al riesgo de que la proclamada independencia de criterio de un administrador se vea cuestionada por regalos o cualesquiera otro tipo de beneficios que pueda percibir el administrador de terceros, esto es, desde fuera de la sociedad pero por personas que de manera directa o indirecta pudieran tener interés por influir sobre los responsables de su gestión.

La práctica habitual de realizar regalos o de invitar a viajes, o cualesquiera otro tipo de servicios más o menos relevantes en beneficio de un administrador, queda prohibida. Al administrador compete el deber individual de rechazarla, sin perjuicio de que la sociedad pueda incorporar una previsión al respecto en sus normas de funcionamiento internas (estatutos o reglamentos del consejo) o externas (haciendo público ese criterio en la forma que considere oportuna). Como en otras concreciones del deber de abstención, esta regla encuentra una excepción: son lícitas las atenciones de mera cortesía que el administrador pueda percibir de terceros. El significado de esta excepción reclama una prudente interpretación, pues el alcance de un acto de cortesía puede variar en atención a la dimensión de una empresa, al cargo que se desempeña, a la importancia que la relación con el tercero tiene para la sociedad, etc. No es extraño que esa excepción se traduzca en el establecimiento de un límite cuantitativo, de forma que el deber de abstención surja a partir de la percepción de regalos, invitaciones o cualesquiera atenciones que excedan una suma.

5. El deber de abstenerse todo administrador a la hora de desarrollar una actividad competitiva con la sociedad es un deber clásico y de importancia determinante en la disciplina del deber de lealtad. Su acogimiento expreso se viene produciendo de manera inalterada en la legislación societaria y su relevancia práctica la evidencia de manera periódica la jurisprudencia.

Este principio clásico de nuestro Derecho de sociedades aparece de nuevo en el artículo 229.1, f) LSC al decir que deberá abstenerse todo administrador de desarrollar actividades que supongan una competencia efectiva con la sociedad. Aquí nos encontramos ante una regla que se ve obligada a hacer matices, dada la variedad de supuestos comprendidos en ella. En primer lugar, se dice que esa competencia efectiva puede ser actual o puede ser potencial, de manera que cualquiera de las dos situaciones justifica que se exija del administrador una abstención. En segundo lugar nos encontramos con que lo que persigue esta disposición es lo que ha venido en llamarse un conflicto estructural o permanente con los intereses de la sociedad. Es notorio que no hay mayor contraposición de intereses que aquella que implica que en el mercado en el que opera la sociedad se encuentra sometida a la competencia de su propio administrador. Por lo tanto a este último se le debe de exigir un completo deber de abstención. Desde cualquier punto de vista, la defensa del interés social que

reclama el deber de lealtad en su formulación básica aparece como incompatible con la presencia o participación del administrador en una relación de concurrencia con dicho interés.

4.2.5.3. Las personas afectadas por el deber de abstención

Aunque estamos reiterando que los destinatarios de estas disposiciones son los administradores de una sociedad de capital, la Ley no ha podido dejar de establecer reglas que impidan el fácil trámite de burlar la norma mediante el hecho de que el administrador traslade las actividades que tiene prohibidas a terceros con él vinculados. Por eso el artículo 229.2 LSC dice que las previsiones que en materia de abstención se han formulado para el administrador también serán igualmente aplicables en todos los supuestos en los que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.

El concepto de persona vinculada deber ser interpretado en el sentido más amplio posible, con vistas a dotar de efectividad a estas normas que estamos comentando y esto significa, por supuesto, que con respecto a las personas físicas la vinculación basada en relaciones de parentesco o de coincidencia en otros negocios, son criterios válidos, y que en el caso de las personas jurídicas también nos encontramos con que los habituales criterios de integración en un grupo o de cualquier otro tipo de relaciones intersocietarias resulten igualmente suficientes para exigir la aplicación del artículo 229.2 LSC.

4.2.5.4. El deber de información sobre situaciones de conflicto

En general, en el Derecho de sociedades pocas disposiciones han revelado una eficacia tan considerable como las que tienen una finalidad informativa. La información sobre los más variados aspectos del funcionamiento de una sociedad se convierte en un instrumento previo y útil para poder prevenir comportamientos o para facilitar el ejercicio de determinados derechos por parte de los accionistas. En este caso, el deber informativo lo formula el artículo 229.3 LSC como una obligación que corresponde a los administradores. Un deber que se formula con amplitud en cuanto a las hipótesis en que debe de plantearse porque comienza diciendo aquél precepto que, “*en todo caso*” deberán los administradores comunicar a los otros administradores o, en su caso, al consejo de administración, cualquier situación de conflicto directo o indirecto que les pudiera afectar. Comunicación que, por supuesto, también es exigible cuando se trata de situaciones que afectan a las personas vinculadas con el administrador, en coherencia sistemática con lo establecido en el artículo 229.2 LSC. Debe comunicarse cualquier situación que implique un conflicto entre los intereses del administrador o de las personas vinculadas con él y el interés de la sociedad. La amplia cobertura que se pretende para este deber informativo se completa con la exigencia de que la notificación alcance toda situación de conflicto directo o indirecto.

Una situación singular comporta que el conflicto de intereses afecte al administrador único. En este caso, se impone que el deber de información se despliegue

frente a la junta general. Ha de tenerse en cuenta que esta información supone el cumplimiento por el administrador afectado de su deber de lealtad, pero que también fomenta el ejercicio diligente de sus funciones por los demás administradores o la supervisión por parte de la junta. Sólo quienes conocen que un administrador está afectado por una situación de conflicto de interés están en condiciones de reclamarle que se abstenga si no lo ha hecho *motu proprio*. En definitiva, la información por el administrador incentiva que otros administradores o la junta puedan custodiar o defender el interés de la sociedad de una manera particularmente eficaz.

Por último, la información se ve reforzada a través de las cuentas anuales puesto que termina el artículo 229.3 LSC requiriendo que toda situación de conflicto de interés que afecte a un administrador sea recogida en la memoria que, como sabemos, acompaña a las cuentas anuales.

4.2.5.5. Imperatividad y dispensa en el régimen legal en materia de lealtad

Unas de las más significativas novedades que introduce la reforma del deber de lealtad está constituida por el artículo 230 LSC que ha pasado a titularse régimen de imperatividad y dispensa y que contiene dos pronunciamientos normativos fundamentales. El primero es la confirmación de que el régimen legal del deber de lealtad no es derecho dispositivo y que no puede verse sometido a una configuración estatutaria: el régimen aplicable a ese deber es imperativo. La misma disposición señala que también es imperativo el régimen legal aplicable a la responsabilidad del administrador que infringe dicho deber. Para que no quede ninguna duda de lo que significa ese carácter imperativo, el artículo 230.1 LSC concluye que las disposiciones estatutarias que limiten o sean contrarias al deber de lealtad no serán válidas. Dicho de una manera más directa, el deber de lealtad tiene el contenido que la ley se encarga de definir. Tanto en lo que es el hacer al que queda obligado el administrador desde ese punto de vista, como las prohibiciones varias que hemos visto que caracterizan dicho régimen legal y que no pueden ser objeto de modificación por los estatutos sociales o, en el caso de las sociedades cotizadas, de los reglamentos que exigen las disposiciones correspondientes (v. arts. 528 y 529 LSC). Invalidez que también afectará a cualesquiera pactos parasociales que de alguna manera traten de esta cuestión.

Esa proclamación del carácter imperativo del deber de lealtad permite entender, en sentido opuesto, que no es imperativo el régimen legal aplicable a los otros deberes exigibles a los administradores y, en particular, al deber de diligencia. Quizás esta conclusión encuentre su fundamento en lo ya apuntado en el apartado correspondiente con respecto al contenido sumamente voluble que admite el deber de diligencia exigible a los administradores de sociedades de capital, tanto por la variedad de posiciones subjetivas en las que pueden estar situados los distintos administradores, como por la no menos inacabable cantidad de situaciones imaginables en donde la diligencia debe aplicarse a la gestión de este tipo de sociedades, que obliga a una formulación flexible del deber de diligencia. En todo caso, parece que lo que se está reconociendo por el artículo 230.1 LSC es que existen posibilidades para una delimitación estatutaria del deber de diligencia.

El segundo pronunciamiento destacable dentro del artículo 230 LSC matiza el significado de la imperatividad. A pesar de que se afirme la imperatividad de la delimitación legal del deber de lealtad y que se prohíba por vía estatutaria modificar su régimen legal, la propia Ley se encarga de aclarar que es posible que el administrador se vea dispensado de actuar conforme exige la norma de acuerdo con el procedimiento que ella misma establece y bajo ciertas condiciones. El artículo 230.2 LSC ha introducido una variedad de situaciones en las que cabe dispensar al administrador de las prohibiciones que hemos examinado con anterioridad. No obstante, la afirmación del carácter imperativo del régimen legal aplicable al deber de lealtad, cabe que el administrador se vea favorecido por la dispensa que deberá de otorgar la sociedad. Dado que la sociedad actúa a través de sus órganos sociales, se determina la competencia de los órganos sociales en función del contenido de la dispensa y del tipo de sociedad de que se trate.

La dispensa será siempre excepcional por ser especial, esto es, por referirse a casos singulares. Ha de descartarse la posibilidad de dispensas genéricas a favor de un determinado administrador, o proyectadas sobre operaciones, negocios o cualesquiera otros actos pertenecientes a una determinada categoría. El objeto de la dispensa es la observancia de cualquiera de las concretas prohibiciones contenidas en el artículo 229.1 LSC. La concesión de la dispensa supone autorizar expresamente que el administrador pueda realizar una operación que está prohibida con carácter general. Beneficiario directo de la dispensa puede ser un administrador, pero puede serlo también una persona vinculada con él, afectada por la prohibición contemplada en artículo 229.2 LSC. La dispensa se puede referir a cualquiera de las hipótesis de abstención que vimos que establece el artículo 229.1 LSC, si bien su objeto hace que varíe la competencia para concederla.

4.2.5.5.1. El procedimiento de autorización

La junta general aparece revestida como el órgano competente para acordar u otorgar la dispensa en cualquier supuesto. Hasta llegar a esa resolución, nada se dice sobre el procedimiento que debe seguirse. Parece coherente con el deber de comunicación que establece el artículo 229 LSC que el punto de partida sea la notificación por el administrador directa o indirectamente afectado por la situación de conflicto. A esa comunicación se acompañará la solicitud de autorización.

La tramitación de la solicitud comporta que si quien la recibió fue el órgano de administración, adopte las medidas consiguientes para que se pueda adoptar la decisión por el órgano que sea competente. Si lo es sólo la junta general, en su convocatoria deberá figurar el correspondiente punto del orden del día y adoptarse las medidas adecuadas para que los socios y accionistas dispongan de la información oportuna. La importancia del asunto reclama que la concesión de la dispensa figure expresamente mencionada en el orden del día y que deba votarse de forma separada (art. 197 bis.1 LSC). Esa transparencia en la decisión es acorde a la mejor defensa del interés de la sociedad, cuya afectación por la decisión es incuestionable si se parte de que estamos

ante una situación de conflicto de interés típico. La transparencia tutela a la sociedad y al propio beneficiario de la dispensa cuando ésta se conceda.

Si es el órgano de administración quien puede otorgar la dispensa, el procedimiento deberá adecuarse a los criterios ya señalados, partiendo de una adecuada información a los administradores que deben decidir.

4.2.5.5.2. El órgano competente

No se formula con una sistemática precisa la competencia para decidir, en nombre y representación de la sociedad, si se otorga la dispensa al administrador o se deniega. El artículo 230.2 y 3 LSC enuncia varias reglas que distinguen atendiendo principalmente a cuál de las prohibiciones legales es el objeto de la solicitud de dispensa y al tipo, en supuestos más concretos, de sociedad de capital que se trate.

La junta general es el órgano competente en todo caso. Lo es, en primer lugar, porque se dice que la autorización vendrá a ser acordada por ella “*necesariamente*” en los casos que expresamente menciona el artículo 230.2, párrafo segundo LSC. Cuando en el siguiente párrafo se dice que la dispensa “*también*” podrá ser otorgada por el órgano de administración se está apuntando a una competencia concurrente con la de la junta. Ésta es la única competencia de las situaciones de dispensa necesaria que afectan a una sociedad limitada y, finalmente, también lo es cuando la dispensa se refiere a la obligación de administrador de no competir con la sociedad. La diversidad de supuestos y que en alguno de ellos estemos ante una competencia compartida con el órgano de administración explican que su otorgamiento no pudiera incluirse en el enunciado general de la competencia de la junta que recoge el artículo 160 LSC y que la entendemos amparada en la remisión que a la determinación legal realiza el apartado j) de aquella disposición.

El administrador que protagoniza la solicitud de dispensa y que es socio o accionista se ve afectado por la limitación que para el derecho de voto supone que se someta a la junta un asunto en que se encuentra en una situación de conflicto de intereses [v. art. 190.1, e) LSC]. La regulación de esa limitación de voto se remite de forma expresa al artículo 230 LSC, lo que determina que para la dispensa por cualquiera de las prohibiciones previstas en el artículo 229 LSC rige dicha privación del voto del administrador socio afectado. Estamos ante una limitación imperativa, que no precisa para su aplicación de una cobertura estatutaria adicional, como sucede con otros supuestos de voto por el socio en situaciones de conflicto de interés.

En las sociedades limitadas, la competencia de la junta general a la hora de dar una dispensa se exige con respecto a dos asuntos adicionales a los que enuncia el artículo 229 LSC. El primero es la prestación de cualquier asistencia financiera a favor del administrador. Prestación que, aclara el artículo 230.2, párrafo segundo LSC, alcanza la prestación de garantías personales por la sociedad o la constitución de garantías reales sobre bienes sociales. El segundo asunto en el que la junta general debe ser la que autorice la operación es el establecimiento de una relación de servicios o de obra entre el administrador y la sociedad.

Fuera de los casos precedentes, el órgano competente para otorgar la dispensa podrá ser el órgano de administración. En estos asuntos, la junta mantiene su competencia, aunque pasa a compartirla con el órgano de administración. Se formula una cautela normativa al decir que será el órgano de administración o el órgano competente siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que conceden esa dispensa. Una independencia que se refiere al propio administrador dispensado y en consecuencia que lleva a considerar que no sería competente el órgano de administración en la medida en que ello supusiera que participan en el otorgamiento de dicha dispensa personas vinculadas con el propio administrador por lazos familiares o de otra naturaleza.

Junto a ese requisito, la competencia del órgano de administración a la hora de conceder dispensas para operaciones que en principio estarían prohibidas, reclama que se asegure la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social. La inocuidad implica que la operación carezca de consecuencias dañinas o lesivas para dicho patrimonio. Cuando la operación no presenta esa condición inocua, el artículo 230.2 LSC establece como exigencia alternativa que la operación podrá ser autorizada en la medida en que se caracterice por la transparencia del proceso y además se realice en condiciones de mercado. Son dos condiciones que deberán de aplicarse a las particulares circunstancias propias de la operación objeto de autorización, puesto que el proceso en sí puede ser muy sencillo o por el contrario comportar una negociación y una ejecución considerablemente amplia que en todo momento deberá ser transparente frente a la sociedad, a través del consejo de administración.

En cuanto a la realización de la operación en condiciones de mercado, se trata de someter al administrador o a las personas vinculadas con él dentro de la operación autorizada a las mismas condiciones que presidan la celebración por la sociedad de esa clase de operaciones frente a terceros. El ejemplo más sencillo sigue siendo el del administrador de una entidad de crédito que solicita la concesión de un préstamo y que se autoriza por el consejo de administración, que conforme al artículo 230.2 LSC debería de pactarse bajo un tipo de interés y unas comisiones afines a las que la entidad aplica a cualquier otro cliente para ese tipo de operaciones. Condiciones de mercado iguales que no tienen por qué significar condiciones de mercado más severas para el administrador.

4.2.5.5.2.3. La dispensa de la prohibición de no competir

Una regulación especial en materia de dispensa establece el artículo 230.3 LSC con respecto al que podríamos calificar como el supuesto paradigmático de conflicto de intereses como es el de la competencia con la sociedad por parte del administrador o de personas físicas o jurídicas con él vinculadas.

La regla inicial es que la obligación de no competir sólo puede ser objeto de dispensa cuando de la operación autorizada no pueda esperarse un daño para la sociedad. El daño admite aquí una interpretación amplia, tanto si es una pérdida como la no obtención de una potencial ganancia. Pero de manera excepcional, la dispensa puede incluso contemplar un daño inicial siempre que, conforme a la citada disposición,

resultara previsible que la sociedad viera compensado ese daño por los beneficios que se van a obtener si es autorizada la operación. Aquí nos encontramos con una hipótesis mucho más compleja y que obligará a los socios que pretendan votar a favor de la dispensa un examen particularmente cauto de la operación y de sus efectos beneficiosos futuros. La dispensa reclama un acuerdo expreso y separado que no podrá ser deducido de la adopción de otros acuerdos vinculados con la operación que se quiere llevar a cabo. Es evidente el interés normativo por asegurar, tanto en la redacción del orden del día de la junta como en su deliberación, que el acuerdo sobre esta materia tan delicada sea objeto de un tratamiento específico que facilite los derechos de información y de voto de los socios.

No cabe que este tipo de dispensas sea otorgado por el consejo de administración. La norma establece con claridad que en este asunto la dispensa es una competencia exclusiva de la junta general.

4.2.5.5.4. El cese del administrador beneficiado por una dispensa

Remacha esta cuestión en un sentido distinto de lo que es propiamente el régimen de las dispensas la posibilidad que la Ley contempla para que se someta la junta general el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas frente a la sociedad. Se trata de un administrador que inicialmente se vio favorecido por el régimen de dispensa y que en la ejecución de la operación se advierte que el riesgo de perjuicio para la sociedad no solo ya es probable, sino que puede ser relevante. En este marco, el párrafo final del artículo 230.3 LSC autoriza a cualquier socio proponer a la junta general el cese del administrador.

Esta posibilidad supone una concreción del supuesto general de cese de los administradores, que no reclama constancia previa en el orden del día (art. 223 LSC) y del especial de cese de administradores con intereses contrapuestos a los de la sociedad (art. 224.2 LSC). Normas que dejan paso a una regla singular, la que comentamos, porque la dispensa de la junta general a la prohibición de competir descartaba su aplicación. Sucede, sin embargo, que la dispensa no debe ser entendida como una suerte de patente de corso, que vincula a la sociedad de manera irreversible. La competencia que fue autorizada, pero que aparece como un factor de riesgo, puede justificar que cualquier socio plantee el cese del administrador dispensado.

La propuesta de cese no es un derecho de minoría, sino una iniciativa al alcance de cualquiera de los socios. Es al socio proponente al que corresponde alegar y acreditar ese riesgo, es decir, no un daño efectivo, sino la posibilidad verosímil de que la sociedad sufra un perjuicio derivado de esa competencia. Concepto de perjuicio igualmente amplio y que contempla situaciones precisas (pérdida de contratos, de trabajadores, de clientes, etc.) y otras más indeterminadas, como las que apuntan a que la competencia con la sociedad autorizada a un administrador destacado ha sido cuestionada por los financiadores de la sociedad o por agencias *rating*. Son riesgos que, por regla general, presentan una más difícil acreditación. Prueba que, en todo caso, recae sobre el socio proponente.

La propuesta de cese no vincula a la junta general, órgano competente y libre para acogerla o rechazarla. Puede cuestionarse si el administrador cuyo cese se propone y que es socio o accionista, puede ejercer su derecho de voto en la adopción de ese acuerdo. En contra de ese ejercicio juega el artículo 190.1 e) LSC y su remisión al artículo 230 LSC. Al fin y al cabo, podrá decirse que seguimos en el ámbito de las dispensas de prohibiciones de no competir y el cese del administrador es uno de los supuestos vinculados con esa cuestión. Sin embargo, de forma determinante juega a favor del derecho de voto e artículo 190.3 LSC y el artículo 228 c) LSC que le autoriza votar como administrador acuerdos que le afecten en esa condición.

Es improbable que el cese derivado de la previsión que cierra el artículo 230 LSC se traduzca en la presentación simultánea o posterior de la acción de responsabilidad contra el administrador cesado. Adviértase, en primer término, que el cese se basa en una situación de riesgo de perjuicio, con lo que pueda suceder que falte el presupuesto del daño que reclaman la acción social e individual de responsabilidad. En segundo lugar, es difícil plantear esa acción a partir de un acto ilícito cuanto estamos ante operaciones potencialmente lesivas que han contado con la expresa aprobación por la sociedad a través del acuerdo correspondiente de la junta general o del órgano de administración. Esta objeción, sin embargo, puede verse debilitada cuando la comunicación a la sociedad para obtener la dispensa presentaba lagunas u omisiones susceptibles de considerar que el administrador fue desleal al formular aquello.

4.2.6. Infracción del deber de lealtad y responsabilidad del administrador: un apunte

En el artículo 239.1, párrafo segundo LSC, se reconoce a la minoría la posibilidad de un ejercicio directo de la acción social de responsabilidad cuando ésta se fundamente en la infracción por el administrador o administradores de su deber de lealtad. El carácter directo de esa legitimación lo remacha el mismo precepto cuando termina señalando que en este supuesto, la actuación de la minoría no va acompañada de la *“necesidad de someter la decisión a la junta general”*. Esta solución subraya la importancia que el deber de lealtad ha pasado a cobrar en la nueva regulación, de manera que su infracción permite a la minoría una iniciativa tan excepcional como la de demandar a los administradores en defensa del interés social. La revisión del deber de lealtad ha querido dotar de especial vigencia su observancia y de mayor rigor a su infracción. Ante ésta, someter la iniciativa de la minoría en defensa de la sociedad a una previa junta general que rechace el acuerdo a favor de exigir responsabilidad aparecía como un obstáculo a remover. De ahí que se establezca una legitimación especial directa en atención al motivo de la acción social que la minoría puede entablar en defensa de la sociedad.

La infracción del deber de lealtad aparece como una cuestión de hecho que podrá motivar una notable discrepancia en cuanto a su concurrencia. A pesar de ello, la pretensión normativa de fomentar el uso de la acción social de responsabilidad ha animado la legitimación de la minoría para actuar a partir de ese fundamento y para hacerlo de una forma directa. Esto significa una legitimación autónoma porque sólo corresponde a los socios minoritarios plantearse y decidir el ejercicio de esa acción. Cuando se dice que la acción social de responsabilidad por tal motivo no reclama la

decisión de la junta general, lo que se está descartando es que sea necesario siquiera solicitar su convocatoria o proponer una votación con el fin específico de que se delibere y vote dicho acuerdo. Existe, como se aprecia fácilmente, una insólita habilitación a la minoría que permitirá, previsiblemente, que en no pocos casos el artículo 239.1, párrafo segundo LSC se convierta en la puerta para demandas escasamente fundamentadas.

No resuelve la Ley si esta excepcional vía directa basada en la alegación de que se ha producido una infracción del deber de lealtad está reservada sólo a aquellas demandas que se fundamenten exclusivamente en ese motivo o bastará con que la demanda incluya la infracción del deber de lealtad dentro de un catálogo más amplio de actos ilícitos para entender válidamente interpuesta esa demanda. De optarse por esta última solución, es igualmente previsible que en muchas demandas la infracción del citado deber de lealtad se convierta en una forma de poder plantear la acción social de responsabilidad sin pasar por la junta, aun cuando los hechos conviertan la lesión del deber de lealtad en una infracción residual o accesorio.

La acción social de responsabilidad puede plantearse no sólo con el objetivo que deriva del artículo 236.1 LSC, sino también con el propio de otras acciones acumulables a aquella. El citado precepto señala que los administradores responderán frente a la sociedad del daño causado, lo que ha llevado tradicionalmente a afirmar que el resultado de dicha acción cuando es estimada consistirá en la indemnización a favor del patrimonio de la sociedad. En relación con el deber de lealtad, el artículo 227.2 LSC dispone que su infracción determinará no sólo esa indemnización, sino también la devolución del enriquecimiento injusto que hubiere podido obtener el administrador. La beneficiaria de esta devolución también será la sociedad. Entablando la acción social la minoría en nombre de ésta, ha de entenderse que la legitimación excepcional que en materia de acción social plantea la infracción del deber de lealtad también comprende la facultad de la minoría para acumular la acción de enriquecimiento injusto a la acción principal e indemnizatoria. Ambas acciones pueden ser acumuladas por ser compatibles, por corresponderse ambas con un mismo interés (el de la sociedad que ejerce la minoría como titular de la relación jurídico-procesal) y por basarse en los mismos hechos (art. 71 LEC). Esa acumulación es, además, admisible por motivos procesales (art. 73 LEC).

5. CONCLUSIÓN

La Ley 31/2014 ha introducido un importante cambio en la LSC en todo lo relativo a los deberes de los administradores. Se ha procedido a una ordenación y reformulación de esos deberes cuyas notas más destacadas cabe resumir, con respecto al deber de diligencia, en el acogimiento legislativo de la protección de la discrecionalidad empresarial (*business judgement rule*) y con relación al deber de lealtad, en la mejor tipificación de su contenido y determinación de las consecuencias de su infracción.

PERSPECTIVAS DE REFORMA EN LA REGULACIÓN DE LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS

MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ*

Resumen

La regulación de los conflictos de intereses es una materia que, progresivamente, ha ido incrementando su protagonismo en el marco del Derecho de sociedades. En este trabajo se realiza una primera aproximación a la reforma de la regulación de los conflictos societarios en las sociedades anónimas y limitadas, con especial atención a los que afectan a los socios. Los conflictos de los administradores se abordan tangencialmente, respecto de aquellos que, además de serlo, sean socios.

El régimen proyectado en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil coincide con el introducido en la LSC a través de su última modificación, por lo que los preceptos que se analizan conforman el Derecho vigente, aunque se estudien desde la perspectiva de su reciente reforma. Se tratan las novedades incorporadas en materia de prohibiciones de voto por conflicto de intereses y en la impugnación de acuerdos lesivos para el interés social en beneficio de uno o más socios o de un tercero.

Contenido

1. Introducción. – 1.1. Planteamiento y delimitación del tema. – 1.2. Referencia a la PCM y al Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. – 2. Los conflictos de intereses socio-sociedad. – 2.1. Las prohibiciones de voto como instrumento de tutela preventiva del interés social: significado y evolución legislativa. – 2.2. Tutela represiva: impugnación de acuerdos sociales y “presunción de lesividad”. – 3. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Planteamiento y delimitación del tema

Desde hace algunos años, el legislador ha mostrado un interés creciente por regular los diversos tipos de conflictos de intereses que se suscitan en el funcionamiento orgánico de las sociedades de capital.

En los siguientes apartados se realizará una primera aproximación a la reforma de la regulación de los “conflictos societarios” en las sociedades anónimas y limitadas. Con esta expresión, en realidad, se hace referencia tanto a los conflictos de intereses que afectan a los socios, en su condición de tales, como a los conflictos de intereses propios de los administradores.

* Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Murcia.

Los primeros se suscitan, típicamente, en el proceso de toma de decisiones sociales en el ámbito de la junta general, y se encuadran en el marco general de las relaciones entre mayorías y minorías. Los segundos no solo afectan al funcionamiento interno del órgano de administración (gestión), sino que pueden tener reflejo en el ejercicio del poder de representación de la sociedad, siendo ambas funciones competencia de los administradores (art. 209 LSC).

El objeto primordial de este trabajo es analizar la incidencia de las últimas iniciativas de reforma legislativa en la regulación de los *conflictos de intereses de los socios*, dedicando especial atención al análisis del régimen jurídico introducido por aquellas que ya han culminado con éxito.

No obstante, también se harán algunas referencias a los conflictos de intereses administrador-sociedad, haciendo hincapié en aquellos elementos con influencia refleja en los conflictos socio-sociedad.

1.2. Referencia a la PCM y al Anteproyecto de Ley del Código Mercantil

La “Propuesta de Código Mercantil elaborada por la sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación” de 2013 regulaba los *conflictos de intereses de los socios* en el artículo 231-63. Lo más destacable del precepto propuesto era la utilización de una cláusula general, formulada en términos muy amplios, para la determinación de los supuestos en los que el socio interesado no podría ejercer su derecho de voto: cualquier asunto en el que tuviera un interés, directo o indirecto, en conflicto con el de la sociedad¹. Esta cláusula general se complementaba con la indicación expresa de tres acuerdos concretos en los que un socio que fuera administrador tendría prohibido votar². Asimismo, la PCM regulaba expresamente el conflicto de intereses del representante del socio, en términos bastante similares a los previstos en el vigente artículo 526 LSC³.

Conviene añadir, finalmente, que el artículo 231-63 se incluía entre las disposiciones comunes aplicables a las sociedades de capital⁴, siendo aplicable, por ende, en cualquier forma social capitalista. Con un alcance todavía más general se concebía en la PCM la regulación de los *conflictos de intereses de los administradores*, ya que se incluía entre las disposiciones generales aplicables a todas las sociedades mercantiles: artículos 215-8 a 215-13 PCM⁵.

¹ Art. 231-63.1 PCM: “El socio no podrá ejercer, por sí o por representante, el derecho de voto que le corresponda en los asuntos en que tenga, por cuenta propia o de un tercero, un interés en conflicto con el de la sociedad”.

² Art. 231-63.3 PCM: “El socio que fuere administrador en ningún caso podrá votar por sí o por representante en los asuntos que se refieran a la exigencia de responsabilidad, a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obra o servicios”.

³ Art. 231-63.2 PCM. Sobre el artículo 526 LSC, cfr., *infra*, ap. 2.1.

⁴ Libro II (“De las sociedades mercantiles”), Título III (“De las sociedades de capital”), Capítulo I (Disposiciones comunes), Sección 4ª (“De la junta general”), Subsección 4ª (“De la asistencia, representación y voto”).

⁵ Libro II, Título I (“De las sociedades mercantiles”), Capítulo V (“De la administración de la sociedad”), Sección 2ª (“De los deberes de los administradores”).

Entre las novedades que introducían estos preceptos puede resaltarse especialmente la extensión expresa de los deberes de lealtad de los administradores a los socios de control, así como la previsión legal de que la condena por infracción del deber de lealtad del administrador pueda incluir la devolución del enriquecimiento injusto obtenido por este (art. 215-8, números 2 y 3). En los demás aspectos regulados en los artículos señalados, se mantenía sustancialmente la regulación prevista en la LSC del deber general de lealtad y de aquellos deberes más concretos (aunque todavía con un importante grado de generalidad) derivados de aquel: prohibición de usar los bienes sociales, las informaciones o las oportunidades de negocio de la sociedad en beneficio propio, deberes de comunicación y de abstención en situaciones de conflicto de intereses o prohibición de competencia.

De forma paralela a la elaboración de la PCM por parte de la Comisión General de Codificación, el Consejo de Ministros designó una “Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo”⁶, con el encargo de realizar el *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas* sobre dicha materia, fechado en Madrid el 14 de octubre de 2013⁷.

Las propuestas de nueva redacción de numerosos preceptos de la LSC incluidas en dicho estudio, a vez, se incorporaron, sin apenas modificaciones, al “Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo”, de 30 de mayo de 2014. Esta circunstancia incidió de manera decisiva (al menos en relación con las materias que se abordan en este trabajo) en el contenido del “Anteproyecto de Ley del Código Mercantil”, aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014⁸. La regulación de la Propuesta de Anteproyecto se modificó, entre otras razones, para incorporar a los artículos equivalentes del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil la redacción prevista en el Proyecto de Ley citado, cuyo origen eran las propuestas contenidas en el estudio de la comisión de expertos en materia de gobierno corporativo designada por el propio Consejo de Ministros en mayo de 2013.

La suerte futura del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil es incierta en el momento de redactarse estas líneas. En cambio, la otra iniciativa legislativa antes señalada, mucho menos ambiciosa, ha tenido mayor fortuna, culminando en la reciente aprobación de la “Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo”⁹. Dado que, en los temas que nos interesan, ambas iniciativas han confluído en cuanto a su contenido, los apartados que siguen se centran en el análisis del régimen de los conflictos societarios incorporado a la LSC por la Ley 31/2014.

⁶ Creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo.

⁷ Vid. en https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CEGC_EstModif_20131014.pdf (en adelante, el trabajo de la comisión de expertos será citado como “Estudio sobre propuestas”).

⁸ http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html

⁹ BOE, núm. 293, de 04 de diciembre de 2014. La disposición final cuarta de la Ley 31/2014 establece la entrada en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE.

2. LOS CONFLICTOS DE INTERESES SOCIO-SOCIEDAD

2.1. Las prohibiciones de voto como instrumento de tutela preventiva del interés social: significado y evolución legislativa

Tradicionalmente, el conflicto de intereses socio-sociedad en el régimen legal de las sociedades anónimas (y, más tarde, también en el de las limitadas) únicamente había sido atendido por el legislador mediante la posible impugnación del acuerdo social lesivo para el interés social adoptado en beneficio de uno o más socios, o bien de terceros vinculados con estos¹⁰. Se trata de un mecanismo de *heterotutela represiva o "a posteriori"* del interés de la sociedad donde surge el conflicto por un doble motivo: porque exige la intervención de un tercero (órgano jurisdiccional o, en su caso, arbitral) para su efectiva aplicación y porque, para que prospere la acción, el impugnante debe alegar y probar la existencia de un daño cierto, actual o futuro, para el interés social.

En el régimen de las sociedades limitadas, la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada añadió, para esta concreta forma social, una *técnica de autotutela preventiva o "a priori"* del interés social para ciertos conflictos de intereses de los socios: la prohibición de ejercicio del derecho de voto al socio que se encuentre en alguno de los casos expresamente tipificados¹¹. En tales supuestos, el socio directamente afectado por el conflicto (los conflictos indirectos no se contemplaban por la norma) deberá abstenerse de votar y las participaciones de las que sea titular (*rectius*, los derechos de voto que correspondan a estas) deberán ser sustraídas de la base para el cómputo de la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo correspondiente. En caso de no abstenerse, la doctrina mayoritaria ha interpretado que el voto emitido no será válido, aunque ello solo afectará a la validez del acuerdo cuando aquel haya sido decisivo para el logro de la mayoría requerida para su válida adopción (prueba de resistencia del acuerdo).

El carácter de "autotutela" en esta técnica deriva de que, para su aplicación, no es imprescindible la intervención de un órgano externo (jurisdiccional o arbitral). Puede hacerse valer en el ámbito interno de la sociedad, mediante la deducción del voto ilícito emitido por el socio en conflicto, en el momento del cómputo de la mayoría y antes de la proclamación del resultado de la votación, por parte del órgano al que compete esta última función: el presidente de la junta de socios. La eficacia preventiva de este instrumento jurídico es, en tal caso, inmediata: se corta de raíz la posibilidad de que el socio directamente interesado condicione de manera decisiva el acuerdo que le afecta personalmente, pues la adopción o no de este queda en manos de los restantes socios. Si, finalmente, esta autotutela preventiva no se produce y el acuerdo es adoptado con la intervención decisiva del socio en conflicto, se ha entendido mayoritariamente en la doctrina que el acuerdo, *por ese solo motivo (esto es, sin necesidad de alegar y probar daño alguno)*, podrá ser impugnado por contrario a ley, al infringir tanto la norma que impone al socio interesado la prohibición de votar como la que exige una determinada

¹⁰ Art. 61 LSA (1951); art. 115 LSA (1989); art. 56 LSRL (1995); art. 204 LSC (2010).

¹¹ Art. 52 LSRL (1995); art. 190 LSC (2010).

mayoría de votos *válidamente emitidos* para la correcta adopción del acuerdo. Ya no cabe hablar de autotutela (pues la impugnación debe ser judicial o arbitral), pero aún es correcto el calificativo de tutela “preventiva o *a priori*” del interés social, porque la vigencia de la prohibición legal de votar permite anular el acuerdo adoptado con el voto decisivo del socio que la infrinja antes incluso de que exista un daño (ni siquiera futuro o potencial) al patrimonio social: basta con que concurra el *riesgo de daño* que configura el conflicto de intereses, siempre que se trate de uno de los supuestos tipificados.

El efecto preventivo de la prohibición de voto por conflicto de intereses tiene un alcance limitado, que se concreta, fundamentalmente, en la eliminación de la influencia decisiva del socio interesado, pero no siempre evitará que el acuerdo, incluso aunque fuera adoptado con la abstención del socio en conflicto, pueda resultar lesivo para el interés social. En ese caso, aún queda la posibilidad de recurrir a la técnica represiva antes indicada e impugnar el acuerdo *por su carácter lesivo para el interés social*. Para ello, hay que alegar y probar la existencia del daño al interés de la sociedad y la de un interés particular (de socio o tercero) incompatible con el (sacrificado) interés social. La abstención del socio en conflicto de intereses podrá dificultar, aunque no siempre impedirá, la prueba de que el acuerdo fue adoptado en interés de aquel (o de un tercero vinculado con él) por los socios mayoritarios que votaron a favor del acuerdo lesivo. La regulación de los conflictos de intereses de los socios mediante prohibiciones de voto en supuestos concretos, introducida en nuestro Derecho por el artículo 52 de la Ley 2/1995, de 3 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, se mantuvo, sin cambios, en el Texto refundido de la Ley de sociedades de capital del año 2010 (artículo 190 LSC).

El enfoque de este Real Decreto Legislativo 1/2010, dirigido a unificar y aproximar en lo posible la regulación de las formas sociales capitalistas, facilitó que comenzara a cuestionarse el acierto de restringir la regulación de la tutela preventiva del interés social mediante prohibiciones de voto por conflicto de intereses exclusivamente al ámbito de las sociedades limitadas. Sirva como ejemplo lo indicado al respecto en el estudio realizado por la “Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo”: “*No se encuentra justificación alguna para un tratamiento tan diferente de esta cuestión en uno y otro tipo de sociedades, como el actualmente contenido en la LSC*”¹². Por este motivo, la comisión de expertos realiza una propuesta de nueva redacción para el artículo 190 LSC, en la que extiende, aunque no con idéntico alcance, la aplicación de esta técnica al Derecho de sociedades anónimas.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en el ámbito especial de las sociedades cotizadas, ya existía una regulación de los conflictos de intereses en el seno de la Junta general de accionistas que imponía una prohibición de votar: el artículo 526 LSC. No obstante, el alcance de esta norma es restringido, no precisamente por la limitación de los supuestos de conflicto de intereses socio-sociedad a los que resulta aplicable (ya que contempla una cláusula general de abstención, con enumeración ejemplificativa de

¹² Vid. “Estudio sobre propuestas...”, cit., p. 20.

ciertos casos¹³), sino porque solo prohíbe el ejercicio del derecho de voto *en caso de representación de un socio por un administrador designado por el sistema de solicitud pública de representación* y, además, únicamente contempla situaciones de conflicto de intereses indirecto. Se prohíbe votar al administrador-representante del socio en relación con aquellos acuerdos en los que este (y no el socio titular de las acciones) tenga un interés particular en conflicto no solo con el interés social (esto es, el objetivamente común a todos los socios) sino también con el interés individual del socio representado¹⁴.

A la vista de los supuestos de conflicto enunciados en el artículo 526 LSC, puede afirmarse que el interés en riesgo de ser lesionado (esto es, amenazado por la presencia de un interés personal incompatible del administrador-representante de un socio) es el interés de la sociedad. Sin embargo, subyace en el precepto la idea de que si ese mismo sujeto no actúa como representante de otro o, haciéndolo, cumple con las instrucciones recibidas, enerva el riesgo de lesión del interés social o, al menos, lo hace irrelevante a los efectos de la emisión del voto. Por ejemplo, el socio administrador de una sociedad cotizada podrá votar lícitamente en contra del acuerdo social que decida sobre su cese en el cargo, o sobre el ejercicio de una acción de responsabilidad contra él, si los votos emitidos corresponden a acciones de las que él mismo sea titular; igualmente serán lícitos los votos en contra de su propio cese que emita el administrador-representante de un socio cuando correspondan a las acciones del socio o socios representados, aunque solo si las instrucciones recibidas de este o estos consistían en votar en ese sentido. De las consideraciones anteriores puede concluirse que la prohibición de voto establecida en el artículo 526 LSC no responde al mismo fundamento que la prevista en el artículo 190 LSC. En el caso que ahora se analiza, la prohibición de votar no pretende directamente evitar que el riesgo derivado de la parcialidad del administrador (interesado en el contenido del acuerdo) *pueda causar una lesión del interés social o común*, sino que se prohíbe votar al administrador-representante porque esa parcialidad *podría ser también perjudicial para los intereses del socio representado*. En consecuencia, el voto del administrador-representante de un socio, cuando aquel esté en conflicto de intereses con la sociedad por su implicación directa en el acuerdo, será lícito cuando el interés particular de este sujeto esté alineado con el interés del socio representado, aunque *a priori* quepa establecer que no coincide con el interés de la sociedad. Puesto que esta norma se aplica solo en caso de solicitud pública de representación¹⁵, su finalidad directa es evitar que el socio ejercite, para su

¹³ "...no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a las acciones representadas en aquellos puntos del orden del día en los que se encuentre en conflicto de intereses..."; "En todo caso, se entenderá que el administrador se encuentra en conflicto de intereses respecto de las siguientes decisiones..."

¹⁴ Este último conflicto (interés del representante del socio *versus* interés del socio representado) se regula, con carácter general, en el artículo 523 LSC, mediante la imposición de un deber de información del conflicto y un deber general de abstención de voto, salvo cuando el representante hubiera recibido del socio representado instrucciones oportunas y precisas para cada uno de los asuntos sobre los que deba votar.

¹⁵ El art. 526 LSC no es más que una extensión expresa del art. 523 LSC a los casos de solicitud pública de representación, innecesaria ante el alcance general del primero (que se aplica a todo representante, con independencia del procedimiento por el que obtuvo la representación). Lo único que añade es la enumeración ejemplificativa de supuestos de conflicto de intereses, de cuyo contenido se deduce *a priori*

propio beneficio, los votos que ha de emitir como representante de una pluralidad de socios y, por ende, en el exclusivo interés de cada uno de ellos. El logro de esta finalidad, a su vez, podrá tener una repercusión *indirecta* favorable en el interés de todos los socios abstractamente considerado (el interés social), pero solo cuando coincida con el interés particular de los socios representados¹⁶.

Volviendo al tema principal de la reforma, la propuesta de redacción del artículo 190 LSC realizada por la comisión de expertos sobre gobierno corporativo se incorporó, con leves variaciones¹⁷, al Proyecto de Ley de 30 de mayo de 2014, cuya tramitación parlamentaria culminó con la aprobación de la *Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*. En el siguiente apartado se analizará ya el régimen vigente.

2.2. Regulación actual: el nuevo artículo 190 LSC

A primera vista, la principal novedad apreciable en la regulación de los conflictos de intereses de los socios prevista en el artículo 190 LSC es la extensión de la técnica de las prohibiciones de voto por conflicto de intereses a las sociedades anónimas. Esta extensión se deduce implícitamente de la alusión a las “acciones o participaciones” en el núm. 1 y en el núm. 2 de este artículo, y queda confirmada con la referencia expresa a esta forma social en el último párrafo del art. 190.1 LSC.

Un análisis más reflexivo, sin embargo, obliga a matizar el alcance innovador de la reforma en este punto. La prohibición legal de voto por conflicto de intereses solo será aplicable de manera directa en tres de los cinco supuestos tipificados: liberación de una obligación o concesión de un derecho; asistencia financiera de la sociedad al socio y dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230 LSC. Este último supuesto, por su contenido, debe considerarse aplicable exclusivamente cuando el socio sea, además, administrador de la sociedad. En cuanto al segundo, solo excepcionalmente podría tener aplicación en la sociedad anónima al no resultar aplicable en esta forma social lo dispuesto en el artículo 162.1 LSC.

En los otros dos supuestos legales de conflicto que restan (autorización para la transmisión de acciones y exclusión), la aplicación de la prohibición de voto en sociedades anónimas se condiciona a su incorporación en los estatutos, que habrá de ser

que implican un *riesgo para el interés de la sociedad* y no solo para el interés del socio representado. Vid., en esta línea, RONCERO SÁNCHEZ, A., “Problemas y propuestas de revisión del régimen de solicitud pública de representación en sociedades cotizadas”, en ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ESTEBAN VELASCO, G. (Dirs.), *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, t. I, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 293-323; pp. 305-309, 317 y 318.

¹⁶ Por ejemplo, al socio representado podrá convenirle impedir que la junta acuerde el ejercicio de una acción social de responsabilidad contra el administrador que le representa (en cuyo caso, le dará instrucciones para que vote en contra), aunque ello sea objetivamente lesivo para el interés social (porque el administrador efectivamente haya causado daños a la sociedad).

¹⁷ En el apartado 3, se sustituyó la referencia a que el conflicto “no sea transaccional sino meramente posicional” por la alusión a que el conflicto se refiera “exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad”. Asimismo, se añadió el último inciso de este apartado 3.

expresa y, además, “prevista en las correspondientes cláusulas estatutarias reguladoras de la restricción a la libre transmisión o la exclusión”.

Parece que el motivo por el que se restringe la aplicación directa de la prohibición en estos dos casos sería el hecho común de que la regulación legal remite a los estatutos tanto la introducción de restricciones a la transmisión de las acciones (que, como regla, es libre) como la previsión de causas de exclusión de accionistas (pues las legalmente previstas el art. 350 LSC solo se aplican a las sociedades limitadas)¹⁸. No obstante, considero más defendible la previsión que nos ocupa en el primer caso que en el segundo.

Mientras que puede comprenderse mejor que el legislador ampare que el accionista mayoritario pueda influir decisivamente en el acuerdo de la junta que le autorice o no a transmitir sus acciones (influencia decisiva que podrá utilizar siempre que no se incluya la prohibición en los estatutos¹⁹), no puede decirse lo mismo en los casos de exclusión. Las causas de exclusión que se introduzcan en los estatutos sociales de una SA, para ser lícitas, deberán consistir en circunstancias relevantes que impliquen el incumplimiento por un accionista de sus deberes de socio (desembolsos pendientes, prestaciones accesorias y exigencias derivadas del deber de lealtad) o bien que, concurriendo en la persona del accionista, puedan afectar negativamente a la consecución del fin común (por ejemplo, un divorcio conflictivo en una sociedad anónima familiar o la inhabilitación para el ejercicio de la profesión en una sociedad anónima profesional)²⁰. Cuando los estatutos incluyan causas de exclusión pero no contemplen expresamente la prohibición de votar del accionista afectado, y el procedimiento de exclusión aplicable presuponga la adopción de un acuerdo por la junta general, quedará limitada *de facto* la operatividad de la exclusión únicamente a los casos en los que las causas de exclusión afecten a un socio minoritario, pues al mayoritario, en esas mismas circunstancias, le bastará con votar en contra de su propia exclusión. De este modo, lo que podría ser un instrumento estatutario de tutela indirecta de la minoría, especialmente útil en las sociedades anónimas cerradas, queda transformado en una herramienta que puede provocar un trato desigual entre accionistas: los “excluíbles” y los que pueden impedir su exclusión. Creo que habría sido preferible no distinguir entre SA y SL en este caso.

¹⁸ La Comisión de expertos, a pesar de considerar que no hay justificación para un tratamiento *tan diferenciado* entre SA y SL como el derivado del art. 190 LSC antes de la reforma, no especifica los motivos que le inducen a proponer que se mantenga esta concreta diferencia (cfr. “Estudio sobre propuestas...”, cit., pp. 20 y 21).

¹⁹ El artículo 123.3 LSC previene, en parte, una posible desigualdad de trato en estos casos impidiendo que la autorización pueda denegarse a ningún accionista por una causa distinta de las previstas en la cláusula. Téngase en cuenta, además, que el órgano competente para autorizar la transmisión de las acciones *por defecto* es el órgano de administración, de manera que si la cláusula estatutaria no atribuye expresamente esta competencia a la junta general, no será aplicable el art. 190 LSC (incluso aunque la propia cláusula contemplara expresamente su aplicación, salvo que la redacción de la misma permitiera entender que la previsión expresa de la prohibición de voto del accionista transmitente llevaba consigo, implícitamente, la intención de atribuir la competencia para autorizar la transmisión a la junta general).

²⁰ Vid. los argumentos que fundamentan estas afirmaciones en SÁNCHEZ RUIZ, M., *La facultad de exclusión de socios en la teoría general de sociedades*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 178, 189, 192-197, 201-203, 207 y 208, 217 y ss.

Respecto a las sociedades anónimas, debe tenerse en cuenta, finalmente, que la posibilidad de regular en los estatutos prohibiciones concretas de voto por conflicto de intereses ya había sido admitida por un sector de la doctrina y la jurisprudencia incluso antes de la reforma del precepto estudiado, lo que también relativiza en cierta medida la primicia de la reforma en este aspecto²¹.

En relación con las sociedades de responsabilidad limitada, en principio se mantiene el régimen de prohibiciones de voto existente hasta ahora. La única modificación consiste en la sustitución de las dos prohibiciones que, antes de la reforma, establecía el art. 190 para el socio administrador por otra prohibición más amplia, que las comprende e incluye más supuestos. La nueva prohibición de voto del art. 190.1, letra d) afecta no solo al acuerdo relativo al establecimiento con la SL de una relación de servicios o de obra (art. 220 LSC, no modificado) o a la dispensa de la prohibición de competencia (nuevo art. 230.3 LSC), sino también al acuerdo por el que se autorice al socio administrador (o a una persona vinculada con él) a realizar cualquier transacción con la sociedad cuyo valor supere el diez por ciento de los activos sociales y al acuerdo que le autorice a recibir cualquier ventaja o remuneración de terceros asociada al desempeño del cargo.

No conviene olvidar que la aplicación de cualquier prohibición de voto a un socio por conflicto de intereses, tanto si la misma deriva de una disposición legal como si se contempla en una cláusula estatutaria, presupone que la junta general tenga atribuida la competencia para decidir el asunto de que se trate. Así, la concesión de asistencia financiera por la sociedad a un socio (art. 190.1, letra d) LSC) o el establecimiento de una relación de obras o servicios entre un administrador y la sociedad solo exigen autorización de la junta general en la sociedad limitada, pero no en la sociedad anónima (arts. 162.1 y 220 LSC). También corresponderá la competencia al órgano de administración, y no a la junta, en muchos casos de “liberación de una obligación” o de “concesión de un derecho” por la sociedad a un socio determinado (art. 190.1, letra c) LSC)²².

En cuanto a la dispensa al socio-administrador de obligaciones derivadas del deber de lealtad (art. 190.1, letra e) LSC), en la sociedad anónima solo se exige acuerdo de la junta general en tres casos: dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, autorización de una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales y dispensa de la obligación de no competir con la sociedad (art. 230, núm. 2, par. segundo y núm. 3 *in fine* LSC). En los demás casos, “la

²¹ Vid. SAP Vizcaya 28 diciembre 2012 [JUR 2013, 40893], en concreto F.D. segundo, que admite, en relación con una relevante SA cotizada, “la incorporación a los estatutos de supuestos concretos de privación de derecho de voto por conflicto de interés, siempre que en los supuestos para los que se contemple la suspensión del voto se aprecie objetivamente la posibilidad de conflicto de interés”; por el contrario, la Audiencia no consideró admisibles cláusulas genéricas, indeterminadas o imprecisas (como las que sí habían sido admitidas, en cambio, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao en la sentencia recurrida, de 10 de enero de 2012 [AC 2012, 87], F.D. séptimo). En la doctrina, vid. últimamente IRACULIS ARREGUI, N., *Conflictos de interés del socio. Cese del administrador nombrado por accionista competidor*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 70-73.

²² Para más detalles sobre esta prohibición de voto, aunque referida solo a la SL, puede verse SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses de los socios en las sociedades de capital. Artículo 52 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2000, pp. 327- 337.

autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado” (art. 230, núm. 2, último párrafo, LSC).

La utilización de la expresión “también podrá” permite interpretar que la competencia para autorizar del órgano de administración se acumula, en todo caso, a la de la junta general, de manera que esta última debe estimarse competente en cualquiera de los supuestos previstos. Esta interpretación, asimismo, conduciría a entender que, cuando “no esté garantizada la independencia” de los demás miembros del órgano de administración respecto al administrador de cuya dispensa se trate, será la junta el órgano competente para otorgarla. Hubiera sido deseable, por su trascendencia, que el legislador hubiera explicitado esta cuestión, indicando si, en los casos de administrador único, administración mancomunada y administración solidaria, es siempre la Junta el órgano competente para autorizar o, como parece deducirse de la norma, también podrán serlo los demás administradores solidarios o conjuntos (siempre que haya un número de ellos no interesados en el asunto, independientes del que sí lo esté y en número suficiente que posibilite el funcionamiento del órgano de acuerdo con las disposiciones que le resulten aplicables).

Una interpretación conjunta de los arts. 190.1 (letra e) y el último párrafo del 230.2 LSC conduce a considerar que, tanto en una sociedad anónima como en una sociedad limitada, el socio administrador también tendrá prohibido votar cuando la Junta general sea el órgano que le autorice para el uso de ciertos activos sociales o el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio de la sociedad, si bien en estos casos no es obligatorio que exista acuerdo de la Junta, porque la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración.

Al margen de la extensión a la sociedad anónima de esta técnica preventiva de regulación de los conflictos de intereses socio-sociedad, la nueva redacción del artículo 190 LSC introduce otro elemento sin duda novedoso y que puede llegar a tener una gran relevancia práctica. Me refiero a la regla sobre *inversión de la carga de la prueba de la conformidad de un acuerdo social con el interés social* (art. 190.3 LSC).

La aplicación de dicha regla presupone la impugnación del acuerdo *por lesivo para el interés social*, por lo que considero más adecuado reservar su estudio para el apartado siguiente. La infracción de una expresa prohibición de votar, sea esta legal o estatutaria, permitirá la impugnación no solo por aquella causa, sino también por ser un acuerdo *contrario a la ley o a los estatutos*, siempre que los votos inválidos emitidos por el socio en conflicto hayan sido determinantes para la obtención de la mayoría exigida, y ello sin necesidad de alegar la existencia de daño alguno²³.

²³ Esta aclaración pierde parte de su relevancia tradicional con la nueva regulación general de la impugnación de acuerdos, puesto que la legitimación y el plazo para impugnar será el mismo si el acuerdo se impugna por ser contrario a ley o por ser lesivo para el interés social. No obstante, en el segundo caso (y no en el primero) sigue siendo necesario, como presupuesto para que prospere la impugnación, la prueba de un daño al interés social (que se facilita mediante la inversión de la carga probatoria cuando los votos del socio interesado hayan sido decisivos para la adopción del acuerdo). Además, de conformidad con la nueva causa de impugnación incorporada al art. 204, par. 2º, LSC (que analizamos en el apartado siguiente), también será posible alegar y probar un daño injustificado a la minoría, derivado de que el acuerdo fuera adoptado por la mayoría en su propio interés particular.

En relación con este último aspecto, finalmente, es preciso reseñar la importante mejora que introduce la Ley 31/2014 al regular expresamente, con un alcance general, la prueba de resistencia de los acuerdos. De acuerdo con la nueva redacción del art. 204.3, letra d) LSC, no procederá la impugnación de un acuerdo que esté basada en la invalidez de uno o varios votos, o en errores de cómputo, “*salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible*”. Este precepto es aplicable al caso que nos ocupa, dado que los votos emitidos por socios que infrinjan una prohibición legal o estatutaria de voto por conflicto de intereses no serán válidos y, en consecuencia, será posible la impugnación del acuerdo por este motivo si, tras restar dichos votos, no se alcanza la mayoría necesaria para su adopción.

2.3. Tutela represiva: impugnación de acuerdos y “presunción de lesividad”.

El régimen de impugnación de acuerdos sociales ha experimentado una reforma sustancial con la aprobación de la Ley 31/2014. Entre las numerosas (y, en general, bastante clarificadoras y útiles) novedades introducidas en la redacción de los artículos 204-206 y 495.2 LSC, cabe destacar, por ejemplo, la supresión de la anterior distinción entre acuerdos nulos y anulables; la ampliación de los plazos para impugnar o la conversión de la impugnación en un derecho de minoría cualificada de los socios (con un régimen especial en ambos aspectos para las sociedades cotizadas); la introducción de causas nuevas de impugnación (infracción de los reglamentos de la junta general; acuerdos impuestos abusivamente por la mayoría); la restricción de la impugnación por defectos formales o procedimentales y por infracción del derecho de información; la introducción de la “prueba de resistencia” con carácter general para los casos de votos inválidos o errores de cómputo, etcétera.

En coherencia con el planteamiento del tema de este trabajo, solo serán objeto de atención aquellas modificaciones que afectan al tratamiento legal de la técnica de *heterotutela represiva o “a posteriori”* del interés de la sociedad en presencia de un conflicto de intereses: la impugnación de acuerdos lesivos para el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

El artículo 204.1 sigue contemplando esta causa de impugnación en los mismos términos que antes de la reforma. Se introduce, no obstante, un párrafo nuevo, que amplía la configuración anterior de la misma, del siguiente tenor:

La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

Mediante esta fórmula, se despejan las dudas que, con la redacción anterior, se habían suscitado en la doctrina sobre la posibilidad de aplicar la causa de impugnación que nos ocupa a supuestos donde el interés lesionado por el acuerdo es el interés de un

socio individual o de un conjunto de ellos (acuerdos en daño de la minoría)²⁴. La comisión de expertos, impulsora de la modificación, pone de manifiesto la “resistencia” de la doctrina y la jurisprudencia, dado el tenor literal de la norma, a entender incluidos en esta causa de impugnación “*aquellos casos en que los acuerdos, aun cuando no afectan negativamente al interés social, resultan injustificadamente lesivos para los accionistas minoritarios*”²⁵.

Estos casos, por tanto, constituyen ahora una nueva causa de impugnación cuya introducción merece un juicio favorable. La impugnación de acuerdos lesivos será, a partir de ahora, una herramienta de tutela no solo del interés social o común, sino también del interés de la minoría²⁶. Con ello, se aproxima nuestro Derecho de sociedades de capital a la regulación prevista en otros sistemas jurídicos próximos, como el § 243 (2) de la *Aktiengesetz* alemana o el art. 58 del *Código das Sociedades Comerciais* portugués.

Sin perjuicio de lo anterior, considero que la redacción de la norma, en su estado actual, induce a una cierta confusión. La razón de ello es que, según se deriva de la literalidad del precepto, los acuerdos lesivos para la minoría *también producen una lesión del interés social, aun no causando daño al patrimonio social*²⁷. Desde mi punto de vista, esta redacción puede reabrir, de manera infructuosa, antiguos debates doctrinales sobre el significado del concepto de “interés social” y su relación con el patrimonio social; asimismo, podría obligar a interpretar en distinto sentido aquel concepto según el precepto legal que lo incorpore (cfr., por ejemplo, los arts. 227.1 y 228 d) o, implícitamente, los conflictos de intereses del art. 190.1 LSC, frente al art. 204.1 LSC).

Habría sido más sencillo incorporar una formulación directa (sin alusiones al “interés social”) de la nueva causa de impugnación, en la que se refleje con claridad la finalidad pretendida: admitir expresamente la impugnación de acuerdos *abusivos* adoptados en perjuicio *de otros socios*. Considero que, con muy pocos cambios en la redacción del precepto, podrían evitarse futuros problemas interpretativos. Por ejemplo, una alternativa preferible sería la siguiente redacción: “La impugnación procederá, igualmente, cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en detrimento injustificado de los demás socios”²⁸.

²⁴ Como recordatorio de los términos en los que se suscitaba el debate, me permito remitir de nuevo a SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses...*, pp. 172-181, 196 y ss., especialmente pp. 213-216, así como a la doctrina allí citada.

²⁵ Vid. “Estudio sobre propuestas...”, cit., p. 29.

²⁶ Sobre los términos del debate doctrinal en torno a la finalidad tuitiva de la causa de impugnación estudiada, vid. *idem*, op.cit., pp. 172-175, sobre todo p. 173, notas 78 y 80.

²⁷ Prueba de la confusión a la que induce la nueva redacción es que la comisión de expertos, para aludir a los supuestos ahora tratados, habla de la impugnación de acuerdos que “aun cuando *no afectan negativamente al interés social* –no al patrimonio social– resultan injustificadamente lesivos para los accionistas minoritarios” (“Estudio sobre propuestas...”, cit., p. 29). Sin embargo, en la propuesta de artículo 204, y en el texto legal aprobado, se dice que “*la lesión del interés social se produce también*” en esta clase de acuerdos (cfr. p. 31).

²⁸ Se suprime la referencia a que el acuerdo abusivo se adopte por la mayoría “en interés propio” para evitar que la prueba de tal interés pueda considerarse necesaria para que prospere la impugnación. De este

Al margen del tema de la extensión del alcance de la causa de impugnación estudiada, se han modificado otros aspectos sustanciales que alteran el régimen anteriormente vigente en materia de impugnación de acuerdos lesivos al interés social. Uno de los cambios más significativos de la reforma del régimen de la impugnación de acuerdos sociales es la eliminación de la clasificación tradicional de los acuerdos en nulos y anulables. Tanto unos como otros se han unificado en la categoría de “acuerdos impugnables”.

Ese cambio ha propiciado, a su vez, que se hayan suprimido las diferencias previas, injustificadas, entre los acuerdos lesivos y los acuerdos nulos, en materia de legitimación y de plazos para la impugnación. Quedan así solventadas algunas paradojas que provocaba la regulación española anterior a la reforma y que, en cambio, no se suscitaban en otros ordenamientos próximos, como el italiano [arts. 2373, 2377 y ss. *Codice civile*], el alemán [§§ 243, (1) y (2), 245 y 446 *AktG*] o el portugués [arts. 58 y 59 CSC]²⁹.

El plazo para ejercitar la acción de impugnación es ahora, con carácter general, de un año, excepto cuando se trate de acuerdos que, por sus circunstancias, causa o contenido, resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá³⁰. En las sociedades cotizadas, el plazo antes indicado se reduce a tres meses³¹.

Respecto a la legitimación de los socios para impugnar acuerdos sociales, se sustituye su anterior configuración como derecho individual para quedar convertida en un derecho de minoría cualificada, excepto para los acuerdos contrarios al orden público (que pueden ser impugnados por cualquier socio³²). La regla general es, por tanto, que solo están legitimados para impugnar los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital³³. En el caso de sociedades cotizadas, la fracción del capital social necesaria para poder impugnar acuerdos sociales es del uno del mil³⁴. También es novedosa la referencia al resarcimiento del daño que un acuerdo social impugnado le haya ocasionado a un socio. Aunque no se especifica, la norma parece hacer referencia a una acción de resarcimiento del socio dañado por el acuerdo frente a la sociedad, sin perjuicio de que esta pueda repetir, en su caso, contra los sujetos causantes directos del daño (por ejemplo, el administrador que lo propusiera, el socio de control que tuviera un interés, directo o indirecto, en su adopción, etc.). En particular, se reconoce expresamente un derecho (individual) al resarcimiento del daño sufrido exclusivamente a aquellos socios que no alcancen el porcentaje de capital exigido para poder impugnar el acuerdo, a modo de “compensación” por la “legitimación individual

modo, bastará con acreditar el perjuicio de la minoría, la presencia de indicios suficientes de abuso en la adopción del acuerdo (siendo un indicio cualificado la prueba del interés particular de uno o más socios contrario al interés de la minoría lesionado) y que el acuerdo no responde a una necesidad razonable de la sociedad.

²⁹ Al respecto, vid. SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses...*, pp. 232 y 233, 366-368.

³⁰ Art. 205.1 LSC.

³¹ Art. 495.2, letra c), LSC.

³² Art. 206.2 LSC.

³³ Art. 206.1, párrafo primero, LSC.

³⁴ Art. 495.2, letra b), LSC.

perdida”³⁵. Puesto que la norma no distingue, parece que este derecho se reconoce *con independencia de cuál sea la causa que hacía impugnabile el acuerdo*. Si se acepta esta interpretación, también serían resarcibles los daños que, en su caso, puedan derivarse para un socio (no legitimado para impugnar) de un acuerdo contrario a la ley, los estatutos o el reglamento de la junta, y no solo cuando se trate de acuerdos lesivos para el interés social o adoptados de forma abusiva por la mayoría en detrimento injustificado del socio que solicita el resarcimiento.

Una de las más interesantes aportaciones de la reforma operada por la Ley 31/2014 en relación con la impugnación de acuerdos lesivos para el interés social, en beneficio de uno o varios socios o de un tercero, es la inversión de la carga de la prueba prevista en el art. 190.3 LSC, a la que se aludía en el apartado anterior. Se establece, como regla general, que “cuando el voto del socio o socios incursos en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social”.

Esta inversión de la carga de la prueba facilita que prospere la impugnación cuando sea dudoso que el acuerdo lesione el interés de la sociedad, aun cuando los socios que lo adoptaran tuvieran un interés particular en el asunto. El socio impugnante³⁶ solo debe acreditar dicho interés y su incompatibilidad con el interés social (esto es, probar el conflicto³⁷). No es necesario, en cambio, que pruebe también el daño al patrimonio social, sino que será la sociedad (o el socio interesado) quien deba probar la ausencia del mismo y, por ende, la conformidad del acuerdo con el interés social. Si no puede lograrlo, la acción de impugnación deberá ser estimada.

Como excepción, no se aplica esta regla y, por tanto, el impugnante deberá probar el perjuicio al interés social, en los acuerdos relativos al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores “y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad”³⁸. En todo caso, no sería “de análogo significado” (se aplica, pues, la regla general de inversión de la carga probatoria) un acuerdo de la junta (si llegara a adoptarse) relativo a cualquier relación contractual, ya establecida o a establecer, entre un socio (no en su condición de tal, sino equiparado a un tercero) y la sociedad, o en el que la sociedad decidiera si demanda o no a un socio³⁹.

³⁵ Art. 206.1, párrafo segundo, LSC.

³⁶ La referencia expresa al “socio o socios que impugnen” parece descartar la aplicación de esta inversión de la carga de la prueba cuando la impugnación se realice por los demás legitimados *ex art.* 206.1 LSC.

³⁷ En el mismo sentido, SÁNCHEZ- CALERO GUILARTE, J., “Algunos cambios en la regulación de la junta general en el Informe de la Comisión de Expertos (y en el Anteproyecto de Ley de modificación de la LSC), en IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (Dir.), *Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma del buen gobierno de las sociedades*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 63-93, p. 76.

³⁸ Compartimos la opinión expresada por algún autor de que esta referencia a “la posición que el socio ostenta en la sociedad” es más clara que la expresión utilizada en la propuesta de la comisión de expertos (alusiva a que el conflicto de interés “*no sea transaccional sino meramente posicional*”), aunque también aquella suscita dudas (SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Algunos cambios...”, *op. cit.*, p. 77).

³⁹ En estos casos, no hay prohibición de voto pero sí conflicto de intereses. Prueba de ello es que, en otros ordenamientos, sí se fijan prohibiciones de voto para estos casos, al menos en las formas sociales

La ubicación de esta regla sobre inversión de la carga de la prueba en el artículo 190 LSC y la propia redacción del número 3, que comienza descartando la prohibición de votar en los casos de conflicto de intereses distintos de los indicados en el número 1, exigen algunas aclaraciones sobre el alcance de la regla que en él se introduce.

La referencia a la “*conformidad al interés social*” y, más claramente, al “*perjuicio al interés social*” del último inciso, hace que no puedan albergarse dudas sobre su aplicación en el terreno de la *impugnación de acuerdos que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*. Este es, a mi juicio, su ámbito natural de aplicación.

La nueva configuración amplia de esta causa de impugnación, tal y como ha sido redactada, conduce a asimilar al “interés social” el “interés de los demás socios” (la minoría) cuando se considere que el acuerdo “se impone de manera abusiva por la mayoría”. En consecuencia (aunque el tema admite dudas), parece que también debería aplicarse la inversión de la carga probatoria en este caso. Si el acuerdo es impugnado por haber sido adoptado de forma abusiva en perjuicio de la minoría, la sociedad (o el socio interesado cuyos votos determinaran su adopción) tendría que probar que el acuerdo no perjudica *injustificadamente* a los socios minoritarios sino que responde a una *necesidad razonable* de la sociedad. El socio impugnante solo debería probar el interés particular del mayoritario u otros indicios que permitan considerar abusivo el acuerdo impugnado.

En cambio, el art. 190.3 LSC no permite interpretar que la regla estudiada pueda operar también cuando, existiendo una prohibición (legal o estatutaria) de votar por conflicto de intereses, esta se infrinja y el acuerdo sea impugnado *por contrario a la ley o a los estatutos*. No parece admisible que la sociedad (o el socio afectado por el conflicto) pueda probar la “*conformidad con el interés social*”, ni la ausencia de un daño derivado del acuerdo, cuando este haya sido adoptado con los votos decisivos del socio que infringió tal prohibición y se impugne *por ese motivo*. El vicio del acuerdo consiste en que, de forma sobrevenida, no estará sustentado por un número suficiente de votos válidos. La tutela *preventiva* del interés social que se predica de las prohibiciones de voto significa que en tales casos es relevante (porque posibilita la anulación del acuerdo) el mero *riesgo de daño* que implica el conflicto de intereses subyacente a la prohibición de voto, con independencia de que, al final, haya o no daño efectivo. Por eso no es aconsejable su formulación mediante una cláusula general (con o sin enumeración ejemplificativa de casos), sino que es conveniente una previa ponderación de los intereses en conflicto en cada caso, tanto por parte del legislador como por los propios socios cuando decidan incorporarlas a los estatutos sociales.

equivalentes a nuestra SL (cfr. art. 251.1, letras b) y g) del CSC portugués, o el § 47.4 de la *GmbHG* alemana). Cosa distinta es que, en nuestro Derecho, la Junta llegue a adoptar un acuerdo al respecto fuera de los casos en que está obligada a ello (y, en esos casos, suele establecerse también una prohibición de votar).

3. CONCLUSIONES

Las modificaciones introducidas en el régimen del conflicto de intereses de los socios previsto en el artículo 190 LSC implican una extensión considerable del ámbito de aplicación del precepto.

Esto se debe, por una parte, a la previsión de prohibiciones de voto aplicables a las sociedades de capital (y no, como hasta ahora, solo a las sociedades de responsabilidad limitada), aunque no con un alcance idéntico en todas las formas sociales capitalistas. La extensión del artículo 190 a las sociedades anónimas es menos ambiciosa de lo que puede parecer, ya que para estas se contemplan menos prohibiciones legales de voto por conflicto de intereses que para las limitadas, aunque se admita expresamente la posibilidad de equipararlas a través de cláusulas incluidas en los estatutos de la SA. En relación con el acuerdo de exclusión, en particular, considero que esta diferencia es injustificada y favorece una posible infracción del principio de igualdad de trato.

La ampliación del contenido del art. 190 LSC se debe, sobre todo, a la mayor amplitud con la que se ha configurado alguna de las prohibiciones de voto anteriores. Me refiero, en concreto, a la nueva prohibición de voto en caso de dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad, que ha multiplicado notablemente los casos de este tipo en los que, hasta ahora, tenían prohibido votar los socios administradores de una SL. Se trata de un efecto reflejo, derivado del nuevo régimen del deber de lealtad de los administradores regulado en los artículos 227 a 232 LSC. En él se incorporan numerosas prohibiciones relativas que se consideran obligaciones (de no hacer) derivadas de una obligación básica de “evitar situaciones de conflicto de interés” que, a su vez, derivaría del deber general de lealtad. La posible dispensa mediante acuerdo de la junta general de algunas de esas prohibiciones en casos singulares constituye el puente a través del cual se establece un nexo que une el régimen de los conflictos de intereses de los administradores con el de los socios.

La disciplina de los conflictos de intereses de los socios, sin embargo, no solo se sustenta en las prohibiciones de voto en la junta general sino que tiene, además, otro pilar fundamental: la impugnación de los acuerdos lesivos para el interés social. Las novedades en materia de impugnación de acuerdos sociales son, probablemente, las de mayor trascendencia de todas las que se introducen en la LSC por la Ley 31/2014. Respecto a las materias tratadas en este trabajo, en particular, podrían calificarse casi de “revolucionarias” previsiones como, por ejemplo, la de reconocer un derecho al resarcimiento del daño causado por un acuerdo social al socio que no puede impugnarlo porque carece del porcentaje de capital social mínimo exigido para estar legitimado, la de reconocer directamente la posibilidad de impugnación de un acuerdo que no lesione el patrimonio social pero sí dañe injustificadamente a la minoría o la de establecer una inversión de la carga de la prueba del carácter lesivo para el interés social de un determinado acuerdo por la presencia de un conflicto de intereses.

Estas y otras cuestiones suscitadas por la reforma del régimen de los conflictos societarios quedan ahora abiertas para el debate doctrinal. El apreciable incremento en este ámbito de la tipificación legal de principios y de la formulación de cláusulas

generales y obligaciones derivadas de estas, a su vez también redactadas en términos más o menos amplios, plantea un ambicioso reto para los jueces y tribunales encargados de interpretarlas y aplicarlas en un caso concreto. Ojalá estas líneas puedan contribuir en alguna medida a facilitar esa ardua tarea.

LEGAL COMPLIANCE: CONCEPTUALIZACIÓN EN EL MARCO DE LA REGULACIÓN CORPORATIVA

MARIANO TEJEIRA RODRÍGUEZ*

Resumen

El término anglosajón “Legal Compliance”, y su común uso para designar elementos indiferenciados dentro del Control Interno de las empresas, ha generado y genera dudas acerca de la concreta actividad que éste debe designar, y mayormente, cuál es el marco normativo de actividad que aquél comprende, tanto como de los instrumentos de gestión que la regulación provee. Este artículo tratará de ofrecer una visión conceptual de “Legal Compliance”, a través de un esquema revelador de los conflictos de intereses que se generan en la actividad empresarial y su incardinación en nuevo Derecho Corporativo.

Contenido

1. Legal Compliance: Contabilidad de Gestión y Derecho. – 2. Objeto: Legal Compliance como elemento del Control interno e interacciones. – 3. Sujeto: El oficial de cumplimiento “Compliance officer”. – 3.1. La figura del Asesor jurídico. 3.2. Instrumentos de Gestión. – 4. La responsabilidad – 5. Conclusiones.

1. LEGAL COMPLIANCE : CONTABILIDAD DE GESTIÓN Y DERECHO

La caracterización del legal compliance y su concreta ubicación en diferentes áreas de conocimiento, es una de las cuestiones básicas que se presentan a la hora de enfocar su estudio, por lo que uno de los planteamientos iniciales que debe ser constatado es el porqué de la incardinación de esta materia en el área del derecho mercantil y más concretamente, cuando nos referiremos a su incardinación en el anteproyecto de código mercantil y su nuevo derecho corporativo.

Pues bien, sobre estas bases y un punto de vista puramente lingüístico, hemos de señalar que compliance no es otra cosa que “obediencia”¹ ello indica la existencia de un acto, disposición o acuerdo que debe ser obedecido, lo que unido a la expresión “Legal”, nos lleva de modo claro al entendimiento de legal compliance como aquella actividad (acción) que tiene por objeto, lo ordenado por aquel que lo dicta, y más

* Abogado, Profesor Asociado Universidad Carlos III de Madrid.

¹ Cambridge dictionary: *to act in the way that someone else has commanded or wished*. Obediencia. (Del lat. oboedientia). 1. f. Acción de obedecer. Obedecer. (Del lat. *oboedescere, der. de oboedire). 1. tr. *Cumplir la voluntad de quien manda*. Diccionario de la Real Academia Española 22.ª edición y las enmiendas incorporadas hasta 2012.

concretamente por el cauce de expresión de aquello que hace surgir la obligación, es decir, una actividad de aquel que goza de imperio, la expresión reguladora del mismo, o de aquello que mediante expresión de la voluntad acordada hace surgir el cumplimiento,² es decir, legal compliance se refiere necesariamente a la actividad de obediencia de la Norma, pactada, impuesta o acordada³, por lo que ontológicamente es una actividad incardinada en el área del Derecho, entendido éste como ciencia que estudia el conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden. En este sentido, es correcto aseverar que estamos ante una materia cuyo contenido corresponderá indiscutiblemente al área del Derecho, por constituir una actividad jurídica.

Dicha actividad jurídica, está encaminada al cuidado del cumplimiento de las obligaciones que afectan a la empresa, y está dirigido a proporcionar mecanismos de adhesión y evaluación del cumplimiento como instrumento del mercado, y en tanto, dicho de otro modo, el mercado es, superadas las tesis subjetivista y objetivista (mercader/acto de comercio) el objeto del derecho mercantil, corresponderá necesariamente su conocimiento a éste área específica⁴, cuyo objetivo será el cuidado por el cumplimiento de todas las obligaciones que afectan a la empresa, tanto las normas de aplicación imperativa como las normas que son asumidas voluntariamente por la empresa.

Ello no quiere decir, que en tanto nos estamos refiriendo a una actividad, esto es, a un proceso dinámico, este debería de ser conducido o dirigido mediante el uso de instrumentos de gestión, de ahí su aproximación a la gestión contable (Accounting

² Cada empresa e individuo tiene la obligación de actuar de acuerdo a las leyes establecidas de un territorio determinado. En Critón de Platón, según Sócrates, todos los ciudadanos que pertenecen a un Estado tienen la obligación de obedecer las leyes del Estado. Esta obligación de obedecer la ley deriva de la noción del contrato social, en virtud del cual, los ciudadanos de una sociedad renuncian a sus derechos sobre el Estado y en cambio reciben la paz y la seguridad. En este sentido, el Estado tiene la facultad de crear leyes que rigen las relaciones de los ciudadanos, que éstos están obligados a cumplir por el bien de la sociedad. HOBBS, T., *Leviathan*, TUCK, R. (ed), 1st ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1996; LOCKE, J. (1986), *The Second Treatise on Civil Government*. Prometheus Books, New York, 1986; ROUSSEAU, J.-J., *The Social Contract and other later political writings*, GOUREVITCH, V. (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

³ Además del cumplimiento de la ley debido al sentido de la obligación de los ciudadanos a obedecer los mandatos de la ley, que se deriva del contrato social, la gente también obedecen a la ley a través de la percepción de los factores internos y externos. La percepción de los factores internos, o perspectiva normativa, explica el cumplimiento de la ley desde el ángulo de lo que la gente considera como justo y moral. En compromiso normativo personas se sienten personalmente comprometidos con cumplir la ley con independencia de que corren el riesgo de castigo por violar la ley. Compromiso normativo implica moralidad personal o legitimidad. La moralidad personal implica el cumplimiento de la ley, porque los ciudadanos consideran que la ley es justa. Alternativamente, la legitimidad significa obedecer la ley porque los ciudadanos sienten que la autoridad de aplicación de la ley tiene derecho a dictar el comportamiento. En consecuencia, la perspectiva normativa explora normas interiorizadas de la gente de la justicia y la obligación. VEDIA JEREZ, H. *Competition Law Enforcement & Compliance across the World: Systems, Institutions and Proceedings*. MARCOS FERNÁNDEZ, F., ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. (dirs.), Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Privado, Getafe, mayo 2014, p. 300

⁴ En este sentido, Casanovas Ysla, se refiere a legal compliance como "función jurídica proactiva" en CASANOVAS YSLA, A., "Serie de cuadernos sobre cumplimiento legal. Cuaderno 1: Conoce tu organización", en KPMG, p. 7, <http://www.kpmg.com/ES/es/servicios/Abogados/Legal/Mercantil/Paginas/Cuadernos/Cuaderno1-Conoce-tu-organizacion.aspx> (consultada por última vez 12 de septiembre 2014)

Management) empero, no deben confundirse los instrumentos de gestión con la materia que se gestiona y que debe ser objeto del conocimiento, que no es otro que el jurídico.

2. OBJETO: LEGAL COMPLIANCE COMO ELEMENTO DEL CONTROL INTERNO E INTERACCIONES

El Control Interno es un componente integral de la gestión empresarial que proporciona una garantía razonable de que se alcanzan los objetivos de aquélla, y se minimizan los riesgos existentes en el desarrollo de negocio; dichos objetivos y riesgos responden a diferentes necesidades en cada momento, y se manifiestan y se relacionan con el grado de eficiencia y eficacia en la ejecución de operaciones, esto es, la evitación de disfunciones operativas que dificultan la optimización de la actividad, tanto como la gradación en la fiabilidad en el uso de la información como categoría de los elementos de control interno en su percepción, interna como externa, así como mediante el adecuado cumplimiento u obediencia del conjunto de normas bajo las cuales deben desarrollarse las operaciones, por tanto, cuando se analiza un objetivo o riesgo particular o concreto éste puede recaer por un indebido control operativo, informativo o normativo, en la responsabilidad de uno o diferentes operadores⁵.

El Control Interno comprende los planes, métodos, políticas y procedimientos utilizados para cumplir la misión, plan estratégico, metas y objetivos de la organización constituyendo la primera línea de defensa en la protección de los activos ayudando a la administración de la empresa y al logro deseado y significativo de una administración eficaz de los recursos⁶

A la hora de determinar cuál es la metodología más adecuada de control interno, los sistemas de revisión y mejora continua presentan áreas de análisis correlativos a las categorías básicas de aquél, de tal modo que, una primera categoría se refiera a la ejecución operativa eficaz y eficiente propia del Gobierno Corporativo; una segunda categoría se identifica con el análisis objetivo del riesgo siempre que su minimización proceda de información fiable de tal modo que sea permisible calcular las bases del riesgo; y finalmente una adecuada evaluación del grado de cumplimiento de la norma (Corporate Governance, Risk management & Compliance).

Es así que el control interno comprenderá tres tipos de metodologías adecuadas a las diferentes categorías, que no son otras que las Metodologías de gestión, aplicables al Gobierno corporativo (Corporate Governance); las Metodologías de cálculo de riesgos

⁵ Circular 5/2013, de 12 de junio, de la CNMV, que establece los modelos de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores. El Control interno es entendido este como : “proceso efectuado por el consejo de administración, la dirección y los demás empleados de la organización diseñado para proporcionar seguridad razonable en cuanto a la consecución de objetivos dentro de las siguientes categorías: – Eficacia y eficiencia de las operaciones. – Fiabilidad de la información financiera. – Cumplimiento de normas aplicables a la entidad. – Salvaguarda de activos. BOE Núm. 150, Lunes, 24 de junio de 2013, Sec. I. Pág. 47180

⁶ UNITED STATES. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, *Standards for internal control in the federal government : 2013 exposure draft : by the Comptroller General of the United States*, GAO-13-830SP, United States Government Accountability Office, Washington, D.C., 2013

esto es, de valoración y cálculo del riesgo de gestión (Risk management); y por último las Metodologías de evaluación, gestión y de políticas reguladoras de las empresas (Legal Compliance).

La Función del Control Interno ⁷ se ejecuta ora mediante los procedimientos legales establecidos (por ej. normas sobre auditoría, normas sobre gobierno corporativo, conducta, abuso etc.) ora mediante normas de autocontrol establecidas bajo principios estandarizados que pueden ser Genéricos (p.ej. Gao-13-830sp Standards for Internal Control in the Federal Government) o Específicos para cada modelo organizativo empresarial; y en cualquier caso creados bajo criterio propio.

2.1. Legal Compliance – Gobierno Corporativo

El concepto de Gobierno corporativo –Corporate Governance– va más allá del concepto jurídico, Órgano de Administración y su estatuto jurídico (conjunto derechos y obligaciones establecidos en la norma); Corporate Governance se relaciona con el establecimiento de estrategias reguladoras concretas orientadas a la protección de los operadores vulnerables, cualquier que sea la relación de agencia⁸ contemplada⁹ y que es necesario para determinar y alcanzar los objetivos de la organización, independientemente de que sean estructuras internas (auxiliares del empresario y accionistas por ej.), como externas (clientes, proveedores, administración), en general grupos de interés (Stakeholders).

La imprescindible modernización del derecho de sociedades, debe procurar las modificaciones legales que proporcionen y respondan a las cuestiones básicas planteadas, pues su ausencia, determinará la imposibilidad de alcanzar los objetivos del buen gobierno corporativo deseado, de tal modo que, la tendencia del legislador es elevar las Políticas Empresariales a rango normativo más allá de “Comply or Explain”¹⁰. Tal es así, que no solo se regula la existencia misma de dichas políticas sino también las consecuencias no coercitivas de la falta de cumplimiento sino que se imponen las Metodologías de Gestión de Gobierno corporativo y en consecuencia de

⁷ CASANOVAS YSLA, A., "Serie de cuadernos sobre cumplimiento legal, Cuaderno 2: El cumplimiento de las normas y su relación con la Gobernanza y la Gestión del Riesgo", en KPMG, p. 9, <http://www.kpmg.com/ES/es/servicios/Abogados/Legal/Mercantil/Paginas/Cuadernos/Cuaderno2-Cumplimiento-normas.aspx>

(consultada por última vez el 12 de septiembre 2014)

⁸ La Teoría de la Agencia (Jensen y Meckling, 1976) constata que en general existe una falta de concordancia e intereses entre principal y agente, debido a que el principal está interesado en que sea máximo el producto, utilidad o beneficios de la empresa -la maximización de los ingresos del principal-, mientras que el agente estará interesado en maximizar su renta personal -monetaria y no monetaria-.

⁹ VV.AA., *The anatomy of corporate Law: a Comparative and functional approach*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 26

¹⁰ COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO. *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo*. CNMV, Madrid, 14 de octubre de 2013, en CNMV, <https://www.cnmv.es/portal/legislacion/COBG/COBG.aspx> (consultada por última vez el 23 de marzo de 2015)

legal Compliance, verificables mediante la adopción de estándares¹¹ obligatorios, bien conforme a principios acordados que se elevan a rango normativo¹² o bien mediante la instauración de un conjunto normativo¹³. Pues bien, ello se traduce en cualquier caso en obligaciones de cumplimiento (compliance) que deben ser verificadas (Por ejemplo, que de la adopción, adhesión u obligación acordada del principio de información de tenencia accionarial, devenga la obligación de informar por el órgano de administración a los empleados, del hecho y la posibilidad de evaluar el grado de cumplimiento, y adhesión a dicho principio). Es por lo cual, la interacción Legal Compliance-Gobierno Corporativo son elementos interrelacionados en la metodología.

2.2 Legal Compliance - Gestión de riesgos

La gestión del riesgo (Risk Management), como metodología de cuantificación de riesgo, y sistema de medición del impacto de la decisión empresarial, presupone la objetivación del riesgo y la medida de su impacto. Entre los riesgos a evaluar y cuantificar se encuentran los riesgos de cumplimiento.

La gestión de riesgos, es el proceso sistemático de comprender y evaluar el riesgo, siendo sus herramientas esenciales, los canales de información internos y externos, en tanto que éstos son los que permiten cuantificar y delimitar aquéllos, y ello con la finalidad de maximizar las posibilidades de que los objetivos sean logrados, y asegurar que las organizaciones, individuos y comunidades sean sostenibles¹⁴.

La gestión del riesgo, en sí misma considerada, no es más que un proceso de recopilación de información con el que la dirección de la empresa toma sus decisiones estratégicas¹⁵. La gestión del riesgo como disciplina, está sujeta a estándares profesionales de actuación, normas legales, principios y preceptos de autocontrol que deben ser evaluados, y que desde un doble punto de vista engloba la evaluación del cumplimiento de las obligaciones de información entre los agentes internos de la compañía, y la adecuación del propio órgano gestor del riesgo, a los estándares de su ejercicio, ambos enfocados, a los principios regulatorios de su actuación. La monitorización del riesgo, es un elemento básico del Control Interno, y su obediencia legal un elemento necesario de gradación, lo que determina que la gestión del riesgo sea como el Gobierno corporativo un adicional elemento básico de la metodología de legal compliance.

¹¹ ej. ISO/IEC 38500:2008 applies to the governance of management processes (and decisions) relating to the information and communication services used by an organization.

¹² Ej. "Informe Cadbury" o "Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE.

¹³ Ej. Libro verde de la UE 2011

¹⁴ THE INSTITUTE OF RISK MANAGEMENT, *Building excellence in risk management*, en <http://www.theirm.org/about/risk-management/> (consultada por última vez el 10-09-2014)

¹⁵ SHARON, B., "Operational risk management: the difference between risk management and compliance", en <http://www.continuitycentral.com/feature0243.htm> (consultada por última vez el 10-11-2014)

3. SUJETO: EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO “COMPLIANCE OFFICER”

3.1. La figura del Asesor jurídico

Históricamente, las Asesorías jurídicas de muchas empresas han desempeñado la actividad de Oficina de cumplimiento de la compañía, y ello porque el cumplimiento se considera una actividad legal y regulatoria. Ese hábito sigue siendo común hoy en día, pero la opinión generalizada de los autores y usos empresariales han cambiado sustancialmente en los últimos años, ahora la preferencia, especialmente entre las grandes empresas y en industrias altamente reguladas, es separar la totalidad de las funciones, compliance–asesoría, debido a una creciente conciencia de que el cumplimiento de hoy "a menudo abarca cuestiones muy alejadas del estricto cumplimiento legal o reglamentario," conceptos como, la ética, los valores de la compañía y la integridad empresarial cobran una especial relevancia.¹⁶

En este sentido, es de destacar que a causa del volumen y complejidad de las normas, la adopción en general de sistemas de control interno y sobremanera, la evaluación y control del cumplimiento legal, han dejado de ser una tareas residuales en la actividad empresarial¹⁷ presentando caracteres propios; más, específicamente para los asesores jurídicos de las empresas¹⁸, y esto ha sido así, puesto que el incumplimiento de las normas (en sentido amplio y estricto) ha generado daños económicos y reputacionales en diferentes tipos de empresas, regulada o no, grande o pequeña, y no podemos desconocer tal y como proponemos al principio de este texto, que uno de los objetivos fundamentales de la actividad y metodología de legal compliance es la protección de los activos de la empresa. De hecho en la mayoría de las empresas españolas la función de asesoría y compliance officer se confunden cuando ambas funciones son o deberían ser independientes.

La separación de Actividades "ayuda a garantizar exámenes jurídicos independientes y objetivos"¹⁹ que se yuxtaponen a la propia configuración de la Asesoría como “juez y parte”, evita el conflicto de interés entre el abogado asesor-grupos de interés como parte del órgano de dirección, e incluso el problema de agencia de la figura en conflicto con el propio interés social; cuando el asesor gestiona intereses profesionales que se contraponen a los de la propia corporación, incluso una adecuada separación, reduce costes²⁰, pues independientemente del tamaño de la empresas, las

¹⁶ JAEGER, J. “The Importance of Splitting Legal and Compliance”, *Compliance, Enforcement & Litigation*, Week nº 25, 2011, pp.23-27 y p. 67.

¹⁷ CASANOVAS YSLA, "Serie de Cuadernos...", *op. cit.*

¹⁸ DAVID, A.C., "Diligent Oversight of Legal Compliance: A Four-Step Guide", *The Corporate Governance Advisor*, nº. 5, vol. 16, 2008, pp. 22-25. “Es habitual que en la práctica, los asesores jurídicos de las empresas asuman la condición de supervisores de “compliance” sin una adecuada gestión de previa del control interno de la compañía, de tal modo que, solamente cuando el Riesgo se transforma en siniestro, es cuando la compañía toma consciencia real y efectiva de la función especializada que se requiere de modo preventivo, para que un adecuado compliance tenga virtualidad (Traducción libre Autor)

¹⁹ JAEGER, J., "The Importance of Splitting...", *op. cit.*

²⁰ "Good Compliance Cuts Legal Costs", *Information Management*, nº 1, t. 43, 2009. “Una reciente encuesta de 235 empresas de Estados Unidos por el Grupo de Cumplimiento de Políticas TI (IT PCG)

que siguen mejores prácticas, cuando se trata de cuestiones de cumplimiento, reducen las ineficiencias de los departamentos legales, de este modo se fomenta "un sistema de pesos y contrapesos"²¹ que permite alcanzar con mayor eficacia los objetivos del propio programa de cumplimiento.

La separación de funciones excluye la posibilidad del uso indebido del privilegio de abogado-cliente, por los miembros interesados en la organización, es decir, cuando confluyen las condiciones necesarias para que se produzcan conflictos de agencia, en tanto las asesorías jurídicas forman comúnmente parte del órgano de dirección, léase Secretaría del Consejo²² por ejemplo. Al mismo tiempo si la actividad de cumplimiento es también la de asesoría, toda la actividad relacionada de ésta con aquél va a estar envuelta presuntamente en el privilegio abogado-cliente, de tal modo que las autoridades no pueden acceder a dicha información²³ (por ej. en informe de actividad en materia de protección de datos cuyos procedimientos y estructuras de informe están reglados).

La actividad del responsable de Compliance, a diferencia del Asesor jurídico, presenta un perfil absolutamente diferenciado, toda vez que, en estas estructuras corporativas, su función tiene una base común, que no es otra que, el conocimiento del entorno jurídico general, empero es habitual que aquél se ocupe del ordenado registro y fehaciencia de las operaciones del órgano de administración, tanto como del consejo experto acerca del estricto cumplimiento de la legalidad vigente, asumiendo la defensa y representación de la empresa frente a ataques externos, quedando normalmente fuera de la realidad interna y ética de la compañía, y únicamente actúe sujeto a su código deontológico profesional.

La función del Responsable de compliance, se focaliza en el conocimiento del acervo empresarial (entendido este como base común de derechos y obligaciones nacidos de los principios ético-sociales y objetivos de la empresa); de las normas existentes en aplicación de dichos principios y objetivos; de las declaraciones y resoluciones adoptadas en el marco del interés social y de los actos en materia de

reveló que, siguiendo las mejores prácticas, una empresa con US \$ 25 mil millones en ingresos anuales puede esperar pasar sólo unos 500.000 dólares al año, más de una compañía de \$ 500,000,000 que demuestra las peores prácticas. Aún más interesante, mejores prácticas reducen considerablemente el costo total anual de los honorarios legales y los asentamientos" (*traducción autor*)

²¹ "Good Compliance...", *ult.op.loc.cit.*

²² No en vano la Comisión de Expertos Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo. Madrid, 14 de octubre de 2013. considera "adecuado incluir la obligación legal de evaluación anual de la actividad del consejo, dejando para el ámbito de las recomendaciones de buen gobierno la forma en la que se deba realizar.

²³ NIETO MARTÍN. A. "Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal", *Diario La Ley*, n.º 8120, Sección Doctrina, 5 Jul. 2013, Año XXXIV. "En Europa el asalto a la información en poder de las empresas se ha producido por una vía mucho más sutil, aunque también cuestionable. El TJUE en el caso AZKO al que ya se ha hecho referencia, ha negado que los abogados internos gocen del secreto profesional STJUE (Gran Sala), Akzo c. Comisión, 14-9-2010, asun. C-550/07 P. Entre los diversos comentarios a la sentencia vid. FERNÁNDEZ PÉREZ P., "¿Cómo casan las limitaciones al secreto profesional de los abogados de empresa y el cumplimiento de la normativa por parte de las empresas?: Comentario a la Sentencia del TJCE en el caso Akzo Nobel Chemicals y otros: Comisión, de 14 de septiembre de 2010 (asunto C-550/07)", *Revista General de Derecho Penal*, n.º 15, 2011; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., «El secreto profesional del abogado interno y la STJUE Akzo de 14 de septiembre de 2010», *Diario La Ley*, n.º 7685, 2011

Política empresarial, a diferencia del Asesor no tanto por su capacidad consultiva, como por su capacidad de influencia en el órgano de administración e interesados, para obtener el resultado, y mayormente caracterizado por su independencia tanto en la apariencia como en realidad.

Esta diferenciación lleva a plantear cuál debe ser la posición del compliance officer en la estructura y es una pregunta que siempre acompaña a la cuestión del papel del oficial de cumplimiento, y sobre si él o ella es un directivo con funciones operativas, libre de aplicar las ideas, o bien si cumple un papel de un auditor interno con cierta independencia de la alta dirección²⁴. Pues bien, mientras que la posición del auditor es aquella adecuada a la búsqueda de elementos que justifiquen las razones de sus decisiones²⁵ basadas en hechos objetivos, su posición claramente debe ubicarse externamente a la propia corporación, eso sí, conjuntamente con la actividad de auditoría interna que de modo dependiente, participa junto a la visión externalizada, la adecuación de los hechos objetivos justificados a los procedimientos internos. La figura del Compliance officer debe situarse principalmente dentro de la empresa, pues es quien mayormente conoce los principios y valores de la corporación como componente de la misma (aunque externamente pueda obtenerse un objetivo asimilado)

El responsable del cumplimiento debe incardinarse, en la estructura corporativa, junto al órgano de dirección, con plena actuación autónoma, y el mismo nivel que aquéllos que forman parte del control interno, con quienes se correlacionará interactivamente, pues utiliza un mismo lenguaje y mismas herramientas de gestión; y unido al hecho de que como responsable del aseguramiento de que los valores de una organización es siempre parte del proceso de pensamiento y del proceso de toma de decisiones corporativas²⁶, tendremos argumentos suficientes para justificar la citada ubicación en el cuadro corporativo.

En cualquier caso, para propiciar la comprensión y la motivación de los empleados, el plan de cumplimiento diseñado por su responsable deberá también contar con la ayuda de los gestores de todos los departamentos y niveles como sujetos de apoyo en la promoción y aplicación de la cultura empresarial²⁷, y ello porque los responsables del cumplimiento legal son los principales sujetos activos de creación y mantenimiento de ambientes organizativos tendentes a crear culturas, entornos éticos y de formación empleados y líderes éticos respetuosos de la norma²⁸.

²⁴ GODDARD, THOMAS G. "An integral approach to compliance", *Healthcare Financial Management*, t. 54, nº 8, 2000, pp. 41-47

²⁵ TAYLOR, LAURA P. *FISMA compliance handbook*, Syngress Media Incorporated, 2014

²⁶ VV.AA., "Legitimizing the legitimate: A grounded theory study of legitimacy workamong Ethics and Compliance Officers", *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, v. 123, nº 2, March 2014, pp. 186-205

²⁷ GODDARD, *An integral approach to compliance...*, *op. cit.*

²⁸ En este sentido el grupo de trabajo CHIEF ETHICS & COMPLIANCE OFFICER (CECO) DEFINITION WORKING GROUP *Leading Corporate Integrity: Defining the Role of the Chief Ethics and Compliance Officer (CECO)*, grupo que efectúa una clara y concisa definición del rol de responsable del cumplimiento y cuál deben ser sus funciones "...Business objectives; "Organizational values or standards; Priority of ethics among company leadership; Industry and regulatory environment; Organizational size; History of ethics and compliance violations; Capability of management throughout the organization to respond to ethics issues; Organizational structure; Management style of the senior

La mayoría de las empresas en las que la función Asesoría-Compliance está claramente separada, el oficial de cumplimiento tiene responsabilidades tanto de “Cumplimiento” estricto senso, como “Éticas” toda vez que para lograr los resultados deseados, tanto la ética como el cumplimiento deben ser horneados en la cultura de la organización.

Por lo tanto, aunque la atención a la cultura ética debe ser el primero de los esfuerzos empresariales (ética/cumplimiento), y todos los componentes de la organización deben demostrar periódicamente que se preocupan por la ética, los valores compartidos (incluyendo los valores son igualmente importantes como línea de fondo), deben demostrar su importancia a través de palabras y acciones coherentes, más cierto es, que el responsable de cumplimiento es quién debe velar singularmente por dicho esfuerzo.

3.2 Instrumentos de Gestión

Los sistemas para la gestión del cumplimiento (Compliance Management System-CMS) son los que nos deben permitir alcanzar de forma razonable los objetivos de cumplimiento. Existen estándares reconocidos internacionalmente ²⁹ que nos proporcionan modos de organizar de manera razonable modelos de cumplimiento; dicho estándares cobran actualmente especial relevancia, fundamentalmente como consecuencia de los recientes cambios en las legislaciones en materia de gobierno corporativo (no debemos olvidar las interacciones existentes en materia de control interno y en cualquier caso, puesto que son los administradores quienes deben velar por una adecuada gestión de la organización, y ello sin perjuicio de los problemas de agencia que puedan surgir -de ahí la importancia de la ubicación correcta del Responsable de cumplimiento dentro o fuera del cuadro de mando-, pues es a aquéllos a quienes les incumbe su implantación, y pues la ausencia de dichos planes, puede interpretarse como una evidencia de falta de diligencia y derivación de responsabilidades personales)³⁰, razón por la cual las corporaciones tienen introducido, o están en el proceso de introducción, de los sistemas para aseguraren que su propia conducta no contraviene los requisitos específicos, como las leyes, reglamentos y la aquellos reglamentos propios de la entidad (sistemas de control interno con carácter general).

Los códigos de conducta, como el conjunto de reglas sistematizadoras de la actuación ético empresarial, constituyen los marcos ético y jurídico dentro de los

team; and Informal practices and shared understandings (“the way things really work around here”) at lower levels of the organization.”

²⁹ Por ejemplo IDW AssS 980 del año 2011 *Principios para el correcto desempeño de Contratos de Aseguramiento razonables relacionados con los Sistemas de Gestión de Cumplimiento*

³⁰ CASANOVAS YSLA, A., Responsable por lo que hacen los demás. *Foment del Treball Nacional = Fomento del trabajo*, nº 2129, 2010, pp. 15-16 . La responsabilidad por hecho ajeno, ya presente en las instituciones jurídicas tradicionales, alcanza hoy en día una renovada dimensión que se relaciona estrechamente con la existencia y correcta aplicación de procesos de control interno. se aprecia una tendencia normativa a exigir de los administradores de empresas un deber de vigilancia cada vez más afinado y documentado, so pena de verse involucrados por los daños ocasionados por sus dependientes en base a la culpa in vigilando

cuales se guía cualquier tipo de actividad, Tienen la finalidad de fortalecer la conciencia de la ley y las normas morales como parte integral de las acciones empresariales, y es por ello que su existencia constituye un instrumento hábil de gestión, pues ellos son la pauta de comportamiento base de la Actividad de Compliance, sistematizada, y organizada de tal modo que se constituye en una herramienta, que diseñada y adecuadamente transmitida y comprendida por todos los operadores interesados (stakeholders), constituye una excepcional garantía positivizada de los marcos actuación que servirán de base para valoración del cumplimiento. Así, en el caso de operadores sectoriales regulados, como, por ejemplo, el sector eléctrico, - cuyo negocio se sustenta significativamente en generar confianza en la minimización del impacto medioambiental en los usuarios-, un seguimiento sistematizado de las pautas de actuación ética cobra una especial relevancia, y aquél que debe asegurar su grado de actuación puede gozar de un instrumento sistematizado excepcional que le permite mayormente cumplir los objetivos, máxime cuando incluso dichas reglas, delimitan sistemáticamente las conductas éticas en el mercado³¹

Los códigos éticos son un conjunto de reglas sistematizadas reveladoras de la cultura de la organización. El Código ético no es una mera declaración programática de buena voluntad, sino el conjunto de directrices esenciales con que se dota la organización que deberá hacer cumplir tanto a sus dependientes directos como a los terceros que se relacionan con ella ³², Son, por tanto, un instrumento adicional que permite de modo, ordenado constituir guía de evaluación del grado de adecuación de la corporación en cada momento a la cultura o bagaje que forma parte de la base de actuación del responsable de la valoración.

Los Manuales de operaciones son a diferencia de los códigos, simples instrucciones internas de actuación empresarial que permiten conocer a todos los gestores en qué modo deben ser ejecutadas las operaciones de gestión empresarial desde un punto de vista material u objetivo, permiten que los engranajes de la gestión empresarial funcionen correctamente, y como cualquier manual, será eficaz en la medida en que sirvan de herramienta de aprendizaje para los usuarios. En cualquier caso la falta de conocimiento de su existencia o la indebida formación de los usuarios, o imposibilidad de comprensión de los mismos no asegura que se producirán disfunciones corporativas, cuya valoración es crítica para el responsable del cumplimiento.³³

³¹ MASSAGUER FUENTES. J. "Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº. 2, 2011 "...en las condiciones previstas legalmente, la indicación de estar vinculado a un código de conducta hecha por un empresario o profesional inculca a sus destinatarios una expectativa fundada y legítima de cumplimiento de los compromisos asumidos cuya inobservancia defrauda en todo caso esa expectativa y determina que el entendimiento en su momento propiciado por aquella indicación no se pueda corresponder nunca con la realidad de las cosas o, lo que es lo mismo, induzca siempre y fatalmente a error (apreciado, eso sí, en una valoración necesariamente retrospectiva)"

³² CASANOVAS YSLA, A., *Legal Compliance*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2013

³³ BARRY, M., GRIMSHAW, J., "Communicating legal compliance effectively" en *Corporate Responsibility Management*, t. 2, nº 4, pp. 34-37. "El fácil acceso a las normas, políticas, procedimientos: Uno de los objetivos de los programas de cumplimiento es que los empleados se integran sin problemas en el cumplimiento de las actividades de trabajo. Eso requiere la accesibilidad adaptada a la forma de trabajar en realidad. Si los empleados no pueden acceder fácilmente a las políticas y procedimientos que rigen el cumplimiento cuando los necesitan, es decir, si el acceso a las políticas y procedimientos se

4. LA RESPONSABILIDAD

“El tono ético de las organizaciones” es un concepto que se relaciona con la cultura de una empresa y la necesidad de observar ciertos estándares éticos en el desarrollo de los negocios, lo que enlaza directamente con el cumplimiento de la legalidad (como una manifestación más de ética)³⁴. Conseguir y mantener el tono ético en la organización es siempre un objetivo recomendable. Cada vez en más países el mantenimiento de un tono ético se establece como una obligación legal, y los ordenamientos regulan de modo imperativo la forma y contenido su estándares, y ello así, porque los programas de compliance son utilizados de modo que se muestran como producto estrella, y tiene por finalidad única la generación de una cobertura o parapeto frente a eventuales responsabilidades que se deriven de faltas de previsión o atención, de hecho, en la actualidad las autoridades tratan con seria desconfianza aquéllos programas que no cumplen una serie de requisitos mínimos³⁵, lo que se traduce en una carencia de credibilidad mínima necesaria para obtener para poder ser utilizados como exonerantes totales o parciales de responsabilidad³⁶

Existen jurisdicciones donde el grado de culpabilidad civil, penal³⁷ o administrativa, aplicado a las personas jurídicas atraviesa por analizar su cultura

convierte en un paso adicional fuera de los procedimientos normales de trabajo, los empleados son menos propensos a usarlas. Fácil accesibilidad también tiene un modo de excusa para el incumplimiento.”(traducción libre Autor)

³⁴ CASANOVAS YSLA, A., "Serie de cuadernos sobre cumplimiento legal. Cuaderno 1: Conoce tu organización", en KPMG, p. 7, <http://www.kpmg.com/ES/es/servicios/Abogados/Legal/Mercantil/Paginas/Cuadernos/Cuaderno1-Conoce-tu-organizacion.aspx> (consultada por última vez 12 de septiembre 2014)

³⁵ MAGRO SERVET. V., "Hacia la necesidad de implantación del plan de prevención jurídica en las empresas (Una exigencia legal tras la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal)", *Diario La Ley*, nº 7633, Sección Doctrina, 19 Mayo 2011, Año XXXII. El Magistrado en el citado texto reflexiona acerca de ¿Cuáles serían las vías para acreditar el deber de observancia del control? lo que más nos interesa es estar en condiciones de conocer qué es lo que se va a exigir acerca del establecimiento del plan de prevención jurídica que exonere a la empresa de responsabilidad, ya que fue el tema más destacado que se puso de manifiesto por los asistentes en las primeras jornadas de formación del sector asegurador de empresa sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010, celebradas en Madrid en fecha 23 de marzo de 2011, organizadas por la Fundación Mapfre y Agers. Y es lógico que así sea, ya que si bien queda clara la necesidad de implantar el sistema de *compliance programs* (programas de cumplimiento normativo), también lo es la pregunta dirigida a quién será quien valide el grado de suficiencia de este programa de prevención, porque la principal conclusión de este sistema es que el Estado le ha obligado al sector empresarial a implantar el programa de prevención, pero, sin embargo, no le ha dicho a este sector cómo debe hacerlo.

³⁶ VEDIA JEREZ, H. *Competition Law Enforcement & Compliance across the World: Systems, Institutions and Proceedings*. MARCOS FERNÁNDEZ, F., ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. (dirs.), Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Privado, Getafe, mayo 2014, p. 312. Señala con relación a las autoridades de competencia "As a consequence, this position of competition authorities has reduced the incentives of most undertakings to create effective antitrust compliance programs. Despite the preceding, if competition authorities would unquestionably grant credit to undertakings just for having established antitrust compliance programs without having considered if these are real and creditworthy, then the possibility of undertakings creating sham antitrust compliance programs with the sole purpose of receiving certain indulgence from the competition authorities"

³⁷ Como acertadamente señala MAGRO SERVET. V. *Op. Cit.* Además de la responsabilidad penal a la empresa le generarán estos hechos responsabilidad civil directa En efecto, la responsabilidad civil de la persona jurídica será ahora directa no subsidiaria. Si bien antes, en el art. 120 CP se trataba de la responsabilidad subsidiaria, en el art. 116.3 CP se deriva la responsabilidad civil directa. Además, lo será

organizativa, es más la responsabilidad criminal de la empresa sólo puede nacer cuando se constata la falta de cultura en su comportamiento ético y dentro de la legalidad³⁸. En nuestro cuerpo legal la elaboración y el cumplimiento de las normas de autorregulación de las empresas o compliance guide, solo son relevantes en la medida en que traducen en conductas, de hecho ni su formalización, ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal a las corporaciones³⁹.

La obligación de velar por el cumplimiento de la norma en el seno de la persona jurídica, no resulta en nuestro Derecho tan inédita como se pretende, existen en nuestro ordenamiento jurídico algunas normas en las que el legislador obliga a las entidades a adoptar determinadas medidas para prevenir conductas arriesgadas, irregulares o ilícitas en su seno⁴⁰.

Un adecuado cumplimiento normativo, previene y mitiga la responsabilidad civil y penal de la Empresa y la previene las responsabilidades en que puede incurrir, también así lo hace de las consecuencias de su ausencia, y por tanto de la costosa reparación del daño y el no menos costoso procedimiento sancionatorio⁴¹, generador de la pérdida de activos, detonante de la insolvencia empresarial.

5. CONCLUSIONES

La mayoría de los ordenamientos han establecido una importante batería de incentivos destinados no sólo a que las empresas establezcan programas de cumplimiento, y nuestro ordenamiento no presenta caracteres diferenciados, yendo más allá, es decir, limitando la capacidad de autorregulación de las corporaciones para determinar sus mecanismos de control interno fijando como deben transmitirse y homogeneizarse la

solidaria con las personas físicas que resulten condenadas por los mismos hechos. Desaparece el criterio de subsidiariedad, en aquella responsabilidad civil patrimonial que correspondía a las personas jurídicas por los hechos de las personas físicas y que se contenían en el art. 120 CP concretado en las personas jurídicas en sus números tres y cuatro.

³⁹ Circular 1/2011, Fiscalía General del Estado relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010

⁴⁰ Sirvan de ejemplo el Real Decreto 1/2010 de 2 de julio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la Ley 54/2003 de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales y las legislaciones y compilaciones sectoriales, que imponen determinadas pautas de actuación relacionadas con determinada actividad, la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo o El Código Unificado de Buen Gobierno. En el este sentido FEIJOO SÁNCHEZ. B., *Recensión a Osvaldo Artaza Varela, La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2013, “la mera referencia a la gestión eficaz de riesgos empresariales y la auto-organización empresarial son insuficientes para poder hablar con propiedad de una verdadera culpabilidad de la empresa por delitos cometidos en el marco de su actividad Corporativo de las Sociedades Cotizadas, en el que la Recomendación 45 sobre supervisión de códigos internos de conducta y reglas de gobierno y la 49 sobre política de control y gestión de riesgos, establecen importantes pautas en ese sentido. La Ley orgánica sobre protección de datos de carácter personal Ley del Mercado de valores, ley de competencia desleal, Ley Competencia desleal etc

⁴¹ ARTZA VALERA, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal: Fundamentos y Límites*, Marcial Pons, 2013, pp. 45-74 La responsabilidad penal de las personas jurídicas atiende, entre otras razones, a reducir los costes en la adquisición de información. El castigo de la persona jurídica persigue motivarlas para que adopten programas de cumplimiento

información necesaria para el correcto funcionamiento de control interno⁴² y por ende la actividad de legal compliance, proponiendo esquemas que engloben los elementos estructurales del mismo a fin de que puedan ser utilizados como elemento exculpatorio o determinante del grado de responsabilidad (a modo de calificación de la sanción como grave o menos grave, o a la hora de determinar la imputabilidad o no de por los hechos delictivos de las corporaciones, y como no las responsabilidades privadas que se deriven directa o indirectamente, de la inexistencia, o su caso de los requerimientos mínimos de efectividad y coherencia de la actividad, en virtud ora de las relaciones institucionales de la empresa con terceros, tanto como de las relaciones contractuales o problemas de agencia que se generan entre los operadores internos y externos y en general a los grupos interesados. De hecho dicha preocupación por el legislador se manifiesta expresamente en el Artículo 286-5. Anteproyecto De Ley Del Código Mercantil “el informe de gobierno corporativo deberá ofrecer una explicación detallada... Sistemas de Control de Riesgo... Grado de Seguimiento. de las recomendaciones de gobierno corporativo⁴³” donde implícitamente se concluye que sin un efectivo legal compliance en su interacción con la gestión del riesgo y gobierno corporativo no es posible la consecución de los objetivos de la organización, a saber maximización eficiente del beneficio y minimización del riesgo de pérdida de activos, y solamente aplicando técnicas y metodologías de legal compliance se puede proporcionar una valoración o aproximación válida del grado de aplicación del conjunto ético normativo de la empresa. Si bien, es esperable que las modificaciones finales del anteproyecto, incluyan en el texto definitivo, no solamente referencias al control interno, sino tal, y como hace el legislador al referirse en la Ley de Mercado de valores, cuando regula las instituciones de inversión, al establecimiento en las empresas de unidades que garanticen el desarrollo de la función de cumplimiento normativo.

En definitiva el legislador se hace partícipe de que un adecuado control del cumplimiento normativo minimiza el “Riesgo de incumplimiento” abarata costes internos y externos, previene y mitiga la responsabilidad de la Empresa mejora la confianza a incrementa la captación de recursos externos (inversión)⁴⁴ de este modo las

⁴² Directiva 2014/95/UE del parlamento europeo y del consejo de 22 de octubre de 2014

⁴³ ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL, C.M. 30/05/2014, Artículo 286-5. Contenido del informe de gobierno corporativo.... g) Grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo, o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones. ..h) Una descripción de las principales características de los sistemas internos de control y gestión de riesgos en relación con el proceso de emisión de la información financiera....2. Sin perjuicio de las sanciones que proceda imponer por la falta de remisión de la documentación o del informe de gobierno corporativo, o la existencia de omisiones o datos engañosos o erróneos, corresponde al organismo de supervisión del mercado de valores el seguimiento de las reglas de gobierno corporativo, a cuyo efecto podrá recabar cuanta información precise al respecto, así como hacer pública la información que considere relevante sobre su grado efectivo de cumplimiento.

⁴⁴ De hecho, la LMV en su Artículo 70 ter, redactado por el apartado once de la disposición final primera de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito («B.O.E.» 27 junio). Vigencia: 28 junio 2014 establece a la hora de regular las empresas de servicios de inversión que éstas “*ejercerán su actividad con respeto a las normas de gobierno corporativo y los requisitos de organización interna establecidos....deberán definir y aplicar políticas y procedimientos adecuados para garantizar que la empresa, sus directivos, su personal y sus agentes cumplan las obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.A tal efecto deberán:contar con sólidos procedimientos de gobierno corporativo, incluida una estructura organizativa clara,*

metodologías de legal compliance contribuyen al crecimiento económico de las empresas, haciendo el mercado más eficiente y transparente.

adecuada y proporcionada conforme al carácter, escala y complejidad de sus actividades y con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y.....Disponer de una unidad que garantice el desarrollo de la función de cumplimiento normativo bajo el principio de independencia con respecto a aquellas áreas o unidades que desarrollen las actividades de prestación de servicios de inversión sobre las que gire el ejercicio de aquella función. Deberá asegurarse la existencia de procedimientos y controles para garantizar que el personal cumple las decisiones adoptadas y las funciones encomendadas.La función de cumplimiento normativo deberá controlar y evaluar regularmente la adecuación y eficacia de los procedimientos establecidos para la detección de riesgos, y las medidas adoptadas para hacer frente a posibles deficiencias así como asistir y asesorar a las personas competentes responsables de la realización de los servicios de inversión para el cumplimiento de las funciones.”

LA SOCIEDAD IRREGULAR (SOCIEDAD MERCANTIL NO INSCRITA) EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL: ALGUNOS ASPECTOS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA *

Resumen

La doctrina española había concluido que la sociedad con objeto mercantil que actúa en el tráfico sin voluntad alguna de inscribirse en el Registro Mercantil debía ser tratada como sociedad colectiva. En el Anteproyecto de Código Mercantil se despejan ciertas dudas sobre el concepto y régimen de la irregular, si bien también se crean problemas nuevos. Se considera irregular a la sociedad con objeto mercantil que actúa como tal sociedad antes de la escritura, o que no inscribe la escritura de constitución en un plazo de tres meses desde su otorgamiento; se le aplica, en general, el régimen de sociedad colectiva; y los socios responden de las deudas sociales personal, solidaria e ilimitadamente, en algunos casos con derecho a la previa excusión del patrimonio social.

Contenido

1. Estado de la cuestión en materia de «sociedad irregular». – 1.1. Introducción: la sociedad irregular como una forma más de ejercer la actividad empresarial. – 1.2. Concepto de sociedad irregular. – 1.3. Régimen jurídico de la sociedad irregular. – 1.4. La sociedad irregular en la legislación mercantil actual. – 2. La «sociedad mercantil no inscrita» en el Anteproyecto de Código Mercantil. – 2.1. La «sociedad mercantil». – 2.2. La «constitución» de la sociedad mercantil. – 2.3. La «sociedad mercantil no inscrita»: delimitación del supuesto. Efectos de la «inscripción posterior» de la sociedad mercantil no inscrita. – 2.4. La «sociedad mercantil no inscrita»: responsabilidad, personalidad jurídica, otros aspectos de su régimen. – 3. Conclusiones.

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN MATERIA DE «SOCIEDAD IRREGULAR»

1.1. Introducción: la sociedad irregular como una forma más de ejercer la actividad empresarial

Pese al estigma que ya supone su denominación, la «sociedad irregular» es una realidad entre las formas empresariales de nuestro país. Muchas personas se asocian y «constituyen» «sociedades irregulares», para las que obtienen un CIF provisional en

* Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Navarra.

Hacienda (que les hace rellenar un documento que, normalmente, se denomina de «constitución de sociedad irregular»), con el que abren sus cuentas corrientes bancarias y que hacen aparecer en sus facturas. Giran en el tráfico, precisamente, como «sociedades irregulares», sin ningún problema, y pueden llevar su contabilidad de forma tan ordenada como cualquier otra empresa. Las razones de operar así son muchas; en buena medida, fiscales (Hacienda todavía no ha dado el paso de considerarles persona jurídica sometida al impuesto de sociedades, de forma que no tributan por el mismo¹), y también de simple gestión y de ahorro de los costes económicos de la constitución regular (escritura pública, pago de impuesto de constitución, pago de la inscripción registral), que se considera que son excesivos para los beneficios que reporta la «regularidad». Lógicamente, cuando las cosas «van mal» es cuando aparecen los problemas, pues no existe una regulación legal segura que permita solventar tales cuestiones con seguridad. Por lo tanto, lo lógico es regular la «sociedad irregular»; sin incentivarla, sin considerarla -posiblemente- un modelo a seguir, pero también dando seguridad a las partes y a terceros y haciendo que la irregularidad no pueda beneficiar a los socios en perjuicio de sus legítimos acreedores.

La cuestión técnica del concepto y régimen de la «sociedad irregular» es una de las más controvertidas en materia de teoría general de sociedades, y en ella se entrecruzan problemas derivados de los requisitos de mercantilidad de la sociedad y de constitución de las sociedades mercantiles, y de la eficacia de la publicidad registral. La doctrina más comúnmente aceptada puede centrarse en las siguientes afirmaciones.

1.2. Concepto de sociedad irregular.

En primer lugar, la categoría «sociedad irregular» sólo puede referirse a sociedades que desarrollen un objeto mercantil. Si desarrollan un objeto civil son sociedades civiles, y para éstas no existe la «irregularidad». Esto es así porque el Código civil no exige a la sociedad civil ningún requisito específico de publicidad, bastando el mero contrato entre las partes para el nacimiento de la sociedad. Incluso respecto de las sociedades civiles en las que se aporten inmuebles o derechos reales, para las que el art. 1667 Cc exige el otorgamiento de escritura pública, se entiende que la falta de escritura no supondría irregularidad ni nulidad de la sociedad, sino simplemente ineficacia de la transmisión de la titularidad e inoponibilidad a terceros de esa «no - aportación». Cuestión distinta es que si la sociedad no actúa como tal frente a terceros, y mantiene ocultos sus pactos, sería una simple «sociedad interna» (no se exterioriza frente a terceros) que, conforme al art. 1669 Cc, carece de personalidad jurídica y se rige por las normas de la comunidad de bienes. No por ello, según la doctrina más consolidada, deja de ser sociedad civil. Por último, si una sociedad con objeto civil adopta una forma mercantil, sería mercantil

¹No han faltado voces en la doctrina fiscalista que han defendido ese sometimiento a imposición como una sociedad mercantil más, pero no han prosperado. Vid. por todos el tratamiento de BLÁZQUEZ LIDOY, A., «Cuestiones tributarias. Sociedades irregulares y su régimen jurídico tributario: ¿pueden considerarse personas jurídicas a efectos tributarios tras la reforma mercantil de 1989?», *Impuestos*, ref. D-17, tomo I, 1998.

si la forma adoptada es de sociedad de capital, pues así lo ordena el art. 3 LSC; y si adopta forma de sociedad colectiva o comanditaria simple, se entiende que si bien se rige en ciertos aspectos por las reglas de la colectiva o comanditaria (así lo exige el art. 1670 Cc), sigue siendo un no-comerciante y no tiene obligación de inscribirse para nacer como tal sociedad².

En segundo lugar, la sociedad irregular actúa en el tráfico como tal entidad, como si fuese (porque lo es) independiente de sus socios, contratando en nombre propio. La «sociedad interna», a la que se ha hecho referencia, se considera sociedad por la mayoría de los autores, pero tiene un régimen especial condicionado por el mandato expreso del art. 1669 Cc³. Frente a la sociedad interna, la irregular es una sociedad, en palabras de GIRÓN, publicada de hecho -actúa en el tráfico como sociedad-, pero sin publicidad de derecho -no está inscrita como tal-.

En tercer lugar, la sociedad irregular es la que actúa sin estar inscrita en el Registro Mercantil, y sin voluntad de realizar tal inscripción. En principio debería inscribirse, pues al tener objeto mercantil y ser sociedad externa los arts. 116 y ss. Cco le exigen el otorgamiento de escritura y la inscripción registral. Sin embargo, no se inscribe porque los socios consideran que no les merece la pena hacerlo (entre otras, puede ser por alguna de las razones antes apuntadas). Si la sociedad tiene la intención de inscribirse, y actúa en el ínterin entre constituirse e inscribirse, la situación es peculiar y ofrece muchos matices, pues puede tratarse de una «sociedad en formación» (que acaba inscribiéndose en plazo, y tiene un régimen específico, como luego se verá), o de una «sociedad irregular» (que no se inscribe en plazo, de forma que esa «supuesta voluntad de inscribirse» se ha mostrado muy poco firme). Normalmente, de una sociedad que

² Para todas estas cuestiones me remito al amplio tratamiento que realicé en trabajos anteriores, *La sociedad irregular*, Aranzadi, Pamplona, 1995, y *El concurso de la sociedad irregular*, La Ley, Madrid, 2005. La doctrina que sigo se defiende y recoge, fundamentalmente, en GIRÓN, J., «Las sociedades irregulares», *ADC*, octubre-diciembre 1951, pp. 1291-1347, y en *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976, pp. 230 y ss.; CAPILLA RONCERO, F., *Comentario a los artículos 1665 a 1708 del Código civil*, en VV.AA., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO (dir.), t. XXI, v. 1, Edersa, Madrid, 1986, pp. 31-37; GARCÍA VILLAVERDE, R., «Sociedades irregulares», *CDC*, nº 11, septiembre 1993, p. 16; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., *Comentario a los artículos 1665 a 1708 del Código Civil*, en *Comentarios del Código civil*, PAZ-DÍEZ PICAZO-BERCOVITZ (coords.), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, vol. II, págs. 1339 y ss., y *Voz «Sociedad mercantil»*, en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, v. IV, p. 6341.

Pese a esto, en la jurisprudencia todavía se utiliza a menudo la expresión «sociedad civil irregular», bien para referirse a la sociedad civil en la que se han aportado inmuebles sin escritura (SSTS 7 marzo 2006 -RJ 2006, 5217-, 9 febrero 2007 -RJ 2007, 941-, o 11 marzo 2008 -RJ 2008, 4348-), bien para referirse a la sociedad interna (SSTS 21 octubre 2005 -RJ 2005, 7707-, 14 julio 2006 -RJ 2006, 4716-, o 19 noviembre 2008 -RJ 2009, 411-).

³ Respecto de la sociedad interna *vid.* CAPILLA RONCERO, *Comentario ...*, *op. cit.*, pp. 50 y ss., para quien lo fundamental para que la sociedad no sea interna es que en el tráfico la sociedad se manifieste como tal, y los socios contraten en nombre de la sociedad; y PAZ-ARES, C., *Voz Sociedad interna*, en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, v. IV, pp. 6331 y ss., quien sin embargo considera que lo principal no es no actuar en el tráfico como sociedad, sino contener una cláusula contractual «en virtud de la cual se acuerda que los pactos sociales carecen de trascendencia frente a terceros o, mejor dicho, que los pactos sociales no modifican la posición de los socios frente a terceros».

Las «cuentas en participación», de seguir la doctrina que las considera como una sociedad, serían una sociedad interna, pero no una sociedad irregular, pues no actúan como tal sociedad.

actúa en el tráfico sin inscribirse se comprobará que no tiene voluntad alguna de hacerlo (esto es, que no está en el «proceso de constitución regular») cuando lleve un tiempo prudencial sin siquiera otorgar escritura o, aun habiéndola otorgado, sin solicitar su inscripción.

En esta materia se plantea una de las cuestiones más polémicas, la relativa a la importancia del otorgamiento de escritura pública. La cuestión es si tal otorgamiento es requisito para que exista sociedad irregular (la irregular sería una sociedad escritura pero no inscrita), o si no. Ciertamente la escritura pública tiene gran importancia, porque supone la constatación de la voluntad de los socios, averada por un fedatario público, y un cierto control de la legalidad de los pactos societarios. Pero aparte de esto, la cuestión consiste en si tal escritura es requisito de la sociedad irregular. En general, la doctrina considera que la sociedad irregular no exige el otorgamiento de escritura⁴; pero existen mayores discrepancias en cuanto a si la «sociedad devenida irregular» del art. 39 LSC sí exige tal otorgamiento. Sobre estas cuestiones se volverá más adelante, sub 1.4 y 2.3.

1.3. Régimen jurídico de la sociedad irregular

Delimitado el concepto de sociedad irregular, lo relevante es aparejarle un régimen jurídico que se adecue a lo querido por las partes, pero sin beneficiarla con las consecuencias que tiene la publicidad legal. Los preceptos que el Código de comercio dedica a esta cuestión, sin embargo, son tan poco claros que una interpretación muy ceñida a su literalidad, y que fue la predominante a mediados del siglo XX en nuestra doctrina, resultaba bastante poco útil. Conforme a la misma: a) el pacto de constitución de la sociedad obliga a los socios internamente, según se deduciría de los arts. 24 y 117 Cco; b) sin embargo, la sociedad no adquiere personalidad jurídica hasta la inscripción, conforme a la literalidad del art. 116.2 Cco *a contrario*; c) los contratos celebrados en nombre de esa «sociedad» no inscrita serán inválidos, a tenor del art. 118 Cco *a contrario*; y d) de los contratos celebrados responden los gestores, conforme al art. 120 Cco⁵. Con esta interpretación, obviamente, se «beneficiaba» a la sociedad irregular, haciendo que su patrimonio no respondiera de los negocios celebrados en su interés (y de los que, posiblemente, había obtenido el correspondiente beneficio), y fiando la garantía del tercero a la solvencia de los «gestores» (bastaría con colocar a gestores testaferros insolventes para lograr una absoluta impunidad en la actuación).

Frente a esta postura, fundamentalmente a partir de las aportaciones de GIRÓN y, posteriormente, de PAZ-ARES, el régimen de la irregular se caracterizó de forma bien distinta con dos notas: los socios no podrán oponer a terceros de buena fe los pactos sociales no inscritos, precisamente por tal falta de inscripción; y tampoco podrán

⁴ Vid. la bibliografía citada en la nota 15 de mi trabajo *El concurso ...*, *op. cit.*, p. 20.

⁵ Una exposición detallada de los autores que apoyan cada una de las afirmaciones en VALPUESTA, *La sociedad ...*, *op. cit.*, pp. 70 y 71. Con carácter general *vid.* ÁLVAREZ DEL MANZANO, F., BONILLA, A. y MIÑANA, E., *Tratado de Derecho Mercantil Español*, Madrid, 1915, vol. I, p. 427; GARRIGUES, J., «Teoría general de las sociedades mercantiles», *RDM*, nº 132-133, 1974, pp. 233-234.

lograr, si es que la pretendían, una limitación de responsabilidad (total o parcial), porque no se ha cumplido el control registral que sí permite esa limitación en las sociedades comanditarias, anónimas o de responsabilidad limitada (y pese a que este control no garantice un patrimonio de responsabilidad adecuado). De acuerdo con esto, la sociedad irregular será tratada como una sociedad colectiva no inscrita (como una colectiva irregular)⁶. La sociedad colectiva se muestra, así, como la forma básica de sociedad mercantil.

Ahora bien, la doctrina discrepa acerca de si esta consideración como colectiva lo es a todos los efectos (aspectos internos y externos), o sólo en las relaciones con los terceros. Para quienes defendemos la primera postura, los aspectos internos y externos del régimen legal de la sociedad colectiva son interdependientes y lógicos entre sí (no organicismo de terceros, intransmisibilidad de la condición de socio, etc.)⁷. En cambio, quienes defienden la segunda postura afirman que sólo el régimen frente a terceros (representación y responsabilidad) es imperativo, mientras que las relaciones internas quedan a la voluntad de las partes⁸.

En general la doctrina considera que a la responsabilidad como sociedad colectiva se añade otra consecuencia: la responsabilidad de los gestores *ex art. 120 Cco*⁹. A mi juicio no procede aplicar este precepto, que claramente está pensando en la

⁶ Como colectiva, porque no limita la responsabilidad al patrimonio social; y como colectiva no inscrita, en la medida en que no podrá oponer a terceros de buena los pactos sociales no inscritos (y, por lo tanto, no oponibles, arts. 21 Cco y 9 RRM). Con matices en cada autor, esta postura es la hoy preponderante. La formuló inicialmente GIRÓN, «Las sociedades ...», *op. cit.*, y más tarde en *Derecho de sociedades ... op. cit.*, pp. 226 y ss. Posteriormente la recogió y desarrolló con otros matices PAZ-ARES, «Comentario ...», *op. cit.*, pp. 1344 y ss., y «Sociedad irregular ...», *op. cit.*, pp. 6338-6339.

⁷ No por ello niego que los pactos entre socios relativos a la gestión interna, reparto de los beneficios, etc. prevalezcan sobre el régimen legal. Lo pactado por los socios debe prevalecer sobre el régimen legal, en lo que éste tenga de dispositivo. Pero no cabe entender, por ejemplo, que por haber «constituido» una sociedad anónima, que luego no se inscribe, se apliquen todas las normas internas de la sociedad anónima a esa sociedad irregular. Remito a VALPUESTA, *La sociedad ...», op. cit.*, pp. 163-170.

⁸ Como autores que defendemos la aplicación del régimen en bloque cabe citar, entre otros, a JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., «La sociedad anónima en formación y la sociedad irregular», en VV.AA., *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio-Civitas, Madrid, 1991, p. 683, nota 84; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Sociedad anónima e inscripción en el Registro Mercantil», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXX, v. 1, 1991, p. 48; GARCÍA VILLAVARDE, «Sociedades irregulares ...», *op. cit.*, p. 43; MORILLAS JARILLO, M.J., *La sociedad irregular*, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, vol. II, 1995, p. 2530; VALPUESTA, *La sociedad ... op. cit.*, pp. 161 y ss. y *El concurso ... op. cit.*, pp. 60-61; SÁEZ LACAVE, M. I., *La sociedad mercantil en formación*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 440 y ss.; HERRERO SUÁREZ, C., «Comentario a la Sentencia de 7 marzo 2012», *CCJC*, n° 90, 2012, p. 234.

Defienden, en cambio, la aplicación sólo de las reglas de relaciones externas, entre otros, GARCÍA-CRUCES, J.A., «Irregularidad societaria y derecho de las sociedades de capital (Notas sobre el artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas)», *RDP*, septiembre 1996, p. 670; GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J., *La Sociedad de Responsabilidad Limitada antes de la inscripción en el Registro Mercantil: la sociedad en formación y la sociedad irregular*, en VV.AA., *La sociedad de responsabilidad limitada*, GARRIDO DE PALMA (dir.), Trivium, Madrid, t. I, 1996, p. 288; PINO ABAD, M., *La sociedad de capital no inscrita. La sociedad en formación y la sociedad irregular*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 257; FARIAS BATLLE, *La irregularidad de la sociedad de capital. Aspectos societarios y registrales*, Comares, Granada, 2001, pp. 41 y 60 y ss.

⁹ *Vid.*, entre otros, GIRÓN, «Las sociedades ...», *op. cit.*, p. 1341, y *Derecho de sociedades ...», op. cit.*, pp. 254-255; PAZ-ARES, «Comentario ...», *op. cit.*, pp. 1343 y ss. y «Sociedad irregular ...», *op. cit.*, p. 6338;

situación de la sociedad en situación provisional de no inscripción, pero que finalmente acaba inscribiéndose. Sería, este precepto, el paralelo al art. 36 LSC, pero en sede de teoría general de sociedades. No tiene sentido que si ya existen unos responsables directos (la sociedad y, subsidiariamente, los socios), se añada además otra responsabilidad que piensa en un supuesto distinto. La cuestión, de todas formas, puede ser irrelevante, pues normalmente el gestor es socio, y responde por ello como tal.

Por último, otra cuestión problemática es la de la personalidad jurídica de la sociedad irregular. La doctrina española, inicialmente, negaba tal personalidad a la irregular, con base en la dicción del art. 116.2 Cco *a contrario*. Posteriormente, la doctrina mayoritaria ha ido contemplando la personalidad jurídica como un concepto instrumental y técnico, como un mecanismo de imputación de derechos y obligaciones, y ha defendido que la sociedad irregular posee tal personalidad desde el momento mismo en que, habiendo existido pacto entre los socios, actúa externamente como tal sociedad frente a terceros; esto es, desde que se manifiesta como «sociedad (externa)» (la «sociedad interna» carecería de esa personalidad, art. 1669 Cc). Ahora bien, la personalidad jurídica sería un concepto que admitiría graduaciones en la «independización» de los socios respecto de la persona jurídica, y por eso se habla de distintas formas o de distintos grados de personificación o de incomunicación. En cualquier caso, la sociedad irregular tendría personalidad jurídica, patrimonio propio e independiente de los socios, y respondería personalmente de las obligaciones asumidas por sus representantes en su nombre¹⁰.

1.4. La sociedad irregular en la legislación mercantil actual

La construcción teórica del concepto y régimen de la sociedad irregular se realizó con base en la interpretación de los arts. 116 a 120 Cco. Como queda dicho, de la insatisfactoria interpretación literal común a mediados del siglo pasado se derivó a la interpretación lógica y finalista de tratamiento como sociedad colectiva no inscrita. La

PANTALEÓN, F., «Asociación y sociedad (a propósito de una errata del Código civil)», *ADC*, enero-marzo 1993, p. 50.

En contra VICENT CHULIÁ, F., «La sociedad en constitución», en *VVAA, Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978., p. 865, para quien (y estoy de acuerdo con esto) el art. 120 Cco se refiere a la sociedad en constitución, y no a la irregular.

¹⁰ Como muestra de los autores que admiten la personalidad jurídica de la irregular, con diferentes matices, podemos citar, entre otros, a PAZ-ARES, «Comentario ...», *op. cit.*, pp. 1357 y ss., y «Sociedad interna ...», *op. cit.*, pp. 6331 y ss.; PANTALEÓN, «Asociación ...», *op. cit.*, p. 35; CABANAS TREJO, R. – BONARDELL LENZANO, R., *Sociedad irregular y sociedad en formación. Una aproximación a su régimen jurídico*, Praxis, Barcelona, 1997, pp. 79-82; FARIAS BATLLE, *La irregularidad ...*, *op. cit.*, p. 78; SÁEZ LACAVE, *La sociedad ...*, *op. cit.*, p. 425; EIZAGUIRRE, J.M., «La subjetivación de las sociedades de personas», en *VVAA, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, McGrawHill, Madrid, 2002, vol. I, p. 136.

En la jurisprudencia existen criterios contradictorios. Por ejemplo, la STS 19 diciembre 2006 (RJ 2007, 382) consideró que una sociedad que giraba como S.L. pero no había otorgado escritura de constitución no tenía personalidad jurídica, aunque respondía frente a terceros como sociedad colectiva. En cambio, la STS 24 noviembre 2010 (RJ 2011, 580) estimó respecto de una S.L. que había contratado antes de otorgar escritura (y que luego, efectivamente, se inscribió) que «del contrato, incluso aformal, cabe derivar cierto grado de personalidad», de forma que ese contrato que se celebró era luego exigible (en este caso, por la sociedad, y frente a los otros contratantes).

«teoría general» de las sociedades mercantiles, recogida en los arts. 116 a 124 Cco, resultaba muy poco precisa en aspectos tan relevantes como cuál era el momento de «constitución» de la sociedad o el de adquisición de la personalidad jurídica, la relevancia de los requisitos constitutivos (escritura pública e inscripción), e incluso la propia «mercantilidad» de la sociedad (el art. 116.1 Cco parecía defender más la mercantilidad por la forma, por constituirse siguiendo alguna de las formas mercantiles, que por el objeto). Por eso la moderna construcción de esa teoría general ha correspondido a la doctrina, con muy escasos, y poco seguros, apoyos legales.

Cuando ya se había generalizado en la doctrina la asunción de los conceptos y régimen «modernos» de la sociedad irregular, ocurrió que el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas de 1989 introdujo un precepto novedoso en materia de «sociedad irregular», el art. 16. Esta inclusión tuvo de bueno que revitalizó toda la doctrina existente sobre la sociedad irregular, pero también produjo un efecto negativo: no quedaba claro si era el régimen únicamente de la sociedad (supuestamente) anónima no inscrita, o si constituía un régimen aplicable por analogía a toda sociedad irregular. Se produjo entonces el «pie forzado» de cómo construir una teoría general a partir de un precepto situado en el régimen de una forma societaria específica. El art. 16 LSA recogía, ciertamente, el tratamiento de la sociedad (anónima) irregular como colectiva, pero añadía otras varias piezas (derecho a disolver la sociedad «una vez constatada la falta de voluntad de inscripción», tratamiento como colectiva o como sociedad civil, etc.) que no estaba claro cómo coordinar con la teoría general. Además, en la Ley se regulaba también el régimen de la «sociedad en formación» en el art. 15, y aparentemente podía interpretarse (y de hecho, se interpretó por muchos) que la sociedad irregular del art. 16 LSA era una sociedad en formación devenida irregular, lo cual añadía nuevos problemas y matices a la interpretación de los preceptos. Posteriormente, la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995 se remitió en esta materia también a la LSA. Y finalmente, el texto refundido de Ley de sociedades de capital realizó pequeñas reformas de matiz en la redacción de los preceptos, que a mi parecer intentaban reforzar la idea de que la «sociedad de capital irregular» era una «sociedad en formación» (de los arts. 36 a 38 LSC) devenida irregular (arts. 39 y 40 LSC)¹¹.

Del régimen literal de la «sociedad devenida irregular» de los arts. 39 y 40 LSC cabe destacar dos aspectos. En primer lugar, el art. 39.1 LSC aplicaba las normas de la sociedad colectiva o de la civil a la sociedad en formación que hubiera iniciado sus operaciones, una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad. De acuerdo con esta literalidad (que no estaba tan remarcada en el art. 16 LSA, que no hablaba nunca de «sociedad devenida irregular») algunos autores tienen ocasión de defender que la sociedad irregular del art. 39 LSC es una sociedad «en formación» respecto de la que se

¹¹ Acerca de los cambios introducidos en la redacción de los preceptos en la Ley de sociedades de capital, *vid.* mi trabajo «La “sociedad anónima irregular” (“sociedad devenida irregular”) en la Ley de Sociedades de Capital», en VVAA, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 839-856.

ha constatado la voluntad de no inscribir¹². Frente a esta postura, otros autores sostenemos que la sociedad irregular del art. 39 LSC no es una sociedad «en formación devenida irregular», sino una sociedad irregular desde su constitución por el acuerdo de voluntades de los socios, de forma que no hay que aplicarle ni los requisitos conceptuales de la sociedad en formación, ni un doble régimen de «sociedad en formación» y, posteriormente, «sociedad devenida irregular»¹³.

En segundo lugar, conforme al art. 40 LSC en esa sociedad devenida irregular cualquier socio podía instar la disolución de la sociedad, satisfaciéndosele su cuota de liquidación, si fuera posible, con la restitución de sus aportaciones. El problema de esta «pieza» de la regulación era su justificación, pero también su posible extrapolación al régimen general de la irregularidad.

2. LA «SOCIEDAD MERCANTIL NO INSCRITA» EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

2.1. La «sociedad mercantil»

El Anteproyecto de Código Mercantil presentado por el Ministerio de Justicia en mayo de 2014 supone un cambio muy relevante en toda esta materia, sobre todo porque realiza una construcción más lógica, completa y acabada (otra cosa es que se compartan todos o algunos aspectos de la misma) de los trámites constitutivos de la sociedad mercantil. Frente a los arts. 116 a 124 Cco, que carecían de sistemática y resultaban poco claros, ahora en el Libro Segundo del Anteproyecto, titulado «De las sociedades mercantiles», se incluye un Título I bajo la denominación «De las normas generales de las sociedades mercantiles» que supone esa teoría general. En general, todo este régimen supone una «generalización» de las reglas que se recogían hasta ahora en la Ley de sociedades de capital (denominación, nacionalidad, domicilio, forma de

¹². Esto supone: a) aplicar el concepto de «sociedad en formación» del art. 36 LSC (respecto de la cual muchos afirman que es requisito la existencia de escritura de constitución); y b) que la sociedad en formación devenida irregular se tratará con el régimen de los arts. 36 y 37 en cuanto a los actos celebrados antes de devenir irregular, y con el régimen de la sociedad colectiva o civil para los actos celebrados después de devenir irregular.

En este sentido, defienden que para la disolución de la sociedad se aplicarán las reglas de disolución de la sociedad anónima (si bien no ligándola en todos los casos al mantenimiento de la postura interpretativa que se refiere), entre otros, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «Sociedad anónima ...», *op. cit.*, pp. 43-44; BELTRÁN, E., *La disolución de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1991, p. 151; GARCÍA-CRUCES, «Irregularidad societaria ...», *op. cit.*, p. 676; GARDEAZÁBAL, «La sociedad ...», *op. cit.*, p. 299; TAPIA HERMIDA, A., *La sociedad anónima falta de inscripción registral*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio-Civitas, Madrid, 1996, p. 119; SÁEZ LACAVE, *La sociedad ...*, *op. cit.*, pp. 288 y ss., y «Comentarios a los artículos 39 y 40», en *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, ROJO-BELTRÁN (drs.), Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2011, pp. 455 y ss.

¹³. En este sentido, entre otros, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «La sociedad ...», *op. cit.*, p. 682, nota 81; GARCÍA VILLAVARDE, «Sociedades irregulares ...», *op. cit.*, p. 47; VALPUESTA, *La sociedad ...*, *op. cit.*, pp. 149-151, y *El concurso ...*, *op. cit.*, p. 56; CABANAS TREJO - BONARDELL LENZANO, *Sociedad irregular ...*, *op. cit.*, p. 143.

adopción de acuerdos, pactos parasociales, etc.), en la medida en que son reglas organizativas generales, no determinadas por la concreta forma social que se adopte.

En esta teoría general resulta importante, para nuestro tema, determinar cuándo existe «sociedad mercantil» o, dicho de otro modo, cuándo una sociedad es civil o es mercantil. Frente al aparente criterio de la forma que parecía seguir el art. 116.1 Cco en el Anteproyecto se sigue el criterio del objeto y, con independencia del objeto, de la forma. Conforme a ello son sociedades mercantiles: a) las que tengan por objeto la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado; b) cualquiera que sea su objeto, las que adopten algunos de los siguientes tipos: sociedad colectiva, comanditaria simple, limitada, anónima, comanditaria por acciones, cooperativa, mutua de seguros y de garantía recíproca; y c) aquellas a las que la ley atribuya carácter mercantil (art. 211). Por lo tanto, si se adopta alguna de las formas (o «tipos», según la terminología del Anteproyecto) mercantiles, la sociedad es mercantil cualquiera que sea su objeto (mercantilidad por la forma); y si no se adopta alguna de esas formas, la sociedad será mercantil si su objeto es «la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado». Esta delimitación del «objeto mercantil» es coherente con el mandato del art. 001-2.1.a).1º, que cualifica como empresario a la persona física que ejerza profesionalmente una actividad económica de este tipo.

Dicho de otra forma, será sociedad civil la que no adopta alguna de las formas mercantiles del art. 211, y cuyo objeto sea algo distinto a «la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado». De esta forma, el Anteproyecto intenta acabar, de una vez, con la imprecisión que ahora existe acerca de cuándo el objeto social constituye una actividad comercial (un «acto de comercio») y cuándo no. En los actuales Códigos civil y mercantil no existe una delimitación clara de qué sea civil y qué sea mercantil (el Código de comercio no tiene un concepto objetivo de «acto de comercio», sino que reputa como tales a «los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga», art. 2.2. Cco), y la jurisprudencia ha sido hartamente imprecisa al determinar qué actividades son civiles o mercantiles¹⁴. Con el criterio

¹⁴ La imprecisión existente en la jurisprudencia para determinar cuándo el objeto es civil o mercantil resulta desesperante. En general, se ha afirmado que la sociedad será mercantil si el objeto social es realizar actos de comercio (STS 20 noviembre 2006 -RJ 2006, 8082-), o más elaboradamente, si consiste en el desarrollo de una actividad externa con ánimo de lucro, lo que supone la integración en una estructura empresarial organizada y proyectada al comercio, completada por capacidades productoras y de mercantilización en su cometido social (SSTS 21 junio 1998 -RJ 1998, 4906-, y 19 diciembre 2007 -RJ 2007, 9046-). Pero a la hora de calificar, concretamente, si ciertos objetos son civiles o mercantiles es cuando surge la imprecisión.

Así, por ejemplo, se ha considerado objeto «civil» la actividad de una clínica dental (STS 9 febrero 2007 -RJ 2007, 941-, si bien por aceptar lo fijado en primera instancia, pues esta cuestión no se discutía); la explotación de una cantera, el transporte de mercancías, y la explotación de piedra de un yacimiento (STS 11 marzo 2008 -RJ 2007, 4348-); una academia de enseñanza (STS 19 noviembre 2008 -RJ 2009, 411-); o la adquisición de un edificio en construcción, para acabar la construcción y luego adjudicar los pisos a los socios (STS 7 marzo 2012 -RJ 2012, 5269, si bien en este caso la sociedad se considera anónima porque se constituyó antes de la LSA de 1951 como sociedad con capital dividido en acciones. Sobre el caso particular de esta Sentencia *vid.* el comentario de HERRERO SUÁREZ, «Comentario ..., *op. cit.*, pp. 219-236). Como se aprecia, la mayor parte de estos objetos serían mercantiles siguiendo el criterio general de la STS 19 diciembre 2007.

del art. 211 del Anteproyecto sí se fija un criterio claro de mercantilidad. Lo que faltaría, entonces, de aprobarse el Código mercantil con este criterio, sería coordinar este mandato con el Código civil¹⁵.

De acuerdo con esto, lógicamente, la institución de la sociedad irregular (o de la sociedad mercantil no inscrita) sólo se refiere a sociedades mercantiles, no a sociedades civiles. Habría que desterrar de una vez de la jurisprudencia la figura de las «sociedades civiles irregulares», que no tiene sentido, por lo señalado anteriormente.

2.2. La «constitución» de la sociedad mercantil

El Anteproyecto de Código mercantil no es nada claro, en cambio, a la hora de fijar qué es lo constitutivo de la sociedad mercantil. El art. 213.1 contiene dos previsiones que resultan equívocas. Conforme a su primer apartado, «Las sociedades mercantiles se constituyen por contrato entre dos o más personas o, en el caso de sociedades unipersonales, por acto unilateral». En cambio, según el apartado segundo, «La constitución de las sociedades mercantiles exigirá escritura pública que deberá inscribirse en el Registro Mercantil». Con estas dos reglas no queda claro si lo constitutivo es el contrato o acto unilateral, o su formalización en escritura pública. Además, tampoco se aclara si la inscripción forma parte también de la constitución, o es un acto posterior.

Más adelante, el art. 213-25 determina que «Con la inscripción de la escritura de constitución en el Registro Mercantil la sociedad mercantil tendrá la personalidad jurídica correspondiente al tipo elegido». Según esto, parece que la sociedad ya está constituida antes de la inscripción, y que esta inscripción lo que «añade» es la personalidad jurídica del tipo elegido. Pero, entonces, antes de la inscripción, ¿qué personalidad jurídica tenía esa sociedad ya constituida?

Es cierto que con estas imprecisiones se sigue, con bastante fidelidad, el mismo problema que se recogía en la Ley de sociedades de capital, que tampoco dejaba claro si la constitución de la sociedad de capital la determina el contrato, la escritura pública o la inscripción¹⁶.

En cambio, se ha considerado -acertadamente- negocio mercantil la explotación de un restaurante (STS 15 julio 2005 -RJ 2005, 5279), de un vivero de plantas (STS 21 octubre 2005 -RJ 2005, 7707-), de una franquicia de perfumerías (STS 6 julio 2006 -RJ 2006, 5815-), de un negocio de ferretería (STS 20 noviembre 2006 -RJ 2006, 8082), o de una oficina de farmacia (STS 21 febrero 2007 -RJ 2007, 1886-), o la prestación a terceros de servicios de transporte de mercancías con medios propios o ajenos (STS 19 diciembre 2007 -RJ 2007, 9046-).

¹⁵ Es una pena que no se haya aprovechado para realizar una «teoría general de sociedades», que englobara a las civiles y a las mercantiles, algo a lo que conduce la actual existencia de dos Secciones en la Comisión de Codificación y a que el mandato de creación del Código mercantil se realizará a la Sección de lo Mercantil sin ningún mandato complementario para realizar una regulación unitaria de aspectos que son claramente comunes al Derecho privado: el concepto y régimen general de la sociedad (civil y mercantil) y de las obligaciones y contratos (civiles y mercantiles).

¹⁶ Me remito a mi trabajo «La “sociedad anónima ...», *op. cit.*, pp. 846 y ss. Los arts. 213-1.1, 213-1.2 y 213-25 del Anteproyecto son correlativos a los arts. 19.1, 20 y 33 LSC.

Entre los autores que defendían, bajo el art. 16 LSA, que la escritura es constitutiva de la sociedad anónima, por lo que antes de ella no hay sociedad alguna; y que la inscripción añade la personalidad jurídica de sociedad anónima, podemos citar a GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ,

La cuestión puede parecer puramente teórica. Y ciertamente lo es, la mayoría de las veces. Pero en ocasiones la realidad supera a la ficción, y muestra supuestos en los que estas cuestiones teóricas mal resueltas conducen a no poder dar solución clara a problemas reales. El caso «real» nos lo aporta el supuesto de hecho de la STS 24 noviembre 2010 (RJ 2011, 580): una sociedad que incluso antes de otorgar escritura, celebró un contrato de permuta de solar por obra con unos particulares; en ese contrato, la sociedad usó el nombre de «Promociones G.M., S.L.»; posteriormente, al estar ya registrada esa denominación, la sociedad finalmente otorgó escritura y se inscribió con la denominación «Promociones C., S.L.». Cuando la sociedad exigió el cumplimiento del contrato, los particulares alegaron que «Promociones C., S.L.» no estaba legitimada para exigir el incumplimiento, pues el contrato había sido celebrado con «Promociones G.M., S.L.»; y que había existido incumplimiento de lo estipulado. Las sentencias de primera y segunda instancias consideraron que el contrato no era exigible porque no cabía la aplicación del art. 15 LSA, al no haberse otorgado aún escritura de constitución; y porque «Promociones G.M., S.L.» no había adoptado acuerdo alguno de ratificación ni acto concluyente de aceptación del contrato (utilizo los argumentos de los demandados y de las sentencias de instancia tal y como los refleja la Sentencia del Tribunal Supremo). Lo fundamental para dirimir esta cuestión es, precisamente, si antes del otorgamiento de escritura la sociedad ya pactada entre las partes tiene alguna virtualidad o no, y si los contratos que pueda haber celebrado son exigibles posteriormente, cuando ya esté inscrita.

Pues bien, el Tribunal Supremo en esta ocasión se dejó guiar por el sentido común, y concluyó del contrato de sociedad, incluso aformal, cabe derivar cierto grado de personalidad¹⁷. No comparto la (escasa) fundamentación técnica de esta conclusión,

«Irregularidad societaria ...», *op. cit.*, pp. 643-680; SÁEZ LACAVE, *La sociedad ...*, *op. cit.*, p. 419. Con otros matices, defendían que la escritura es constitutiva de la sociedad en formación, y que la inscripción añade la personalidad de anónima, GARDEAZÁBAL DEL RÍO, «La Sociedad ...», *op. cit.*, p. 217; CABANAS TREJO - BONARDELL LENZANO, *Sociedad irregular ...*, *op. cit.*, pp. 23 y ss. También con otras precisiones, para ROJO, A., «Comentario a los artículos 19 a 22», en *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, ROJO-BELTRÁN (dirs.), Civitas, Cizur menor, Navarra, 2011, pp. 317-318, respecto de las sociedades de capital, el contrato constituye la sociedad mercantil, y la escritura constituye a una sociedad de capital provisional, que devendrá definitiva con la inscripción (y se convertirá en irregular si no se inscribe).

En el sentido defendido en el texto, de que la escritura no supone un momento independiente que determine un cambio del régimen jurídico, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «Sociedad anónima ...», *op. cit.*, p. 15; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «La sociedad anónima ...», *op. cit.*, p. 677; VALPUESTA, *La sociedad ...*, *op. cit.*, pp. 117-118 y *El concurso ...*, *op. cit.*, pp. 47 y ss. En particular sobre la falta de carácter constitutivo independiente de la escritura pública VIGUERA RUBIO, J., «Reflexiones críticas sobre la “constitución” de la sociedad de capital», *RdS*, nº 10, 1998, pp. 43 y ss.

¹⁷ Para esta Sentencia, aunque «la inscripción de la escritura fundacional en el Registro Mercantil tiene la condición de requisito constitutivo, y en tanto no se cumpla la Sociedad carece de personalidad a determinados efectos, la personalidad jurídica, como instrumento eficaz para la organización de las empresas y creación de un centro de imputación de relaciones jurídicas útil en el tráfico jurídico, no queda limitada a los supuestos en los que se ha otorgado escritura pública -momento a partir del cual entra en juego la previsión contenida en el artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas, [...] -, de tal forma que del contrato, incluso aformal, cabe derivar cierto grado de personalidad. [...] Partiendo del reconocimiento de cierto grado de personalidad de las sociedades mercantiles no formalizadas en escritura pública, cuando los socios o los gestores contratan con terceros exteriorizando su existencia, quedan vinculados con la misma quienes con ella contratan conociendo que entablan las relaciones con la

pero sí la conclusión en sí: es obvio que esa entidad societaria ya existía por el pacto de los socios, y los terceros que con ella contrataron no pueden utilizar aspectos formales para no cumplir un contrato. Si estimaban que la entidad era capaz para celebrar el contrato (y perfectamente conocían que era sociedad no inscrita, pues lo establecía su propia denominación «en formación»), no pueden luego negarse a cumplirlo alegando que no tenía personalidad. Es más, para el Tribunal Supremo el hecho de que la denominación de la sociedad no fuera idéntica tampoco es impedimento alguno, pues era claro que la entidad (socios, voluntad constitutiva, objeto social, etc.) era la misma, aunque no hubiera podido inscribir la denominación que intentó inicialmente.

Este «sentido común» que utilizó el Tribunal Supremo es lo que falta, a mi juicio, en la regulación recogida en el Anteproyecto. Podríamos defender, con el tenor literal, y dejando aparte el supuesto de la unipersonalidad, que la sociedad se constituye con la escritura pública que recoge el acuerdo de las partes, y que la inscripción le otorga la personalidad de la sociedad elegida. Pero, entonces, habría que plantear: a) qué existe antes de la constitución, de la escritura; y, b) qué personalidad jurídica tiene la sociedad constituida, antes de la inscripción: la misma que la sociedad inscrita, u otra distinta (y en este último caso, cómo opera la «sucesión en los derechos» que prevé la Ley). Frente a todas estas disquisiciones, tiene más sentido afirmar, simplemente, que la sociedad se constituye (nace a la vida) con el contrato entre las partes, y desde entonces tiene personalidad. Y cuando finalmente se inscriba, se está demostrando que tenía voluntad de inscripción, y todo lo realizado por esa sociedad «en formación» durante el periodo constitutivo, con los requisitos exigidos legalmente, ya son obligaciones de la sociedad (inscrita). Diferenciar los momentos de «acuerdo», «constitución» y «adquisición de la personalidad» sólo añade problemas, pues obliga a discernir qué es esa «entidad acordada pero no constituida», o «constituida pero sin la personalidad jurídica del tipo». Frente a esto, es mucho más sencillo instaurar un criterio realista y lógico, de puro sentido común: la constitución es un proceso en el que se suceden el pacto, la escrituración, y la inscripción, de forma que cada acto es un requisito del siguiente, y todos cobran sentido con el fin del proceso, pero sin que la entidad sea algo distinto en cada uno de esos pasos.

2.3. La «sociedad mercantil no inscrita»: delimitación del supuesto. Efectos de la «inscripción posterior» de la sociedad mercantil no inscrita

El supuesto de hecho al que el Anteproyecto anuda un régimen especial de «sociedad mercantil no inscrita» viene fijado en el art. 213-28: sociedad mercantil que actúe como tal en el tráfico y en la que concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) que no conste en escritura pública; o b) que, transcurridos tres meses desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución, no figure inscrita en el Registro Mercantil.

En primer lugar, se exige que sea sociedad mercantil, lo que remite a los criterios de mercantilidad ya señalados en el art. 211-1.1. Sin embargo, es claro que será

sociedad en fase de adquisición de personalidad, de tal forma que, una vez formalizada e inscrita, esta puede exigir de los terceros el cumplimiento de lo pactado».

mercantil la sociedad que tenga por objeto la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado. Pero, ¿qué pasaría con la sociedad que tuviera un objeto distinto a éstos (un objeto civil) y que los socios hayan denominado como colectiva, comanditaria, anónima, etc.? ¿Será mercantil porque ha «adoptado» uno de los tipos mercantiles? A mi juicio, no. La adopción de alguno de los tipos mercantiles a la que se refiere el art. 211-1.1 creo que debe entenderse como inscripción efectiva como tal tipo (sólo a partir de la inscripción existe sociedad mercantil, del tipo que sea, regular). Por lo tanto, una sociedad con objeto civil y «nombre mercantil» pero no inscrita no sería sociedad irregular, sino simplemente sociedad civil (si se inscribiera, sí sería mercantil por la forma).

En segundo lugar, se exige que se trate de una sociedad externa: que haya actuado como tal sociedad en el tráfico. Si no actuó, no hay régimen alguno que fijar porque no hay obligaciones frente a terceros, y todo se reduce a una cuestión interna entre socios que se regulará por su contrato. Si actuó pero ocultando que hay sociedad (esto es, se actuó en nombre de uno de los socios o del gestor), existirá sociedad interna, lo cual nos remite de nuevo al art. 1669 Cc o a figuras como las cuentas en participación.

En tercer lugar, se exige que esa sociedad mercantil que haya actuado no esté inscrita, y esto se constata con base en dos posibles elementos: que no se haya otorgado escritura; o que habiéndose otorgado, no se haya inscrito pasados tres meses desde el otorgamiento. En este punto el Anteproyecto se separa parcialmente del precedente que es el art. 39 LSC: en éste se anuda el régimen de la irregularidad a «Una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción». Por otra parte, conforme al régimen legal de la «sociedad en formación» recogido en el Anteproyecto, una sociedad que actúe después de otorgada la escritura, y que se inscriba antes de que transcurran tres meses desde el otorgamiento, será tratada como «sociedad en formación», con el régimen externo que corresponda al tipo social (art. 213-22).

Con esta delimitación está claro que si una sociedad con objeto mercantil actúa como tal sociedad antes del otorgamiento de escritura, de esas obligaciones responderá como sociedad irregular aun cuando posteriormente se inscriba. El régimen de la «sociedad en formación» sólo se aplica a sociedades que ya consten en escritura pública. En el Anteproyecto no se prohíbe actuar antes del otorgamiento, pero se avisa de que si se hace así, se responderá siempre como sociedad irregular. Tampoco hay un «plazo prudencial» en el que se permita actuar (sin consecuencias negativas) si el otorgamiento de escritura es muy cercano al pacto de constitución de los socios: aunque la escritura se otorgue muy pronto, de las obligaciones asumidas antes se responderá como sociedad irregular.

Por otra parte, también se incentiva a los socios para que logren la inscripción de la escritura en un tiempo relativamente corto: tres meses. Nótese que no se exige que en ese tiempo «solicite» la inscripción (como hace el art. 39 LSC), sino que la obtenga, que se inscriba. Si la sociedad que ya otorgó escritura tarda más de tres meses en inscribirse, será irregular, aunque luego se inscriba. El régimen de la sociedad en formación sólo se aplica a sociedades que actúan entre el otorgamiento de la escritura y la inscripción,

pero si el tiempo entre ambos actos no supera los tres meses (de nuevo, véase art. 213-22). Con esta regla también se avisa a los fundadores de que deben obtener la inscripción con celeridad, con tiempo incluso para subsanar posibles defectos que advierta el Registrador (aunque también exige del Registrador que actúe con cumplimiento de los plazos legales para efectuar su calificación).

Lo que no regula expresamente el Anteproyecto es qué ocurre si esta sociedad mercantil no inscrita se inscribe posteriormente a haber actuado ya bajo el régimen de sociedad irregular. Que puede inscribirse es evidente, porque el art. 213-33 expresamente prevé que en esa sociedad irregular cualquier socio podrá requerir a los demás para otorgar la escritura, o para subsanar los defectos por los que se hubiese suspendido o denegado la inscripción¹⁸. En este punto, el apartado segundo del art. 39 LSC advierte que la posterior inscripción de la sociedad no hacía aplicable el régimen de la sociedad en formación. Aunque el Anteproyecto no lo diga expresamente, igual idea se aplicará si la sociedad mercantil no inscrita se inscribe: a partir de la inscripción, tendrá el tratamiento del tipo social elegido; pero de lo actuado antes de la inscripción se responderá como sociedad irregular.

Con este régimen legal, y aparte de otras consideraciones que pueden hacerse, pero que evito por limitaciones de espacio, se despejan dos de las cuestiones discutidas por la doctrina y la jurisprudencia bajo el régimen legal actual. La primera, la sociedad irregular no exige otorgamiento de escritura. Habrá que probar, eso sí, la existencia de una sociedad (consentimiento de los socios, puesta en común de bienes y/o trabajo, y fin de lucro), pero no es preciso que, además, se haya otorgado escritura. La segunda: la sociedad irregular no es una «sociedad en formación devenida irregular». Los arts. 213-28 a 213-34 del Anteproyecto no están ligados para nada con, ni se realiza remisión alguna a, los arts. 213-22 y 213-23, que regulan la sociedad en formación¹⁹. En este punto, aunque el Anteproyecto se basa en el régimen que ahora se contiene en la Ley de sociedades de capital, ha evitado dos de los puntos problemáticos que planteaba la interpretación de esos preceptos. Y, a mi juicio, lo ha hecho en el sentido acertado.

¹⁸ A diferencia de lo establecido en el art. 31 LSC, el Anteproyecto no legitima a cualquiera de los fundadores para presentar la escritura a inscripción, y solicitar o practicar la liquidación y pago de los impuestos y gastos correspondientes. El Anteproyecto establece que el notario deberá realizar esa remisión por medios telemáticos el mismo día del otorgamiento, salvo que en la propia escritura constara la voluntad expresa en contrario de los otorgantes (y en este caso se aplica el art. 213-24 Anteproyecto: responsabilidad de los gestores).

Cuestión distinta a que pueda inscribirse es cómo podrá lograr –si es que puede– que la nueva sociedad inscrita asuma y continúe las obligaciones de la irregular, y además como se podrán «aportar» los bienes ya «aportados» a la irregular. Sobre estas cuestiones VALPUESTA, *La sociedad ...*, *op. cit.*, pp. 198-208 y ss., o ROJO, «Comentario ...», *op. cit.*, p. 319.

¹⁹ Sí podría darse el caso, sin embargo, de «sociedad mercantil no inscrita» que luego deba ser tratada como «sociedad en formación», y finalmente como «sociedad inscrita». Pensemos en el supuesto, por ejemplo, de sociedad creada por los socios, que actúa antes del otorgamiento, y que después otorga escritura de constitución de sociedad de capital y la inscribe en un plazo inferior a tres meses. De las obligaciones asumidas antes del otorgamiento respondería como irregular; de las posteriores al otorgamiento, y anteriores a la inscripción, como en formación (véase el régimen especial de los arts. 231-6 a 231-8); y de las posteriores a la inscripción, conforme al régimen legal del tipo adoptado.

2.4. La «sociedad mercantil no inscrita»: responsabilidad, personalidad jurídica, otros aspectos de su régimen

En materia de responsabilidad, como se ha visto la doctrina defiende que la irregular debe ser tratada: a) como sociedad colectiva, por ser éste el régimen legal básico de la sociedad mercantil; y b) con la responsabilidad añadida de los gestores, por mor del art. 120 Cco (frente a esta segunda consecuencia ya he manifestado antes mi discrepancia). El acuerdo que había en esto entre la doctrina era casi unánime, y así se recoge básicamente en el art. 39 LSC para la «sociedad devenida irregular». Pues bien, el Anteproyecto no sigue esta idea a pies juntillas, sino que la matiza, de forma relevante.

Conforme al apartado primero del art. 213-32, «Los socios y los administradores²⁰ de las sociedades mercantiles no inscritas responderán personal, ilimitada y solidariamente de todas las deudas sociales, sean anteriores o posteriores a la escritura pública de constitución, sin necesidad de previa excusión del patrimonio social». Y matiza el apartado segundo que «Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, gozarán del beneficio de excusión los socios que, conforme al tipo social elegido, no responderían personalmente de las deudas sociales».

En la sociedad colectiva los socios responden ilimitada, solidaria y subsidiariamente de las deudas sociales (art. 221-1.a). En la irregular, ilimitada, solidaria y principalmente; no es preciso hacer previa excusión del patrimonio social, salvo respecto de los socios que no responderían personalmente según el tipo elegido. No comparto el sentido de estas dos variaciones respecto del régimen de responsabilidad de la colectiva. En cuanto a la primera, no comprendo por qué se permite que el acreedor pueda intentar el cobro respecto de cualquier socio, sin tener que actuar antes contra el patrimonio social. Posiblemente se haga así para facilitar el éxito de su reclamación, pero con ello se olvida que la obligada principalmente lo es la sociedad; y que el tercero contrató con la sociedad, y conociendo (o debiendo conocer, porque no está inscrita, y eso lo podía saber con una simple consulta al registro) que es irregular. ¿Por qué favorecerle más? Si el tercero va contra el socio, éste a su vez tendría derecho de repetición contra la sociedad, complicando las cosas en las relaciones internas (antes de pagar, el socio debería consultar con la sociedad si la deuda existe, si cabe oponer algún tipo de excepciones, habría que ver cómo articular procesalmente ese pago por cuenta de la sociedad, etc.). Además, esto también tendrá consecuencias en las relaciones externas, pues habría que contabilizar adecuadamente estos pagos del socio y su repetición contra la sociedad, el patrimonio social no siempre sería el que aparentemente es (pues podría estar lastrado con deudas pagadas por el socio), y en vez

²⁰ No me quiero detener mucho en esto, pero el Anteproyecto mantiene la responsabilidad de los administradores, que supuestamente recogía el art. 120 Cco, pero sin señalar cómo responden. Si son socios, además, ¿responden como socios –con posible beneficio de excusión o no- o como administradores? Si responden como administradores, ¿tienen beneficio de excusión, o no? ¿Es responsabilidad contractual, extracontractual, simplemente legal? ¿Cómo operará el derecho de repetición? Demasiadas dudas. Habría sido mejor no hacer referencia a los administradores como responsables de las deudas, para mantener simplemente el régimen general de responsabilidad de los administradores frente a socios y frente a terceros.

de existir una persona jurídica sociedad, con un patrimonio separado, parece existir una serie de patrimonios conectados entre sí principalmente. No tengo claro que esto sea, realmente, más útil que el régimen de responsabilidad de la colectiva. Quizás el prelegislador considera que la irregular puede «escabullirse» más fácilmente de una reclamación por su falta de inscripción, y quiere facilitarle las cosas al acreedor, pero no creo que reclamar a una irregular sea más complicado que hacerlo a las miles de sociedades de capital con capitales ridículamente bajos y patrimonios no siempre claramente deslindados.

En segundo lugar, sí tienen derecho a la excusión los socios que no responderían personalmente «conforme al tipo social elegido». No lo entiendo. Desde el momento en que la sociedad no se ha inscrito (o, si se quiere, ha actuado sin haber otorgado escritura, o ha actuado sin haber inscrito la escritura en tres meses desde el otorgamiento) está claro que los socios han elegido constituirse y actuar como sociedad irregular. No hay ningún «tipo social elegido». Si en el contrato, o incluso en la escritura, dijeron que querían fundar una limitada (por ejemplo), luego no han hecho lo mínimo que tenían que hacer, y por lo tanto no ha habido una voluntad seria de crear ese tipo social. ¿Por qué, entonces, esa «no-voluntad electora del tipo» tiene que tener alguna relevancia? Y, sobre todo, ¿cómo sabrá el tercero que reclama a esa irregular si los socios responden con excusión o sin excusión? Porque ese contrato, o incluso esa escritura, no están inscritos, no se sabe dónde existe y como está, y si se reclama al socio y éste opone y demuestra que la sociedad se creó como «anónima», habría que desestimar la reclamación. Por ende, como el contrato de «constitución» de la sociedad, con el «tipo elegido», puede constar en documento privado (no se exige escritura pública), no hay ninguna garantía de que el documento que se aporte por el socio para justificar que responde subsidiariamente sea correcto en cuanto a su fecha y/o contenido. En definitiva, con esto se desvirtúa la supuesta «responsabilidad principal» de la que se hablaba en el apartado primero, y se introduce mucha más inseguridad en la reclamación al socio. Para el acreedor sería más seguro reclamar primero a la sociedad, y luego, en defecto de patrimonio de ésta, ir contra el socio (que, sea cual sea el «tipo elegido» en la constitución, debería responder).

Si realmente los socios quisieron crear una sociedad con algún tipo de responsabilidad limitada, para todos o algunos de los socios, la defensa del socio radica en el mecanismo que le arbitra el art. 213-33 del Anteproyecto: puede requerir a los demás socios para otorgar la escritura, o para subsanar los defectos por los que se hubiese suspendido o denegado su inscripción; y transcurridos dos meses sin que así se haga, instar la disolución judicial de la sociedad no inscrita. Disolución que, dicho sea de paso, está claro que se realizará conforme a las reglas de la sociedad colectiva, pues éste es el régimen general de la sociedad mercantil no inscrita «En lo no establecido en este capítulo» (art. 213-28 Anteproyecto).

Aunque el Anteproyecto no lo diga expresamente, la sociedad mercantil no inscrita goza de personalidad jurídica. Bien es cierto que afirmar esto es poco preciso, pues hay muy variadas construcciones acerca de qué signifique «tener personalidad jurídica». Pero acudiendo a la más simple, la sociedad tiene un patrimonio propio, y las obligaciones y derechos contraídos en su nombre son exigibles por ella y contra ella.

Así se deriva de algunos de los mandatos de los preceptos del Anteproyecto: se aplican las reglas de la sociedad colectiva (que sí tiene personalidad jurídica), art. 213-28; tiene un objeto social propio, art. 213-29, y las aportaciones realizadas son válidas, art. 213-30; existe un patrimonio social propio, que responde antes de que ciertos socios de las deudas de la sociedad, art. 213-32; etc. En definitiva, espero que hasta los más recalcitrantes en admitir la personalidad jurídica de la irregular, se haya constituido en el tipo social que sea, acepten ya que según el diseño legal del Anteproyecto (si alguna vez llegara a ser ley) la irregular tiene personalidad jurídica, es sujeto de imputación de derechos y obligaciones²¹.

3. CONCLUSIONES

En el Anteproyecto de Código Mercantil se ha regulado toda una teoría general de las sociedades mercantiles más completa y precisa que la (no) existente ahora en el Código de comercio vigente. Conforme a la misma, es sociedad mercantil la que adopta alguna de las formas o tipos mercantiles, o la que desarrolla un objeto mercantil. En el diseño de la sociedad irregular, se opta por considerar tal a la sociedad mercantil externa que actúa sin otorgamiento de escritura, o que actúa sin haber inscrito la escritura de constitución en un plazo de tres meses desde el otorgamiento. Esa sociedad irregular será tratada, básicamente, como una colectiva, pero en cuanto a la responsabilidad frente a terceros se matiza el régimen, pues se hace responder también a los administradores, y además ciertos socios no responderían subsidiariamente, sino de forma principal. Cualquier socio puede exigir el otorgamiento de escritura o la inscripción, con derecho a disolver la sociedad si así no se hace.

Este régimen combina aspectos de regulación ya propuestos por la doctrina más moderna, pero les añade algunas piezas que no encajan adecuadamente. A mi juicio, en la vertiente positiva está el no hacer depender la irregularidad de la existencia de escritura (basta el simple contrato de sociedad), y el no considerar a la sociedad irregular como una «sociedad en formación devenida irregular» (algo que parecía apuntarse en la Ley de sociedades de capital). En la vertiente negativa, en cambio, no comparto que algunos socios respondan principalmente con la sociedad (y no

²¹ Aparte de las cuestiones ya tratadas (cuándo existe «sociedad mercantil no inscrita», responsabilidad, y «facultades del socio “en orden a” -sic- la constitución y a la inscripción de la sociedad»), en el Anteproyecto se añaden unas normas sobre las que no me puedo extender por falta de espacio. En primer lugar, si el objeto social no estuviera determinado en el contrato «se presumirá que la sociedad tiene como objeto social la actividad o actividades que haya realizado de modo efectivo» (art. 213-29); posiblemente esta norma se quiera justificar con la necesidad de determinar el objeto, para saber si los administradores actuaron dentro del mismo. En segundo lugar, «se presumirá que las aportaciones han de ser realizadas en dinero y por partes iguales entre los socios, salvo que del contrato de sociedad resultare otra cosa» (art. 213-30). No creo que esta presunción solucione mucho, máxime cuando no se fija un capital «presunto». Por último, «la modificación del contrato antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil requerirá el consentimiento de todos los socios, salvo que el propio contrato establezca un régimen distinto para la fase anterior a la inscripción» (art. 213-31). Por lo tanto, lo pactado entre los socios prevalece, pero a falta de pacto, la modificación del contrato requiere unanimidad (no mayoría de votos que represente, al menos, dos terceras partes del número total de socios, art. 222-1).

subsidiariamente, como es regla en la colectiva), porque ni está justificado, ni facilita la reclamación del tercero.

LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA CONTRAVENCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA FINANCIERA PARA LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES PROPIAS

CARLOS VARGAS VASSEROT*

Resumen

La prohibición de asistencia financiera por parte de una sociedad anónima a un tercero para adquirir sus propias acciones es una institución en crisis en el contexto internacional puesto que la norma no protege adecuadamente los intereses en juego, que ha llevado a la flexibilización de la prohibición en el Derecho de la Unión Europea y en la mayoría de los países de nuestro entorno. El ordenamiento español ha quedado al margen de este proceso de liberalización, manteniendo por ahora e incluso en el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014, la prohibición en su rigor original. En este contexto, se impone una interpretación restrictiva de la norma y consideramos que con una interpretación sistemática e integradora con el resto de nuestro ordenamiento no debe aplicarse de manera automática la sanción de nulidad de pleno derecho por contravención de la prohibición de asistencia financiera.

Contenido

1. Introducción. – 2. Origen, regulación y crisis de la prohibición de la asistencia financiera para la adquisición de acciones.– 3. La nulidad como último remedio: la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo limitadora de su ámbito de aplicación.– 4. La contravención de la norma prohibitiva: integración del silencio del artículo 150 LSC con determinadas sanciones y efectos previstos en nuestro ordenamiento.– 5. La finalidad de la prohibición de asistencia financiera y la indemnidad de los intereses protegidos por la norma y la natural ponderación de los efectos de la sanción– 6. Efectos de la contravención de la norma sobre el negocio de adquisición de acciones y otros negocios concurrentes en las operaciones de asistencia financiera.

1. INTRODUCCIÓN

Según el artículo 150.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, antiguo artículo 81.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas:

* Profesor Titular Derecho Mercantil, Acreditado a Catedrático por la ANECA, Universidad de Almería. Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-200, “Derecho Público de la Agroalimentación y de la Innovación Tecnológica”, adscrito al Campus de Excelencia Internacional en Agroalimentación (ceiA3) y del Proyecto de Investigación de Excelencia del MINECO DER201348864-C2-1-P sobre “Integración de cooperativas y reestructuraciones socialmente responsables...”, del que el autor es el Investigador Principal.

la sociedad no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de acciones de su sociedad dominante por un tercero.

Dicho precepto recoge los elementos esenciales de la conocida como asistencia financiera y que han sido recogidos, sin cambio alguno, en el artículo 233-31 del Anteproyecto de Código Mercantil de 2014 (PCM). Esto es, operación triangular, en la que hay, al menos dos contratos o negocios jurídicos (el asistencial y el de adquisición de acciones), tres o más posiciones jurídicas (sociedad asistente, tercero asistido y vendedor de las acciones) y un nexo causal o intencional entre el negocio de asistencia financiera (que consiste normalmente en un anticipo de fondos, concesión de un préstamo o prestación de garantías) y el negocio de adquisición de acciones.

En las operaciones que se califican de asistencias financieras se suelen suceder una pluralidad de negocios jurídicos, cada uno con su propia causa (compraventa inmobiliaria, préstamo, hipoteca, compraventa de acciones) pero vinculados funcionalmente por su finalidad económica. El ejemplo típico, que nos puede servir de apoyo para el desarrollo del presente trabajo, es el de la venta de un inmueble por una sociedad (vendedora) a otra (compradora); la posterior concesión a ésta por una entidad de crédito de un préstamo hipotecario, garantizado con el inmueble del hotel recién adquirido; y la compra de acciones de la sociedad vendedora por la sociedad compradora del inmueble, financiada básicamente por el crédito hipotecario antes mencionado.

Este estudio no abordará la calificación de la operación como asistencia financiera, tema que ha sido analizado en multitud de ocasiones y con profundidad por la doctrina, sino que se centrará en los efectos jurídicos de la calificación de la una operación como asistencia financiera prohibida. En concreto se estudiará si es de aplicación por la contravención de la norma la nulidad del negocio de asistencia financiera o si existen razones para abogar por una eficacia del mismo y, en su caso, cómo queda afectada la validez del resto de negocios jurídicos celebrados.

No obstante, para la correcta interpretación del régimen legal de la prohibición de asistencia financiera en España me ha parecido conveniente retrotraernos al origen de la norma en Gran Bretaña en el primer cuarto del siglo XX y a su recepción por la Segunda Directiva Europea de Derecho de Sociedades en los años setenta para analizar cómo ha evolucionado tanto su interpretación por los Tribunales como su propia configuración legal en la mayoría de los países de nuestro entorno y en la propia norma comunitaria, con una clara tendencia a la relajación de la prohibición basada en la ineficacia de la norma para lograr sus objetivos propuestos. Aunque ni los preceptos de otros ordenamientos ni la jurisprudencia de los mismos vincula al juez español, consideramos que en supuestos tan complejos como el que nos ocupa, que ha generado en nuestro país cuestiones controvertidas y opiniones doctrinales y resoluciones contradictorias, es muy útil para el interprete conocer las distintas soluciones ofrecidas por diversos ordenamientos para una idéntica o similar regulación normativa, máxime como ocurre con la prohibición de asistencia financiera es una institución foránea, importada al Derecho comunitario desde el Reino Unido, y que fue asimilada, por vía de la obligada transposición del artículo 23 de la Segunda Directiva 77/91/CEE en materia de Sociedades al resto de ordenamientos de la Unión Europea, que dio como resultado una regulación comparada bastante similar.

2. ORIGEN, REGULACIÓN Y CRISIS DE LA PROHIBICIÓN DE LA ASISTENCIA FINANCIERA PARA LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES

La asistencia financiera para la adquisición de las propias acciones se prohíbe en Gran Bretaña en 1929, cuando se incluyeron en la *Companies Act* (sect. 45) las recomendaciones del conocido como *Greene Report* para evitar una serie de prácticas consistentes en determinadas compras apalancadas de sociedades que terminaban en el expolio de la sociedad adquirida para pagar el crédito concedido para la compra de sus acciones. Posteriormente, con ocasión de la promulgación de la *Companies Act* de 1948 (sect. 54) se incorporó el término *financial assistance* como cláusula de cierre para incluir en la prohibición todos los negocios financieros realizados con la finalidad o consecuencia la adquisición de acciones propias con lo que se configuró como una regla de peligro abstracto de excesiva amplitud. De este modo, cuando los tribunales británicos empezaron a aplicar la norma reformada, fueron dándose cuenta que la prohibición, tal como estaba redactada no lograba los objetivos propuestos, vedando operaciones que podían ser beneficiosas para la propia sociedad y se fue desarrollando una corriente defensora de la flexibilización de la prohibición cada vez mayor (recogida en el Informe Jenkins de 1962). De manera muy resumida, la crítica esencial de la prohibición se refiere a la ineficacia de la norma para la tutela de los intereses teóricamente protegidos por ellas, dificultando compras apalancadas justificadas empresarialmente y planteadas en términos que garanticen suficientemente los múltiples intereses en juego.

Sin embargo, no fue hasta las reformas de la *Companies Act* de 1981 y 1985, cuando la tesis liberalizadoras tomaron cuerpo legislativo, por lo que, paradójicamente, cuando ya se discutía por la doctrina británica la conveniencia de permitir la asistencia financiera para adquisición de acciones en determinadas circunstancias, el Reino Unido presionaba para que la Segunda Directiva acogiese en su texto la susodicha prohibición, como así se hizo en el artículo 23. Así, cuando a principios de los ochenta son unánimes las voces de la doctrina británica a favor de la legalizar la asistencia financiera bajo determinadas condiciones, se encuentra con las limitaciones del contenido de la propia Directiva, por lo que se tuvieron que conformar con articular dos regímenes distintos para las *private companies* (para el que se permitía la asistencia financiera si se seguía un procedimiento establecido ad hoc conocido como *whitewash*) y para las *public companies*, que se flexibilizó su contenido con varias excepciones a la prohibición (sect. 151 y ss.).

Una vez promulgada la Segunda Directiva 77/91/CEE en materia de sociedades, todos los países de la Unión Europea tuvieron que adaptar su ordenamientos al contenido de su artículo 23 por lo que se implantó en toda Europa la prohibición general de asistencia financiera, aunque no de modo totalmente homogéneo, puesto que cada ordenamiento traspuso el contenido de la Directiva a su manera, con lo que encontramos ciertas diferencias en el tenor literal de las normas que receptionan la prohibición.

Antes de exponer el último estadio evolutivo de la formulación de la asistencia financiera en el Derecho comunitario tras la reforma en 2006 de la Segunda Directiva en

materia de sociedades, veamos la situación fuera de la Unión Europea. Aunque no hay una situación uniforme, la inmensa mayoría de ordenamientos no se cuestionan la licitud de asistencia financiera para adquisición de acciones típica de operaciones de apalancamiento financiero. El caso más relevante, por su liderazgo mundial en el tráfico mercantil, es el de Estados Unidos donde no se prohíbe la asistencia financiera y se resuelven los posibles problemas que hayan podido surgir con socios y terceros a través del régimen de responsabilidad de los administradores y de las transmisiones fraudulentas si las operaciones llevaban a la sociedad a la quiebra o a su insolvencia. Solamente algunos ordenamientos de influencia británica, adscritos al Common Law, mantienen la prohibición de asistencia financiera aunque, en la mayoría de ellos, en términos muchos más relajados que en su articulación original. Así, y por poner dos ejemplos justificados por la experiencia que han tenido sus Tribunales en la resolución de casos relacionados con la asistencia financiera, y que han modelado la jurisprudencia británica, en Australia (art. 2J *Corporations Act* de 2001) y en Nueva Zelanda (arts. 76-81 *Companies Act* de 1993) se ha evolucionado de la prohibición absoluta a una autorización condicionada si se cumple una serie de requisitos para asegurar la indemnidad de los socios minoritarios, de los acreedores y del interés social. Un caso sintomático en su evolución es el de Canadá, que pasó de una prohibición absoluta de asistencia financiera similar a la británica y a la del texto original de la Segunda Directiva (art. 44 *Business Corporation Act*), a una etapa de flexibilización de su régimen (*Bill C-44* de 1975) por la que se autorizaba la asistencia bajo determinadas condiciones, pero que no se consideró suficiente desde un punto de vista de eficiencia jurídica y económica y se terminó por derogar (*Bill S-11* de 2001).

Volviendo a la situación en Europa, la crítica de la doctrina sobre la racionalidad de la prohibición de la asistencia financiera, generada en el Reino Unido y generalizada posteriormente al resto de la doctrina europea, fue haciendo mella en el legislador comunitario, especialmente tras la defensa de la necesidad de reforma del artículo 23 de la Segunda Directiva para la relajación de la prohibición en los sucesivos grupos de estudio para la reforma del Derecho de sociedades de la Unión Europea (Comité SLIM 1999, Informe Winter 2002), por lo que se terminó modificando dicho precepto por la Directiva 2006/68/CE, con objeto de permitir que los países miembros pudieran, bajo ciertas condiciones, autorizar operaciones de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones. El cambio es evidente: de la manifestación de que “una sociedad no podrá adelantar fondos, ni conceder préstamos, ni dar garantías para la adquisición de sus acciones por un tercero” del artículo 23.1 original, se pasa a decir que “cuando la legislación de un Estado miembro permita a una sociedad, directa o indirectamente, adelantar fondos, conceder préstamos o dar garantías para la adquisición de sus acciones por un tercero, estas operaciones estarán sujetas a las condiciones enunciadas”. Sin entrar en grandes detalles, los requisitos que exige el nuevo artículo 23 de la Segunda Directiva (que tras la promulgación de la Directiva 2012/30/UE, que aprueba el texto consolidado de la Segunda Directiva, pasa al artículo 24) se basa en un procedimiento especial tendente a asegurar la viabilidad e inocuidad de la operación y que exige la aprobación especial por una mayoría reforzada de socios, la obligación del órgano de administración de presentar un informe que motive la operación, explique las

condiciones y riesgos que presenta para la liquidez y solvencia de la sociedad, debiendo realizar las transacciones bajo la responsabilidad de los administradores y en condiciones de mercado justas.

Tras esta reforma de 2006 en Europa nos encontramos con dos situaciones diferenciadas: los ordenamientos que aún siguen la redacción original de la Segunda Directiva, entre los que se encuentran Francia y Alemania; y los que han flexibilizado su régimen al amparo de la modificación comentada y que actualmente son la mayoría (Inglaterra, Italia, Bélgica, etc.).

En España, la Directiva 2006/68/CE fue traspuesta por la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y aunque se generó una nueva excepción para la asistencia financiera en casos de fusión posterior (art. 35) y en la tramitación se presentó una enmienda para flexibilizar en la línea de la reforma de Directiva la formulación de la prohibición de la asistencia financiera en la LSA, finalmente, y sin apenas discusión parlamentaria, se mantuvo el texto del artículo 81.1, que pasó en 2010, con diferencias de matiz al artículo 150.1 de la LSC y finalmente, y sin apenas debate, al artículo 233-31 PCM.

Por último, y para acabar con la evolución histórica de la prohibición de asistencia financiera, cabe señalar que el ordenamiento español es de los pocos de Derecho comparado que mantiene la prohibición de asistencia financiera para las sociedades limitadas [que pasa del artículo 40.5 LSRL, donde ya fue muy discutida su inclusión¹ al artículo 143.2 LSC y de ahí al artículo 223-24.2 PCM], puesto que como la Segunda Directiva no era de aplicación para este tipo de sociedades, la mayoría de países han terminado por permitirlos (Alemania, Reino Unido, Bélgica, Holanda, etc.).

La inmovilista posición del ordenamiento español respecto a la formulación de la prohibición de la asistencia financiera, que nos sitúa cada vez más alejados de la mayoría de ordenamientos de nuestro entorno, ha sido muy criticada por toda la doctrina que ha abordado su estudio, tanto por la amplitud y exceso de rigor de la norma como por la inseguridad jurídica que genera la actual regulación, y son generalizadas las voces que abogan por una reforma integral de la norma e incluso por su derogación (que, sin duda, hubiera ocurrido en varios países comunitarios si no estuviesen sus ordenamientos constreñidos por el contenido de la Segunda Directiva)².

La exposición realizada sobre el origen y la evolución normativa de la prohibición de asistencia financiera en España y en el contexto internacional y el reflejo de las críticas que ha despertado su regulación por toda la doctrina especializada española y extranjera³, ha tenido un objetivo muy claro: fijar, como necesario punto de

¹ Por todos, PANTALEÓN, "Negocios sobre las propias participaciones: un discurso contra *legem*", en *Tratando de la Sociedad Limitada*, Coord. Paz-Ares, Madrid, 1997, pp. 650 y ss.

² Sin ánimo exhaustivo, porque la crítica es absolutamente generalizada, FERNÁNDEZ DEL POZO, "Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera", *RdS*, n. 3, 1994, pp. 169-189; y, por poner algunas obras recientes, LÓPEZ MATEO, "Asistencia financiera: Análisis y crítica del Derecho vigente. Ley 3/2009", *RDM*, n.º 272, 2009, esp. pp. 543 y s.; y PALOMERO BENAZERRAF y SANZ BAYÓN, "Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas", *Aranzadi Civil-Mercantil*, junio 2013, pp. 69 y ss.).

³ Que con mucho más detalle se exponen por los tratadistas que han abordado de manera monográfica la cuestión: por todos, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, "La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de las propias acciones como obstáculo a ciertas compras apalancadas de empresas o

partida para el interprete de la norma, la necesidad de actuar con criterios de prudencia y mesura ante una institución en crisis, herida en lo más profundo, y que seguramente terminará por desaparecer, al menos como está ahora formulada.

La trayectoria seguida en países con más experiencia que el nuestro en la interpretación judicial de la prohibición de asistencia financiera y en los procesos de regulación, flexibilización e incluso de desregulación acometidos, vienen a demostrar la falta de confianza que ha generado una norma, que se tacha por la mayoría de la doctrina de excesiva e ineficaz para lograr sus fines en el Derecho de sociedades moderno, lo que debe ser tenido en cuenta para una interpretación actualizada de la norma, esto es, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, teniendo en cuenta su espíritu y finalidad (art. 3.1 CC). Como expone LARENZ⁴ entre los factores que se deben tener en cuenta para revisar la interpretación de las normas, están una nueva comprensión de los criterios teleológicos-objetivos o una tendencia de la legislación más reciente, que es lo que ha ocurrido en torno a la formulación de asistencia financiera⁵.

3. LA NULIDAD COMO ÚLTIMO REMEDIO: LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO LIMITADORA DE SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo 150 LSC, como hacía el art. 81 LSA, al regular la prohibición de asistencia financiera no establece expresamente las sanciones y los efectos de su incumplimiento. La mayoría de autores españoles que han estudiado la prohibición de asistencia financiera, sugieren, ante este silencio y por aplicación del artículo 6.1 CC, la nulidad de pleno derecho de la operación de asistencia financiera en su calidad de negocios *contra legem*. Pero lejos de lo que se suele afirmar de manera categórica⁶, esta posición no es pacífica ni en la doctrina, que admite la validez de la operación de asistencia financiera en determinados supuestos⁷, ni en la jurisprudencia, que en muchas ocasiones, terminan por admitir excepciones para salvar el devastador automatismo de la nulidad y cuando la aplican suelen limitar sus efectos al negocio asistencial propiamente dicho.

Como es lógico, estas vías de escape a la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico son más buscadas por los tribunales que por la doctrina mercantilista que, en mi

leveraged bus-outs", *RDM*, n. 231, 1999, pp. 597 y s.; BAYONA GIMÉNEZ, *La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias*, Cizur Menor, 2002, pp. 39-206; y VAQUERIZO ALONSO, "Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias", Madrid, 2003, 49-108.

⁴ *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1994, pp. 349 y s.

⁵ En este sentido, PAZ-ARES y PERDICES HUETOS ["Los negocios sobre las propias acciones" (arts.74 a 89 de la Ley de Sociedades Anónimas", en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. IV, vol. 2 B, Dir. Uría-Menéndez-Olivencia, Madrid, 2003], recomiendan, a la espera de reformas venideras, "una interpretación limitada de esta norma que, dentro de su sentido literal posible, la haga sensata y razonable" (pp. 494 y s.) y "que no lleve a esta norma más allá de allí donde una apreciación razonable de los intereses en juego exijan" (p. 400).

⁶ Por ejemplo, así lo hacen PAZ-ARES y PERDICES, *op. cit.*, p. 464 o la RDGRN 1-12-2000.

⁷ Por ejemplo, ALFARO, VICENT CHULIÁ, FLORES DOÑA, VAQUERIZO ALONSO, BAYONA, FERNÁNDEZ DEL POZO, CABANAS TREJO, SATRUSTEGUI, ÁLVAREZ ARJONA, como veremos posteriormente.

opinión, a veces con cierta ligereza defiende la nulidad absoluta de la operación asistencial sin tener en cuenta la tremendas consecuencias que esto puede tener sobre los negocios jurídicos celebrados y las prestaciones comprometidas. Por expresarlo de manera gráfica, es más fácil decirlo en las páginas de una revista jurídica o de una monografía que aplicarlo a un caso concreto y real. La nulidad de pleno derecho supone la total destrucción de los efectos nulos con las graves consecuencias jurídicas que ello conlleva (lo que es nulo no produce ningún efecto, hay que retrotraer la situación al estado anterior; la nulidad es imprescriptible, insubsanable, automática, *ipso iure*, y un largo etcétera) y por esta falta de flexibilidad, por este *todo* o *nada*, es por lo que el Tribunal Supremo ha procurado dotar al Ordenamiento de determinadas vías de escape de la nulidad⁸. De este modo, un análisis de la jurisprudencia civil evidencia un esfuerzo claro y explícito del Tribunal Supremo por limitar el ámbito de aplicación del art. 6.3 CC y, en la mayoría de ocasiones en las que el alto Tribunal se ha esforzado por precisar su alcance y significado, ha sido para descartar precisamente su aplicación al caso concreto enjuiciado en esa sentencia.

Paradigmática de esta doctrina jurisprudencial es la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1987 y que transcribo parcialmente a continuación, subrayando algunas contundentes frases aplicables a los supuestos de contravención de la prohibición de asistencia financiera:

Esta Sala, al enfrentarse con el texto del número tercero del artículo sexto [...]se ha visto compelida a delimitar su preciso alcance estableciendo –STS 19-10-1944 y STS 28-1-1958- que el precepto se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad –STS 8-10-1963, STS 22-3-1965, STS 8-3-1966, STS 19-1-1967, STS. 31-5-1968, 14-12-1971, 30-6-1978, STS 8-6-1979- que hace deba ser interpretado no con criterio rígido sino con criterio flexible por lo que no es posible admitir que toda disconformidad con una ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de la nulidad, ni tampoco que sea preciso para la validez de los actos contrarios a la ley que tal validez sea dispuesta de modo textual en la ley misma. El precepto – STS 27-2-1964 y STS 28-7-1986- no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad sino que hay lugar a clasificar los actos contrarios a la ley en tres distintos grupos: 1º) Aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces incluso de oficio; 2º). Actos contrarios a la ley en que la ley misma disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo entonces reconocérseles validez a tales actos «contra legem»; y 3º) Actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patenten al acto como gravemente contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público⁹.

⁸ Por todos, GULLÓN BALLESTERO, “Comentarios al artículo 6 del Código Civil”, en *Comentarios del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 36 y ss.; y PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, pp. 223 y ss., y “Ex Art. 6.3”, *Jurisprudencia civil comentada*, t. I, Granada, 2009, pp. 66 y ss., a los que sigo en este punto.

⁹ Que expresamente refleja la STS de 18-6-2002, STS 24-2-2004, STS 23-9-2006, STS 10-4-2007, y, para un caso de asistencia financiera, textualmente la SAP Córdoba 23-12-2009, ratificada por la STS 9-12-2012.

También me parece de interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2007, que trataba sobre la validez de una convocatoria de Junta de socios de una SRL y los efectos de la adquisición de participaciones que no se había comunicado por escrito al órgano de administración, tal y como era preceptivo y que la ley sí sancionaba expresamente con su nulidad (art. 20 LSRL 1953):

En los casos en que se establece específicamente la nulidad del acto contrario a la disposición legal, o esta consecuencia es inherente a su naturaleza y contenido, los efectos de esta sanción legal tampoco revisten carácter absoluto, sino que, mediante la adecuada interpretación de la ley, deben modularse, si resulta procedente, en función de la finalidad prevista en el precepto contrariado y, específicamente, de los derechos o intereses que se trata de garantizar, pues la declaración de nulidad no puede tener un carácter desproporcionado en relación con el objeto de la norma que trata de salvaguardarse frente al arbitrio individual mediante tan extremada sanción, especialmente en aquellos casos en los cuales, aun existiendo una contravención, no puede establecerse la existencia de una oposición radical entre el acto celebrado y la finalidad del precepto, pues no toda disconformidad del acto con la norma comporta la sanción de nulidad.

Pues bien, esta jurisprudencia negativa o delimitadora del Tribunal Supremo, tendente a mitigar el poder predatorio de la nulidad respecto de los actos de autonomía negocial también ha tenido reflejo en supuestos de contravención de la prohibición de asistencia financiera, especialmente en los últimos años. Así, aunque no son muchas las resoluciones de nuestros Tribunales en materia de asistencia financiera, varias de sentencias dictadas en los últimos años han considerado válida la operación asistencial o no se han planteado la nulidad de la misma¹⁰, mientras que las que declaran la nulidad del negocio en que haya consistido la asistencia (préstamo o garantía normalmente), de un lado, no extienden la nulidad al resto de negocios jurídicos implicados en la operación y, de otro, los efectos de la nulidad de la asistencia suelen ser muy limitados¹¹. La doctrina se ha hecho eco de esta tendencia jurisprudencial hacía una corrección interpretativa del tenor excesivamente amplio de la prohibición de asistencia financiera que contiene el precepto regulador¹² aunque, en mi opinión, no se han explicado suficientemente las razones en las que se apoya.

En mi opinión, los argumentos de por qué en sede de la prohibición de asistencia se debe defender la regla jurisprudencial en contra del automatismo de la nulidad se encuentra en dos de los expedientes o vías mediante las cuales el Tribunal Supremo ha construido su tesis restrictiva limitadora del ámbito de aplicación de la nulidad de pleno derecho de los negocios jurídicos¹³: comprobar si nuestro Ordenamiento jurídico prevé expresa o implícitamente una sanción distinta a la nulidad para este caso de contravención del artículo 150 LSC; y, para cada caso en particular, valorar si los

¹⁰ Auto AP Madrid 9-1-2007; STS 1-3-2012; STS 9-12-2012.

¹¹ Por ejemplo, la reciente STS 3-7-2012, tras decir que unas prendas sobre acciones eran nulas por infracción del art. 81 LSA, después aclara que *“como la constitución de la garantía no fue retribuida su nulidad no determina el nacimiento de ninguna obligación de restituir”*.

¹² Así, MINGOT AZNAR, “La prohibición general de asistencia financiera del artículo 81.1 LSA en las operaciones apalancadas”, *RdS*, n. 28, 2007, pp. 371-379, al comentar el Auto de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de enero de 2007, sobre la que trataremos después.

¹³ Que detalla PASQUAU LIAÑO, “Ex Art. 6.3”, *Jurisprudencia civil comentada*, cit., pp. 67 y ss.

intereses que protege la norma han quedado suficientemente garantizados y es conveniente mantener la validez del negocio jurídico celebrado contra legem.

Estas dos vías para salvar de la nulidad al negocio de asistencia financiera, que es lo que el interprete debe intentar siempre, tal como impone el Tribunal Supremo en su consolidada doctrina, no son, ni mucho menos, excluyentes o alternativas sino que se pueden recorrer simultáneamente, reforzando el resultado si las dos llegan a la misma conclusión, aunque con que una prospere es suficiente para negar la nulidad radical de las operaciones de asistencia financiera.

4. LA CONTRAVENCIÓN DE LA NORMA PROHIBITIVA: INTEGRACIÓN DEL SILENCIO DEL ARTÍCULO 150 LSC CON DETERMINADAS SANCIONES Y EFECTOS PREVISTOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Se suele hacer un silogismo legal excesivamente simple, que, más o menos, consiste en el siguiente: como según el Código civil los actos contra normas prohibitivas son nulos de plenos derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto en caso de contravención; y el artículo 150 LSC es una norma prohibitiva que no prevé sanción alguna por su contravención; entonces los actos contrarios a la prohibición de asistencia financiera son nulos de pleno derecho. No obstante, esto, como suele ocurrir en Derecho, no es tan sencillo y se deben hacer una serie de precisiones que pueden desmontar alguna de las premisas de dicho silogismo y, por tanto, la conclusión a la que se llega.

En primer lugar, existen razones de peso para pensar que el silencio sobre los efectos de la contravención de esta norma ha sido querido, porque el legislador español no tenía ningún obstáculo para poder fijar una sanción específica de nulidad por infracción de la prohibición de asistencia financiera. Hay países de nuestro entorno que, a la hora de transponer la Segunda Directiva expresamente establecieron en sus preceptos reguladores de la proscripción de la asistencia financiera la nulidad del negocio asistencial (art. 71.1 *Aktiengesetz* alemana y art. 322 *Código de Sociedades* portugués), por lo que el legislador español podría haber seguido esta línea normativa. Este intencionado silencio, que se repite en la mayoría de países de nuestro entorno (Reino Unido, Italia, Francia, Bélgica, Holanda, etc.), aunque genera cierta inseguridad jurídica sobre la validez de los negocios concurrentes, tiene el indudable utilidad de conceder al intérprete de la norma un gran margen de flexibilidad en la determinación de los efectos de su incumplimiento. Como señala la doctrina británica para un silencio similar¹⁴:

el legislador, consciente de la multitud de formas que puede adoptar la operación de asistencia financiera y de los diferentes negocios jurídicos que en torno a ella pueden realizarse, antes de emitir una declaración categórica sobre los efectos de dichas operaciones, prefiere abandonar esas cuestiones al examen casuístico por parte de los tribunales, que deben aplicar la normativa general según la naturaleza de cada uno de los negocios realizados y teniendo presente los diferentes intereses en juego.

¹⁴ Y recoge BAYONA JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 87 y s., citando a FARRAR y otros autores.

Ha de tenerse en cuenta, que la propia Ley de Sociedades Anónimas en la sección dedicada a los *negocios sobre propias acciones*, donde se enmarcaba la prohibición de asistencia financiera, contenía preceptos que preveían expresamente las consecuencias de la infracción de sus regímenes particulares (art. 83 LSA para las participaciones propias) y, en concreto, para el caso de la adquisición derivativa de las acciones propias, su contravención se sancionaba de manera explícita con la nulidad del negocio de adquisición (art. 76.2 LSA, aunque la rigurosidad de esta sanción desapareció con la reforma sufrida por la Ley 3/2009), sin perjuicio de otros preceptos que a lo largo de la ley hablaban de nulidad de los actos, acuerdos o negocios contrarios a sus normas (arts. 46, 47, 63, etc.). Es más, de haber querido el legislador podría haber aprovechado la promulgación de la Ley de Sociedades de Capital, para establecer expresamente, si esa fuese su intención, la nulidad de pleno derecho de la contravención de la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones (art. 150.1 LSC; art. 233-31 PCM) y de participaciones (art. 143.2 LSC; art. 232-24 PCM), como en cambio reconoce para otras infracciones de normas en el propio el capítulo VI dedicado a *los negocios sobre las propias participaciones y acciones*: para las sociedades anónimas (art. 146.4 LSC; art. 233-24.4 PCM), y para las sociedades de responsabilidad limitada (arts. 135, 140.2 LSC; art. 232-29-2 PCM).

Respecto a esto último, ALFARO AGUILA-REAL, al comentar la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2012 e integrarla con otra de 9 de diciembre de 2012¹⁵ explica:

Además, el Tribunal Supremo, en el otro caso se valió de un argumento muy formal y era éste que la LSRL establecía expresamente la consecuencia de la nulidad de las *adquisiciones* de participaciones realizadas en contravención de la prohibición legal, pero no decía nada respecto de las consecuencias de la infracción de la prohibición de asistencia financiera (v., ahora, el art. 140 LSC). Para las sociedades anónimas, sin embargo, la infracción de la prohibición de adquisición de acciones propias (esto es, la adquisición en los casos no permitidos) no genera como consecuencia la nulidad de la adquisición, sino la obligación de enajenarlas en el plazo de un año o su amortización (art. 139 LSC al que se remite el art 147 LSC). De modo que, para la infracción de la prohibición de asistencia financiera -idéntica en sociedades anónimas y limitadas- debería valer el mismo argumento y concluir que tampoco, en el caso de la asistencia financiera, son nulos los negocios por los que la sociedad presta la asistencia financiera (hipotecas en el otro caso y prendas de créditos en éste).

Por otra parte, que un precepto prohibitivo no tenga previsto en su texto las consecuencias de su contravención, no significa automáticamente que no las haya, sino que hay que realizar la pertinente exploración de las conexiones de la norma con la totalidad del ordenamiento jurídico del cual forma parte, yendo de lo especial a lo general, y comprobar si la efectividad de la norma contravenida requiere ineludiblemente la sanción de nulidad de pleno derecho, o si basta con otra sanción que de manera expresa o por vía interpretativa puede entenderse prevista en la ley. La mayor parte de las veces, el sentido de una norma sólo se infiere cuando se le considera parte

¹⁵ El Supremo (no) concreta las consecuencias de la asistencia financiera”, *blog de Derecho Mercantil*, de 23 de enero de 2013: <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2013/01/el-supremo-no-concreta-las.html>

de la regulación a la que pertenece, por lo que entre varias interpretaciones posibles según el sentido literal, hay que primar una interpretación sistemática¹⁶ y por ello no se debe analizar el artículo 150 LSC como un precepto aislado, sino que hay que integrarlo con el resto de normas del ordenamiento, sobre todo la del Derecho de sociedades.

Y esa búsqueda da rápidos resultados, porque en la misma sección reguladora de los negocios sobre las propias acciones termina con el artículo 157 LSC (antiguo art. 89 LSA) que contiene un *régimen sancionador* común para los casos de incumplimiento de las obligaciones o la vulneración de las prohibiciones en dicha sección. La sanción consiste en una multa impuesta por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (art. 157.6 LSC; art. 89.5 LSA) a los administradores de la sociedad infractora, graduada precisamente en función de su entidad, de los perjuicios ocasionados a la sociedad, accionistas y terceros (art. 157.2 LSC; art. 89.3 LSA) cuyo importe puede llegar hasta el valor nominal de las acciones suscritas por un tercero con asistencia financiera o aceptadas en su garantía (art. 89.2), prescribiendo la infracción a los tres años de haberse cometido (art. 157.4 LSC; art. 89.4 LSA).

Se ha defendido que, ante la ausencia de una previsión específica de nulidad del negocio asistencial en el precepto regulador de la prohibición de asistencia financiera, la sanción prevista en el artículo 157 LSC da contenido al segundo inciso del artículo 6.3 CC, en el sentido de que se preceptúa un efecto distinto de la nulidad para el caso de contravención¹⁷. Sin embargo, una sanción administrativa, una multa, por importante que pueda ser, no agota la respuesta del ordenamiento jurídico contra el infractor ni puede absorber las consecuencias perjudiciales que se pueden producir en el ámbito jurídico privado la infracción de la norma¹⁸).

En la mayoría de las ocasiones no se inicia ni siquiera el expediente sancionador por esta infracción y cuando se hace es porque los posibles perjudicados denuncian su comisión, pero paradójicamente, en muchos casos, ésta es la única sanción que termina por imponerse por incumplimiento de la prohibición de asistencia financiera sin llegar a depurar mayores responsabilidades y efectos en sede judicial¹⁹. Por poner un ejemplo de Derecho comparado, en el Reino Unido, con una situación parecida a la Española en la que la norma reguladora de la prohibición de asistencia financiera sólo contenía sanciones a la sociedad y los administradores pero no establecía los efectos sobre los negocios vinculados con la operación, la jurisprudencia se pronunció en varias ocasiones a favor de la validez jurídica de la asistencia financiera aunque la operación fuese declarada ilegal, con base en una interpretación literal de la norma²⁰ (aunque la doctrina británica criticase que esto daba lugar a sanciones pírricas para los infractores.

¹⁶ LARENZ, *Metodología de la norma jurídica*, Madrid, 1994, pp. 316 y s.

¹⁷ SATRÚSTEGUI MANCHUCA, "Adquisiciones especiales", en *Régimen jurídico de las adquisiciones de empresas*, Dir. Álvarez Arjona y Carrasco, Cizur Menor, 2001, pp. 443 y ss.

¹⁸ Vid. STS 10-10-2008, que consolida su jurisprudencia de necesaria distinción entre efectos civiles y administrativos; y con referencia expresa a la sanción administrativa como insuficiente para los casos de asistencia financiera, PAZ-ARES y PERDICES, *op. cit.*, p. 466.

¹⁹ Como se deduce, por ejemplo, de las Sentencias de la Audiencia Nacional (Sala Contencioso-Administrativo) de 25-9-2008 y de 25-4-2012, que confirman respectivamente la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda de 18-5-2007 y de la Resolución de la CNMV de 24-2-201, que imponían a los administradores sociales sendas multas por infracción de la prohibición de asistencia financiera.

²⁰ *Victor Battery Co. Ltd. V. Curry's Ltd.* [1946], *Curtis's Furnishing Stores Ltd. V. Freedman* [1966].

Tomada de una manera individualizada, la sanción administrativa prevista en el artículo 157 LSC parece a todas luces insuficiente como única reacción del ordenamiento jurídico a la contravención de una norma prohibitiva, pero la cosa cambia cuando se conecta con el régimen general de responsabilidad de los administradores sociales. El artículo 236 LSC, antiguo artículo 133 LSA, contiene la tradicional *responsabilidad indemnización* de los administradores sociales, por la cual son responsables de los daños causados a la sociedad, a los socios o a los terceros por una actuación contraria a la Ley, a los estatutos o realizada sin cumplir con el deber de diligencia, siendo necesaria la existencia una relación causa-efecto entre la actuación imputable a los administradores y el daño causado (que hay que probar y cuantificar). Por tanto, los administradores de la sociedad asistente, si la operación contraviene lo dispuesto en el artículo 150 LSC, serán responsables, civilmente hablando, de los daños que hayan causado por dicha actuación ilegal. En el marco de la responsabilidad indemnización encontramos dos acciones que perfectamente se puede entablar contra los administradores partícipes en una asistencia financiera prohibida: la acción social de responsabilidad, que procede en aquellos supuestos en que el patrimonio dañado con la actuación de los administradores sea el patrimonio de la sociedad (arts. 238 y ss.; art. 134 LSA); y la acción directa o individual de responsabilidad que procede cuando los actos de los administradores lesionen directamente los intereses de socios y terceros (art. 235 LSC; art. 135 LSA). En cuanto al plazo de prescripción, la jurisprudencia es constante en considerar que, por aplicación del artículo 949 del Código de Comercio, las acciones de responsabilidad contra los administradores por su actividad orgánica prescriben a los cuatro años desde que dejan de ejercer el cargo²¹.

Pues bien, hay autores²² y varias resoluciones judiciales que consideran suficiente para la protección de los intereses en juego el sistema de responsabilidad de los administradores del Derecho de sociedades sociales por actos u omisiones contrarios a la ley. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2010, que condena a los administradores al pago a la sociedad del importe de la retribución extraordinaria que concedieron a varios directivos acciones de la sociedad anónima, no se pronuncia sobre la nulidad de los negocios de concesión de financiación y de adquisición de acciones, a pesar de calificarse la operación de asistencia financiera prohibida; y en la misma línea, la Sentencia de la AP de La Rioja de 17 de octubre de 2009, que admite la acción de responsabilidad contra los administradores sociales por su implicación en la ejecución de una asistencia financiera prohibida no se plantea ni la nulidad de la operación de asistencia ni la posterior adquisición de acciones.

Pero es que además, y esto se suele olvidar, en el ámbito penal también encontramos dentro de los denominados *delitos societarios* del Código Penal (arts. 290-297), tipos delictivos que pueden tener incidencia en una operación de asistencia financiera prohibida. En particular²³, la conducta de los administradores que infringen la prohibición de asistencia financiera encaja en el artículo 295 CP que dispone que:

²¹ Por todas, STS 20-7-2001.

²² Como ÁLVAREZ ARJONA, “Comentario a la RDGRN 1535 de 1 de diciembre de 2000”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia*, n. 57, 2001, p. 540 y s.; y ALFARO, *op. cit.*, *loc. cit.*

²³ Como señala BAYONA, *op. cit.*, pp. 452 y s.

los administradores sociales que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido.

Como establece el propio Código penal, el plazo de prescripción de los delitos cuya pena sea de prisión sea inferior a cinco años, como es el caso, es precisamente de cinco años (art. 131.1 CP).

Sumadas las comentadas responsabilidades administrativas, civiles y penales en las que pueden incurrir los administradores sociales que participen en una operación de asistencia financiera prohibida, ya no parecen tan irrisorios los efectos de la infracción de la norma ni se puede hablar de una simple multa.

Aunque el panorama para los administradores que infrinjan la normativa sobre asistencia financiera sea tan poco halagüeño (multa hasta el valor nominal de las acciones suscritas con asistencia financiera; indemnización por los daños causados; y pena de prisión de hasta cuatro años o multa hasta el triple del beneficio obtenido), no terminan aquí las sanciones y efectos que por vía interpretativa pueden entenderse previstos en la norma.

En primer lugar, está la posibilidad de impugnar los acuerdos sociales tomados por el órgano de administración (art. 251 LSC; art. 143. LSA) o la propia junta de socios (arts. 204 y ss. LSC; arts. 115 y ss. LSA), tendentes a la realización de una operación de asistencia financiera ilegal, que por ser contrarios a la ley se deben calificar como acuerdos nulos. La nulidad, frente a la anulabilidad de los acuerdos, concede mayor plazo para ejercer la acción de impugnación (hasta un año desde que se tomo el acuerdo o se inscribió en el BORME, a menos que se considere que los acuerdos resulten contrarios al orden público, lo que es absolutamente excepcional) (art. 205.1 LSC; art. 116.1 LSA) y mayor amplitud de las personas legitimadas para impugnar judicialmente el acuerdo: socios, administradores y cualquier terceros que acredite interés legítimo (art. 206.1 LSC; art. 117.1). De este modo, cualquier tercero con que pueda demostrar interés legítimo, como en el caso que pusimos de ejemplo, los acreedores y trabajadores de la sociedad vendedora del inmueble que después sirvió de garantía, podrían haber impugnado los acuerdos sociales relativos a la venta del inmueble y a la venta de acciones a la sociedad compradora del inmueble, de haber considerado que estas operaciones eran contrarias a la ley.

A todo esto hay que añadir las acciones civiles que los acreedores pueden ejercitar contra su deudor para impugnar los actos que haya realizado en fraude de sus derechos. En particular, los acreedores insatisfechos pueden ejercer la acción revocatoria, también denominada *Pauliana*, regulada en el artículo 1.111 CC *in fine*, y que se debe conectar con el artículo 1.291.3 CC, por el que son rescindibles los contratos “en fraude de acreedores, cuando estos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba”. El presupuesto fundamental de estas acciones es la actuación fraudulenta del deudor, elemento subjetivo que requiere que el deudor haya tenido conciencia o, al menos, conocimiento de que la enajenación realizada supone un perjuicio para sus acreedores. Recordemos que esta acción rescisoria tiene un plazo de ejercicio de cuatro

años (art. 1.299.1 CC) que se computan desde el día de la teórica enajenación fraudulenta²⁴.

Y si la asistencia financiera trae aparejada, como a veces suele ocurrir, operaciones de adquisición de acciones propias o autocartera que no encajen en los supuestos de libre adquisición (art. 144 LSC) o no se realicen bajo las condiciones formales y requisitos cuantitativos que establece la ley (art. 148 LSC), es de aplicación el régimen legal sancionador por infracción de dichas normas (arts. 147 y art. 157 LSC) que, dicho sea de paso, se relajó notablemente por la Ley 3/2009, puesto que la LSA en su texto original prescribía la nulidad del negocio de adquisición de acciones propias si no se respetaban los límites legales (art. 76.2 LSA), mientras que ahora sólo se impone la obligación de enajenarlas, amortizarlas o reducir capital (art. 139 LSC).

El estudio y análisis de las sanciones, efectos y mecanismos legales preventivos o reparadores de los daños que puedan causar operaciones sociales ilegales o en fraude de acreedores en Derecho de sociedades, se debe completar con el régimen previsto en la Ley Concursal, aplicable si alguna de las partes partícipes en la operación de asistencia financiera estuviese incurso en un proceso concursal. De un lado, la administración concursal y los acreedores del concursado pueden ejercer las acciones de reintegración previstas en los artículos 71-73 de la Ley Concursal. Sin entrar en detalles, que por sabidos son innecesarios, declarado el concurso son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, teniendo la legitimación activa para el ejercicio de dichas acciones rescisorias y demás de impugnación la administración concursal y, subsidiariamente, los acreedores del concursado. De otro, si el concurso de la sociedad asistente fuera calificado culpable, los administradores sociales y quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, pueden ser condenados a pagar a los acreedores concursales, total o particularmente, el importe que de su créditos no perciban en la liquidación de la nada activa (art. 172.3 LC). Y vale la pena recordar que el concurso de sociedades se califica como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave por parte de los administradores (art. 164.1 LC) y que, en todo caso, cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso hubiera salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos (art. 164.2.5° LC).

5. LA FINALIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE ASITENCIA FINANCIERA Y LA INDEMNIDAD DE LOS INTERESES PROTEGIDOS POR LA NORMA Y LA NATURAL PONDERACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SANCIÓN

El Tribunal Supremo, en su jurisprudencia consolidada a la que ya hemos referencia anteriormente, defiende la necesidad de extrema prudencia en la declaración de nulidad,

²⁴ Según JORDANO FRAGA, “El *dies a quo* para el computo del plazo de la acción revocatoria o Pauliana (con motivo de una jurisprudencia reciente)”, *RCDI*, n. 71, 1995, pp. 71 y ss., por aplicación del art. 37 LH.

cuyo recurso se debe restringir a los supuestos de auténtica contradicción entre la finalidad de la ley y la del acto ejecutado, según resulta de la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles del mismo y cuando quede patente de un modo indubitado que el acto es gravemente contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público²⁵. De este modo, si se conjuga una interpretación teleológica de la norma, que atiende a su espíritu y finalidad, y que es reconocido como el más importante de los criterios hermenéuticos de interpretación de las leyes (art. 3.1 CC *in fine*), con la valoración de las circunstancias concretas de cada operación, resulta posible concebir operaciones de asistencia financiera *prima facie* ilícitas en las que, atendiendo a los intereses puestos en juego, deba admitirse su validez.

Como señala la doctrina especializada²⁶, es necesario reconocer un cierto margen de maniobra a favor del órgano jurisdiccional cuando las circunstancias concretas de la operación controvertidas así lo exijan y habrá que ver si los fines que pretende la norma quedan suficientemente tutelados. Según una interpretación plausible, la *ratio* de la norma es lograr, por un lado, la integridad del capital social, impidiendo que se nutra con aportaciones patrimoniales de la propia sociedad, en lugar de proveerse con aportaciones externas de los accionistas; por otro, desde el punto de vista organizativo interno de la sociedad, la norma trata de poner freno a posibles abusos por parte de los administradores en la medida en que los negocios sobre las propias acciones pueden ser perturbadores del normal sistema de distribución de poderes en el seno de la sociedad anónima²⁷.

En Derecho comparado, un autorizado sector doctrinal (FARRAR, MORSE, FRE, LEFEVRE, HEFERMEHL) considera válida la asistencia financiera en los supuestos en los que estén suficientemente tutelados los interés de accionistas y acreedores sociales²⁸. En nuestra doctrina, por citar algunos autores, aunque reconociendo la falta de unanimidad en este punto, VICENT CHULIÁ²⁹ considera que:

si lo que se protege es el contrato social y en especial el ánimo de lucro como fin propio de la sociedad, que se resume en el derecho de cada socio a obtener beneficio dentro de la sociedad, nada podría objetarse a la asistencia financiera —siempre que se utilicen reservas de libre disposición— la adquisición apalancada de las acciones o participaciones podría realizarse si todos los socios de la sociedad afectada prestasen su consentimiento.

²⁵ GULLÓN, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁶ VAQUERIZO, *op. cit.*, p. 594.

²⁷ Por todos, AURIOLES MARTÍN, “Los leveraged-buy-outs y su integración en el Derecho español de sociedades anónimas”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Broseta Pont*, t. I, Valencia, 1995, p. 249.

²⁸ Citados por FLORES DOÑA, “Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias”, en *Derecho de Sociedades Anónimas*, t. II, vol. 2, Madrid, 1994, p. 1397 y s., aunque esta autora exige además que se haga con cargo a beneficios netos y la adquisición tenga por objeto acciones íntegramente liberadas.

²⁹ “Normas aplicables, analogía, fraude de ley *and all that* en el Derecho de sociedades”, *RGD*, n. 615, 2995, pp. 13.523 y ss.

Y posteriormente manifiesta que³⁰:

si no hay socios minoritarios en la target (caso, por ej., de sociedad unipersonal) o si consienten todos la operación, y no hay riesgo para los fondos propios de la sociedad, pensamos que no se debería aplicar la prohibición y que los trabajadores de la sociedad y otros terceros no tendrían acción de nulidad.

Por su parte, CABANAS TREJO³¹, defiende que antes de aplicar la norma sancionadora hay que realizar una valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto y que:

no se alcanza a ver qué interés social o de la minoría digno de tutela se ve aquí afectado, desde el momento en que el acto de prestación de garantía cuenta con el respaldo unánime de los socios, es decir, de todas las hipotéticas víctimas que por el mero hecho de consentirlo dejan de serlo.

Un ejemplo de cómo influyen las circunstancias y se tienen en cuenta los efectos previsibles de la declaración de nulidad lo encontramos, a mi parecer, en la conocida Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de diciembre de 2000 que se suele poner como ejemplo clásico de aplicación de la tesis de la nulidad de pleno derecho a la contravención de la prohibición de asistencia financiera. Éste es un caso de manual (una sociedad hipoteca una finca de su propiedad para garantizar el pago aplazado de la compra de sus participaciones) detectado de manera muy temprana (el Registrador de la Propiedad se negó a inscribir la escritura de hipoteca por infringir la prohibición del art. 40.5 SRL) por lo que las consecuencias de la calificación de nulidad de la hipoteca por el Registrador, por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y por la propia Dirección General de los Registros y del Notariado se limitaron a negar la inscripción hipotecaria y, por tanto, a la constitución de la garantía, de forma que lo único que ocurrió es que es que la parte vendedora, que aún no había cobrado parte del precio, se quedó sin garantía. Pero, y esto es lo que quiero destacar, no habría sido tan sencillo aplicar esta sanción si el Registrador hubiera inscrito la hipoteca y hubieran pasado algunas de las muchas de las vicisitudes que se nos puedan ocurrir: transmisión de las participaciones a terceros, ejecución de la hipoteca, venta de la finca, etc. Aunque ni el tiempo, ni la autorización notarial ni la inscripción registral, convalidan los actos nulos, no es menos cierto que generan una apariencia jurídica de legalidad que cuesta mucho más rebatir y los efectos de la nulidad suelen ser mucho más devastadores.

Me parecen muy interesantes las reflexiones de CABANAS TREJO³², cuando, tras analizar de manera muy crítica el Auto del Presidente del TSJC que resolvía el recurso que dio lugar a la comentada RDGRN, concluye diciendo:

³⁰ *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, Valencia, 23.ª ed., 2012, p. 654.

³¹ “Breve Nota”, *Revista Jurídica del Notariado*, n. 33, 2000, pp. 288 y s.

³² “Breve Nota”, cit., pp. 288 y s.

En la práctica de nuestros despachos, no es infrecuente una operación en la que una sociedad familiar, que no titulariza otro activo que un inmueble, en lugar de vender este último a un promotor, lo que hace es transmitirle la sociedad –elusión fiscal aparte–, con un cambio de administrador que se formaliza en el número siguiente de protocolo. Ningún problema si el promotor dispone de los fondos necesarios para ello, pero puede ocurrir que necesite financiación externa [...] Al ser la sociedad la que constituye la garantía a favor de un tercero –el promotor de marras–, a fin de que éste obtenga del banco el crédito con el cual adquirir las participaciones de la sociedad, todo el entramado se nos viene abajo, pues la garantía –según parece– es nula de pleno derecho [...] En última instancia, si algún día surge un problema, todo se resolverá en vía judicial, y por mucho que diga el auto del TSJCE, a pesar de que la inscripción no convalida los actos y contratos nulos, albero pocas dudas de que el banco conservará las garantías.

Por último, quiero finalizar este apartado con una resolución judicial que recoge gran parte de las tesis defendidas a favor de la validez de la asistencia financiera. Me refiero a la Sentencia de la AP de Córdoba de 23 de diciembre de 2009³³, que dice:

la finalidad del tan citado artículo 40.5 de la LSRL es doble, por cuanto pretende defender la integridad del capital social y la protección de las minorías de socios, evitando desviaciones de poder por parte del órgano de administración. Y en este caso, aparte de que no se aprecia que ninguno de tales objetivos sea de interés público, pues ambos pretenden la protección de intereses particulares (los de los socios de una sociedad capitalista de responsabilidad limitada), no parece que la celebración de los negocios jurídicos combatidos en contra de lo previsto en el meritado precepto perjudicara a las minorías, por cuanto la práctica totalidad de tales socios estaban en el mismo ámbito de decisión y control; y respecto de la integridad del capital social, la misma puede defenderse tanto concursal como extraconcursalmente, a través de las correspondientes acciones de responsabilidad social, o individual, en este último caso ejercitadas por acreedores que tengan efectivamente la condición de terceros perjudicados por tales actos y debidamente legitimados para ello. Todo ello, sin perjuicio de las sanciones de orden administrativo previstas en el artículo 42 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Pues bien, habrá que ir caso por caso, y ver si en el momento de que se produzca la operación germen de la asistencia financiera no existían acreedores dignos de mención, que de haberlos habido podrían haber impugnado los acuerdos sociales que hicieron posible la operación y exigido las pertinentes responsabilidades por lesión de directa de sus intereses. En cuanto a la protección de las minorías, habrá que ver si en la toma de decisiones por la sociedad asistente estaban de acuerdo todos los socios ya que entonces no existiría una minoría perjudicada que pudiera quejarse de la posterior toma del control de la sociedad de una manera adulterada por la sociedad compradora del inmueble. Finalmente, en cuanto a la protección del orden público, éste no puede verse afectado si no son sociedades cotizadas en las que la operación pudiera repercutir en la cotización de las acciones. Por ello, y aunque en mi opinión ya era suficiente la inactividad de los acreedores sociales para sostener la validez del negocio de asistencia

³³ Que ratifica la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n. 9 y Mercantil de Córdoba y que es confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2012.

financiera, también por esta vía se llega al mismo resultado, lo que indudablemente refuerza la tesis de no nulidad de la operación.

6. EFECTOS DE LA CONTRAVENCIÓN DE LA NORMA SOBRE EL NEGOCIO DE ADQUISICIÓN DE ACCIONES Y OTROS NEGOCIOS CONCURRENTES EN LA OPERACIÓN DE ASISTENCIA FINANCIERA

En las operaciones de asistencia financiera se suelen cruzar varios negocios jurídicos diferentes, cada uno con su causa, pero ligados funcionalmente en un mismo objetivo. El problema más grave de la aplicación de la teoría de la nulidad al negocio de asistencia financiera, por la que, como hemos visto, aboga gran parte de la doctrina, es la generación de una gran incertidumbre jurídica sobre la eventual invalidez del negocio de adquisición de acciones y de otros vinculados al de financiación.

Pero, aparte del negocio de adquisición de acciones, pueden haber otros negocios vinculados al de financiación, por lo que debemos plantearnos, en caso de que se considere que la operación de asistencia financiera es nula, cómo quedan afectados dichos negocios. Por ejemplo, en la operación inmobiliaria que hemos puesto como ejemplo de referencia, una sociedad vende un inmueble a otra, posteriormente un banco concedió un préstamo a dicha sociedad, que fue garantizado con hipoteca sobre el inmueble transmitido, y finalmente dicha sociedad, al cabo de un tiempo, adquirió acciones de la sociedad vendedora. Nos encontramos entonces en la operación con cuatro negocios jurídicos (una venta inmobiliaria, un préstamo, una hipoteca y una adquisición de acciones) y tres sujetos (el beneficiario de la supuesta asistencia financiera y luego eventual adquirente de las acciones; la sociedad hipotéticamente asistente financiadora si se estima que indirectamente fue el de garante de la operación – sociedad vendedora-- y el tercero prestamista (el banco). En rigor, la asistencia financiera prohibida no consiste en el préstamo sino en la hipoteca, y lo lógico, en su caso, es defender la nulidad parcial por lo que el préstamo vale, que el prestatario ha adquirido bien las acciones, pero la garantía no es válida, por lo que el banco que soporta la nulidad de la garantía –se quedará en simple acreedor sin garantía—lo habitual es que deba ser precavido pues puede sufrir la pérdida de la garantía y el empobrecimiento en calidad de sus créditos³⁴.

Ciertamente cuesta trabajo pensar que esta operación cumple con la tipificación de la conducta prohibida en el artículo 150.1 LSC, que como sabemos es un precepto que debe interpretarse restrictivamente, pero en todo caso, si se valora que la venta del hotel, propiamente dicha, fue realizada en fraude de ley –como defiende la demanda presentada--, hay que defender su validez, lo que no impide, como establece el artículo 6.4 CC, la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir. De este modo, incluso si del conjunto de la prueba se deduce que el negocio se hizo con intención de burlar la ley, y, por ello se incurre en mala fe, esto no significa que el mismo sea nulo,

³⁴ Como señala FERNÁNDEZ DEL POZO en un ejemplo parecido (*op. cit.*, p. 177).

sino que aparte de aplicarse la norma pretendida eludir, nacen consecuencias indemnizatorias³⁵.

La posible sanción de nulidad por contravención de la prohibición de asistencia financiera, que como he argumentado en las páginas anteriores considero injustificada de aplicar, afectaría *prima facie* al negocio asistencial y sólo excepcionalmente podría contagiarse de nulidad al resto. En cambio, si el negocio asistencial se considera válido (bien porque no se cumplen las condiciones que exige el art. 6.3 CC para aplicar la sanción de nulidad de pleno derecho o bien porque los intereses protegidos por la norma, a pesar de ser haberse incumplido, no se han visto afectados en el supuesto concreto), el resto de los negocios celebrados en el marco de la operación de asistencia financiera también deben serlo puesto que el tenor literal de la ley es muy claro en cuanto al ámbito estricto de la prohibición: “La sociedad anónima no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera” (art. 150.1 LSC *ab initio*). Los apoyos más sólidos a favor de la validez del resto de negocio jurídicos resultan de conjugar el consagrado principio de prudencia en la aplicación de la sanción de nulidad absoluta de los negocios jurídicos con una interpretación restrictiva (por ser una norma prohibitiva) y gramatical (art. 3.1 CC) del precepto, sin olvidar la necesaria interpretación correctora que impone las dudas sobre la validez y utilidad de la norma.

La tesis a favor de que, en principio, el negocio de adquisición de acciones celebrado, como consecuencia de la asistencia financiera recibida contraviniendo la ley, es válido es absolutamente mayoritaria en España y en Derecho comparado, y es la que ha seguido de una manera clara por nuestra jurisprudencia, que cuando ha declarado la nulidad del negocio asistencial no suele extender la sanción ni al de adquisición de acciones ni al resto que confluyen en la operación.

Para GARCÍA CRUCES³⁶, la adquisición de acciones propias llevadas a cabo mediante una asistencia financiera que contradice cuanto dispone el artículo 81 LSA no deviene en ningún caso nula, pues la misma no viene prohibida por tal norma. Aunque sin mucho detalles, son muy claras, y de peso por su autoridad, las palabras de URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA desde la primera edición del *Curso de Derecho Mercantil*³⁷, cuando manifiestan al tratar el contenido del artículo 81 de la LSA que:

deben entenderse por principio que el incumplimiento de este régimen determinan solamente la nulidad del negocio de asistencia financiera, pero no la del negocio de adquisición de las acciones concluido por el tercero.

A FERNÁNDEZ DEL POZO³⁸, predicar la nulidad del negocio de asistencia financiera y con ella y por contagio *—fraus omnia corrumpit—la de la adquisición de acciones realizada le parece, en principio, excesivo*³⁹.

³⁵ NAVARRO FERNÁNDEZ; “EX Art. 6.4”, *Jurisprudencia civil comentada*, t. I, Granada, 2009, p. 87.

³⁶ “Ex artículo 81”, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Coord. Arroyo-Embido, Tecnos, Madrid, 2009, p. 13.

³⁷ T. I, Dir. Uría-Menéndez, Civitas, 2009, p. 853.

³⁸ *Op. cit.*, p. 176.

La cuestión clave es saber cuándo se rompen esta presunción, o dicho de otra manera, cuando la hipotética nulidad del negocio de asistencia financiera se extiende o arrastra al de adquisición de acciones. En este punto no hay, ni mucho menos, una posición única, ni en España ni en Derecho comparado.

En Alemania la doctrina distingue cuando el negocio aún no se ha ejecutado (caso en que la sociedad tiene derecho a reclamar su devolución si la asistencia consistió en la prestación de un préstamo o anticipo o, en su caso, la cancelación de la garantía prestada) y cuando sí, supuesto en que la nulidad no se aplica, al negocio consumado de adquisición de acciones por parte del tercero asistido, rigiendo los principios generales del derecho de obligaciones alemán⁴⁰. En Italia, para FERRI⁴¹, la nulidad sólo se puede extender cuando el tercero adquirente de las acciones tiene conciencia de que comete un ilícito. En el Reino Unido y en otros ordenamientos de influencia británica con gran experiencia en la materia, como es el australiano, la jurisprudencia ha fijado como norma que la ilegalidad de las operación de asistencia financiera no contamina, en principio, las demás operaciones conectadas a ella⁴², sino que habrá que ver su conexión y sólo en el caso en que dichos negocios vayan unidos de tal forma que no se puedan disociar uno del otro, se admite la nulidad de la operación en toda su totalidad⁴³.

En España FLORES DOÑA⁴⁴ estima que la nulidad del negocio de asistencia financiera se extiende al de adquisición de acciones sin en aquél aparece como condición la celebración de éste. Por su parte, según VICENT CHULIÁ⁴⁵, defiende la extensión de la nulidad al contrato de transmisión de acciones si el accionista transmitente ha incurrido en dolo, mala fe o culpa grave.

Como vemos no hay un criterio unánime que justifique esta excepcional la extensión de la nulidad del negocio asistencial al resto de la operación de asistencia financiera. En mi opinión, y aunque parto de la base de que para mí la contravención del art. 150 LSC no conlleva la nulidad de la asistencia financiera, lo esencial en estos casos es comprobar si los contratos que conforman la operación están o no absolutamente vinculados, y en caso de duda, no extender la causa al resto de los contratos por la necesaria prudencia que exige la rigurosidad de la sanción.

Esto nos lleva necesariamente a tratar de calificar esta vinculación contractual, como contratos conexos (o coligados) o contratos mixtos. Los primeros se dan cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que puede ser jurídicamente relevante⁴⁶. En los contratos

³⁹ Y en la misma se manifiestan VAZQUEZ CUETO (*Régimen jurídico de la autocartera*, Madrid, 1995, pp. 496 y s.); BAYONA (*op. cit.*, p. 419) y el resto de la doctrina.

⁴⁰ SCHROEDER, *Finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbs. Der § 71a Abs. 1 AktG und sein Vorbild im englischen Gesellschaftsrecht*, Köln, 1995, pp. 255 y s., citado por BAYONA, *op. cit.*, p. 250.

⁴¹ *Le Società*, cit., p. 402.

⁴² GOWER, *Principles of modern company law*, London, Sweet&Maxwell, 5.º ed., 1992, p. 237.

⁴³ Se suelen citar como sentencias de referencia de esta teoría las siguientes: *South Western Mineral Water Co. Ltd. v Ashmore [1967]* y *Carney v. Herbert [1985]*.

⁴⁴ "Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias", cit., p. 1417.

⁴⁵ *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, cit., p. 655.

⁴⁶ LOPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, 1994, p. 273.

mixtos, en cambio, hay un único contrato de contenido complejo⁴⁷. El interés de calificar la operación de asistencia financiera de una u otra forma es evidente. Si existe un contrato mixto, y aunque se puedan distinguir partes esenciales y no esenciales, la nulidad de una parte se suele extender al resto que queda invalidado. Si consideramos, en cambio, que hay varios contratos conexos, materialmente vinculados, será más fácil justificar la autonomía jurídica de cada uno de ellos.

La doctrina mayoritaria considera que el mejor criterio para saber cuando estamos antes un único contrato o una pluralidad de ellos es el de la causa de los contratos: existiendo una sola causa, sólo habrá un contrato mixto; y si existen varias causas es que hay varios contratos conexos⁴⁸ y esto con independencia de que haya una operación global que se constituya objetiva y económicamente como un todo.

Conviene hacer una aclaración sobre las distintas acepciones que en Derecho se da a la causa de un negocio jurídico: la idea de causa cuando se presentan varias situaciones negociales conectadas; y la idea de causa del negocio jurídico, esto es, la razón que justifica el que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y la protección del ordenamiento que es la que aquí interesa para saber si estamos antes una pluralidad o no de contratos. Respecto a la causa en situaciones, como la que se da las operaciones de asistencia financiera, en la que hay varios negocios jurídicos conexo siempre existe un nexo de causalidad entre los negocios celebrados: uno de ellos se realiza como consecuencia del otro y tiene su base y su fundamento en él (que es precisamente lo que exige el artículo 150.1 LSC), pero esto no significa que haya una unidad de causa o razón que justifica su tutela por el ordenamiento jurídico⁴⁹.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de octubre de 2000⁵⁰ es bastante clara al respecto:

debe advertirse que la innegable relación existente entre la suscripción de la póliza de apertura de crédito en cuenta corriente y la adquisición de acciones se resuelve en un mero carácter instrumental de la primera en relación con la segunda, pero en modo alguno comporta que ésta se eleve a la categoría de causa o siquiera motivo causalizado de la primera, como evidencia la circunstancia de que en ella no se contenga ninguna referencia a la misma, limitándose a la concesión de una disponibilidad de numerario dentro de los límites cuantitativos estipulados, en contraprestación a la cual acostumbra a pactarse el pago de una comisión, el abono de unos intereses -en cuantía variable atendidas las cantidades dispuestas y el tiempo que medie hasta su amortización-, así como el compromiso de devolver la cantidad dispuesta dentro de un plazo determinado de tiempo. Desde esta perspectiva resulta irrelevante la finalidad que actora y demandado se propusieran obtener con las sumas entregadas y recibidas; y en esta línea argumental difícilmente puede predicarse la ineficacia de la concesión de crédito en atención al destino dado a los fondos.

Si se toma un concepto objetivo de causa, como función-económico social perseguida por las partes persiguen y que es digno de tutela por nuestro ordenamiento,

⁴⁷ JORDANO BAREA, "Contratos mixtos y unión de contratos", *Anuario de Derecho Civil*, n. 4, 1951, p. 328.

⁴⁸ JORDANO BAREA, *op. cit.*, p. 324.

⁴⁹ Sigo aquí a DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. I, Madrid, 4.ª ed., 1993, pp. 231 y 234.

⁵⁰ A la que sigue, entre otras, la Sentencia de la AP de Madrid de 11 de diciembre de 2003.

que es el seguido por nuestro CC contrato (arts. 1.274 y ss.), no hay duda de la autonomía de cada contrato y de que la nulidad de la operación asistencial no contamina al resto de negocios concurrentes. Incluso si se adopta un concepto más subjetivo de causa, reconociendo como relevantes, en ciertos casos, los motivos y móviles internos de las partes, se ha de defender, con carácter general, la misma postura. No se debe confundir la intención de realizar la operación contravenida que viene exigida por la propia formulación del artículo 150.1 LSC (“*asistencia financiera para la adquisición de sus acciones*”) con la existencia de dolo, mala fe o culpa grave, pues entonces casi siempre en una operación de asistencia financiera, en las que asistente y asistido conocen el origen y destino de la financiación recibida y tienen intención de ejecutarla, habría mala fe y el contagio de la nulidad al resto de contratos sería la norma y no la excepción. Además, se entraría en un tema muy delicado, de difícil prueba, ya que el conocimiento del ilícito es sencillo si se da un supuesto típico o clásico de asistencia financiera, pero difícilmente se puede considerar que hay dolo o mala fe cuando la operación es tan compleja que realmente es complicado saber si la operación asistencial entra en el tipo prohibido, e innegablemente va en contra de la culpa grave que las partes implicadas en la operación financiera hayan recibido asesoramiento especializado sobre la validez jurídica de la operación.

REIVINDICACION DE LA COMANDITARIA POR ACCIONES ANTE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL

FRANCISCO VICENT CHULIÁ*

Resumen

La sociedad comanditaria por acciones podría servir para facilitar la financiación de las PYMES y Empresas familiares, junto a otras funciones, pero en Derecho español está desaprovechada, debido a que la Ley de Sociedades de Capital la regula siguiendo el modelo suizo-italiano, y no el franco-alemán, que es el que ha dado mejores resultados. A este error se añaden otros en su concreta regulación. Además, la Ley del Mercado de Valores no la regula como sociedad cotizada. El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tampoco mejora su regulación.

Contenido

1. La comanditaria por acciones como institución clásica y su función actual. – 1.1. Concepto legal. – 1.2. Función actual. – 2. Evolución legislativa española. – 3. Los proyectos de reforma y la Ley de Reforma del Gobierno Corporativo. – 4. Peculiaridades de su régimen legal. – 5. La comanditaria por acciones en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

1. LA COMANDITARIA POR ACCIONES COMO INSTITUCIÓN CLÁSICA Y SU FUNCIÓN ACTUAL

1.1. Concepto legal

La comanditaria por acciones es una institución mercantil clásica, desaprovechada entre nosotros, que la hemos convertido en una reliquia. El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (ACM) también le dedica una regulación escueta y escéptica¹.

* Catedrático Emérito de Derecho mercantil de la Universitat de València. Socio de Honor de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Dedico este modesto trabajo al Profesor Dr. Rafael Illescas Ortiz, amigo entrañable y cariñoso, compañero de nuestras ya lejanas oposiciones a Cátedra de seis ejercicios con trinca, quien a lo largo de su vida se ha acreditado como ejemplo de maestros universitarios.

¹ He anticipado la crítica a la regulación española de la comanditaria por acciones en otras publicaciones. En especial, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, I, pp. 535-537, sobre su concepto y régimen: “La sociedad comanditaria por acciones ... fue regulada por la Ley de reforma 19/89 ... siguiendo el modelo suizo-italiano ... Seguramente esta elección del legislador –mal orientado por la doctrina- fue errónea, puesto que es el modelo franco-alemán ... el que ha tenido cierto éxito, incluso como sociedad cotizada...” (p. 535) ; y pp. 1089-1090, sobre el “no reconocimiento de la sociedad comanditaria por acciones cotizada en España”, aunque sin

El art. 1.4 de la vigente Ley de Sociedades de Capital, Texto refundido aprobado por Real Decreto 1/2010, de 2 de julio (BOE del 3) (en adelante, LSC) establece que “en la sociedad comanditaria por acciones, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo”. La norma transcribe el art. 151 Cdeco en su redacción por la Ley 19/1989, pero omite la mención “en los términos previstos en los artículos 127 y 137” (porque se trataba del art. 237 Cdeco; y el remedio fue suprimir los dos). El art. 231.1.4 ACM transcribe esta norma.

El art. 2.2 LSC añade que “las sociedades comanditarias por acciones se regirán por las normas específicamente aplicables a este tipo social (se refiere ahora a las normas de la propia LSC sobre este tipo y ya no a las del Código de comercio) y, en lo que no esté en ellas previsto, por lo establecido en esta ley para las sociedades anónimas”. Recoge el artículo 152 Cdeco, que decía: “Se aplicará a la sociedad en comandita por acciones la Ley de Sociedades Anónimas, salvo en lo que resulte incompatible con las disposiciones de esta Sección”. El art. 236-1 ACM transcribe esta disposición.

En esta enumeración de fuentes no hay una remisión al régimen de la sociedad comanditaria simple, contenido en el Código de comercio, por lo que las normas de éste no son supletorias de la LSC. La razón es que en nuestro ordenamiento jurídico la sociedad comanditaria por acciones no es una sociedad “mixta” –mitad comanditaria, mitad sociedad anónima, como en Derecho alemán-, sino una sociedad en la que el capital social es pilar único de organización financiera y de protección de los acreedores (con menos funciones de organización corporativa interna que en la SA y en la SRL).²

exclusión legal expresa.

² La regulación de la figura en la Ley 19/1989 tuvo amplia recepción doctrinal. Ver, en especial, ALBIÑANA GARCIA-QUINTANA, C. “Las sociedades comanditarias por acciones”, *CDC*, 1990, p. 5 y ss. ; LA CASA GARCÍA, R., “La posición jurídica del socio colectivo en la sociedad comanditaria por acciones”, *RGD*, nº 564 (1991), pp. 7671 y ss. ; DÍAZ GÓMEZ, M^a A., “Notas sobre la nueva regulación de la sociedad en comandita por acciones, Ley 19/1989”, *Diario La Ley*, 1990, p. 1 y ss. ; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La sociedad comanditaria por acciones (arts. 151 a 157 C. de c.)*, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. XIII, Civitas, Madrid, 1992, y voz “Sociedad Comanditaria por acciones”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, IV, pp. 6295 y ss. ; GÓMEZ CALERO, J., *La sociedad en comandita por acciones*, J. M^a Bosch, Barcelona, 1991, y “Sociedad en comandita por acciones sin socios comanditarios”, *DN*, nº 62 (1995), p. 14 y ss. ; GOXENS, A., GOYENS, M^a A., *Las sociedades limitadas y las comanditarias por acciones, alternativa a las pequeñas sociedades anónimas*, Miquel, Barcelona, 1990 ; SANCHEZ CALERO, F., “Elección del tipo societario: sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones”, en VV.AA., *El nuevo Derecho de sociedades y su incidencia tributaria*, Instituto Español de Consejeros Tributarios, Madrid, 1990, pp. 237 y ss. ; THOMACHEWSKI, R., “La nueva sociedad comanditara por acciones: una aproximación a sus principales problemas”, *RJC*, 1991, p. 641 y ss. ; VENTURA-TRAVERSE HERNÁNDEZ, A., “Sociedad comanditara por acciones”, *AAMN*, t. XXX, II, 1991, pp. 93 y ss. ; VERGEZ SÁNCHEZ, M. “El régimen jurídico de las Sociedades Comanditarias por acciones en el Anteproyecto de Ley de Reforma”, en VV.AA., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital. Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 889 y ss.

1.2. Función actual

La comanditaria por acciones podría ser una respuesta a los problemas que se plantean en España y en Europa a los emprendedores y a las empresas familiares, en el contexto de la globalización, que a veces les ofrece oportunidades de negocio que exigen mucho capital³. Para ello es necesario regularla mejor, pasando del modelo normativo suizo-italiano al franco-alemán. A pesar de no haber conseguido el apoyo para una iniciativa legislativa desde entidades representativas de la empresa familiar, sigo pensando que sería conveniente para la financiación de estas empresas de arraigada tradición.⁴

Los problemas del emprendedor individual y de la empresa familiar son, esencialmente: 1º) la imposibilidad de obtener financiación a crédito mediante la emisión de obligaciones y de incorporar capital propio o de riesgo, mediante la emisión de acciones en el mercado de valores⁵; 2º) la dificultad de facilitar liquidez a los socios, que podría ofrecerles el mercado de valores, gracias a la “*marketability*” de las acciones (más allá de los estrechos límites del “bolsín” interno organizado por algunas sociedades familiares mediante la autocartera); y 3º) la existencia de tensiones en el colectivo de socios, que, en ausencia de unos estatutos sociales bien concebidos, conducen a la situación de “opresión” de la minoría, sin que ésta –más allá de poner pleitos repetitivos- pueda defenderse, salvo mediante el derecho de separación por justa causa, que no tampoco es el remedio ideal, porque merma el capital de la empresa.⁶

A la dificultad de aumentar la financiación al margen del mercado de capitales se han unido en la crisis las dificultades de la banca para conceder crédito. El Proyecto de Ley para el fomento de la financiación empresarial incorpora buenas ideas, como el preaviso de 3 meses a las PYMES que vayan a ver reducida en un 35% la financiación, la regulación del “*crowdfunding*”, o la derogación de la prohibición a las sociedades limitadas del derecho a emitir obligaciones y del límite cuantitativo de los fondos propios a todas las sociedades de capital. El Proyecto mejora también la regulación de los establecimientos de crédito, de los fondos y sociedades de titulización y de las

³ Un estudio de KPMG informa que el 62% de las grandes fortunas desean invertir en empresas familiares y el 44% ya lo ha hecho ; el 80% de las EF españolas han recibido este tipo de inversiones individuales, respetando la “privacidad de la familia” (KPMG, “Financiar el crecimiento de la EF a través de inversiones individuales”, basado en encuestas hechas en 29 países). Las EF españolas prevén crecer en 2014 el 31% en el exterior, el 24% en el interior y el 25% en ambos mercados. Su expansión en el exterior es del 74%, por encima de la media europea, que es del 59% (diario *Expansión*, 9-9-2014, p. 28).

⁴ Ver TÀPIES, J., *Empresa Familiar: ni tan pequeña, ni tan joven*, Fundacion Jesús Serra, Grupo Catalana Occidente, Barcelona, 2009, donde describe como casos de estudio varias empresas familiares famosas señalando sus líneas estratégicas (Acciona, Agrolimen, Barceló, Borges, Codorniu, El Corte Inglés, FCC, Ferrovial, Freixenet, Fuertes, Mercadona, Planeta, Puig, Roca, etc.).

⁵ El Proyecto de Ley de fomento de la financiación empresarial (BOCE. Congreso de los Diputados, X Legislatura, 17 octubre 2014, pp. 1-70) sólo elimina las trabas existentes a la emisión de obligaciones o bonos, al suprimir la prohibición a las sociedades limitadas de emitir obligaciones y a todas las sociedades de capital emitir las por importe superior al de sus fondos propios.

⁶ El art. 348bis LSC, en suspenso hasta el 31-12-2016, por la disposición final del RD Ley 11/2014, de 5 de septiembre (BOE del 6) puede considerarse una solución fallida (ver *Introducción*, cit., pp. 950-955 ; y en especial VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, quien propone con razón otros procedimientos para facilitar la salida de la minoría oprimida, siempre a cargo de la mayoría opresora y no del patrimonio social, pp. 55 y ss. sobre Derecho comparado, y 76 y ss., su propuesta de reforma legislativa).

sociedades de garantía recíproca. Debería añadir la recuperación de la comanditaria por acciones mediante su necesaria reforma para una economía que deberá recurrir a fondos propios en sustitución de la financiación bancaria, mirando otra vez hacia el modelo alemán. Por otro lado, el Derecho paraconcursal y concursal en caso de apalancamiento tiende a desplazar a los antiguos socios mediante la conversión de deuda en capital, con la dilución de su participación, incluso de la mayoría de control.⁷ La refinanciación de la comanditaria por acciones se funda en el patrimonio del socio colectivo, quedando las acciones de los comanditarios al margen de las medidas de reestructuración de la deuda.

La alternativa para la empresa familiar de cierta dimensión es la transformación, en su caso, de sociedad limitada en anónima para acceder a la condición de sociedad cotizada, pero esto plantea el riesgo de perder su carácter de sociedad familiar, es decir, gestionada bajo el control de una familia o grupo familiar durante varias generaciones.

Superar la sucesión familiar generacional conservando el control en la sociedad anónima cotizada es difícil debido, en primer lugar, a la prohibición legal de las cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de las acciones. En cambio, es válida la limitación estatutaria del número máximo de votos que pueda ejercitar un accionista o un grupo de sociedades, que funciona como un blindaje para los accionistas con participación inferior.⁸ Pero estas cláusulas de blindaje caen ante una OPA dirigida sobre la sociedad cotizada, por disposición del art. 527 LSC.⁹ Tampoco aseguran el control familiar estable los pactos parasociales o sindicatos de voto y bloqueo, como el mismo protocolo familiar, aun en el caso de que su eficacia esté garantizada mediante prenda sobre las mismas acciones. Los pactos no aseguran la cohesión de los socios integrantes del grupo familiar tras el cambio generacional, porque no son susceptibles de sucesión *mortis causa*, por su naturaleza personalista (a los efectos del art. 1257 Cc.) y en aplicación analógica de las normas del contrato de sociedad, por ser como éste contratos de colaboración, sin que el pacto expreso de continuación con los herederos pueda impedir la renuncia de éstos a continuar en la sociedad (arts. 1704, 1700.4º y 1705 y 1707 Cc, aplicados por analogía).¹⁰

⁷ Remito a mi artículo “Desapalancamiento y Ley concursal: En torno a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de refinanciación”, RCP, nº 20, 2014 ; y otros publicados en el mismo número, correspondientes al III Congreso Internacional de Derecho Concursal organizado por dicha Revista.

⁸ El art. 515 LSC, introducido por RD Leg. 1/2002, de 2 de julio, que introdujo la prohibición de estas cláusulas limitativas del voto, dejó de existir con la reforma introducida por el apartado Dos de la Disposición Adicional 1ª de la Ley 1/2012, de 22 de junio (BOE del 23), de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, procedente del RDL 9/2012, de 16 de marzo (BOE del 17).

⁹ El art. 527 LSC actualmente dispone que “en las sociedades anónimas cotizadas las cláusulas estatutarias que, directa o indirectamente, fijen con carácter general el número máximo de votos que pueden emitir un mismo accionista, las sociedades pertenecientes a un mismo grupo o quienes actúen de forma concertada con los anteriores, quedarán sin efecto cuando, tras una oferta pública de adquisición, el oferente haya alcanzado un porcentaje igual o superior al 70 por ciento del capital que confiera derechos de voto, salvo que dicho oferente no estuviera sujeto a medidas de neutralización equivalentes o no las hubiera adoptado” (redacción dada por la disposición adicional 1ª de la Ley 1/2012, de 22 de junio (BOE del 23), de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital ; su anterior redacción declaraba nulas las cláusulas limitativas del derecho de voto, recogiendo el principio “one share one vote”).

¹⁰ El art. 213-21 del ACM no se pronuncia, y no parece necesario que lo haga, con tal de que subsista una adecuada regulación civil supletoria del Derecho mercantil en estas cuestiones básicas. Porque el ACM

La comanditaria por acciones podría dar estabilidad al control del grupo familiar a través de una sociedad limitada que asuma de manera permanente la gestión, con responsabilidad de socio colectivo, en tanto que la sucesión *mortis causa* de los socios se produce en las participaciones de la sociedad limitada, sin afectar a la estructura de la comanditaria por acciones. La sociedad limitada familiar nombrada administrador de la comanditaria por acciones, a diferencia de ésta cuando es sociedad cotizada, es una sociedad cerrada, por lo que dentro de ella son válidas y eficaces las cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales. Su eficacia subsiste aun después de su transmisión *mortis causa*, a diferencia de los pactos parasociales.

La comanditaria por acciones podría servir también para la gestión de servicios públicos mediante sociedades con amplia participación de los ciudadanos como accionistas comanditarios, asumiendo la gestión el Ayuntamiento, como preveía la disposición transitoria tercera de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951¹¹, y como forma de sociedades financieras,¹² o deportivas (Borussia-Dortmund); o para organizar grupos cooperativos, asumiendo la cooperativa la función de socio colectivo.

No obstante, la comanditaria por acciones en el Derecho español tiene dos problemas: 1º) Su régimen sustantivo no es satisfactorio, y 2º) no reconoce su derecho a ser sociedad cotizada, a diferencia de otros Estados miembros, a pesar de que la normativa comunitaria no lo impide. Su desuso es la consecuencia racional.

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA ESPAÑOLA

El régimen legal de la sociedad comanditaria por acciones en Europa aparece escindido entre dos modelos normativos, el que conserva su configuración como una figura mixta, mezcla de sociedad comanditaria simple y de sociedad anónima (Derechos francés, alemán y portugués, entre otros), y el que la asimila a la sociedad anónima, con la especialidad de que los accionistas nombrados administradores responden de las deudas sociales como si fueran socios colectivos (Derechos suizo, italiano y español).

no abunda en la aportación al Derecho de los contratos de grandes conceptos para su moralización (ver mi *Introducción*, cit., II, pp. 1525 y 1535-1937), que nuestra jurisprudencia tiene que construir en el vacío, como el incumplimiento esencial (STS 13 junio 2014, nº 299), la adaptación de los contratos, por ejemplo, en las modificaciones estructurales, la cláusula *sic rebus stantibus* o *hardship* (ST 30 junio 2014, nº 333), etc. Del mismo modo que carece de un régimen general de las sociedades en sentido amplio, incluyendo las de la Economía Social y las modificaciones estructurales heterogéneas.

¹¹ El Prof. Fernando SANCHEZ CALERO (ob. cit., p. 250) recuerda el único ejemplo de sociedad en comandita por acciones que sobrevivió a la LSA de 1951, dedicada al alquiler de viviendas, constituida en los años cuarenta en Bilbao, con un capital de 150 millones de pesetas, enorme para entonces, siendo el Ayuntamiento el socio colectivo y comanditarios accionistas los particulares que si poseían determinado número de acciones tenían derecho a tomar en alquiler una vivienda.

¹² Como el caso del Merkur Bank (banca privada), en Alemania. Así lo explica la Profesora VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., “El régimen jurídico de las Sociedades Comanditarias por acciones en el Anteproyecto de Ley de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la C.E.E. en materia de Sociedades”, en VV.AA., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 889-907.

La Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas sobre sociedades, optó por el modelo legislativo suizo-italiano, por considerarlo más evolucionado, sin comprobar sus limitados resultados en comparación con el modelo legislativo franco-alemán¹³ - y, además, con descuido en su regulación.¹⁴ El legislador, por otro lado, no ha revisado la regulación procedente de 1989, esencialmente transcrita de la italiana, a fin de –por ejemplo– incorporar las puntuales modificaciones introducidas por la reforma italiana de 2003 y en especial la regulación del órgano de control o consejo de vigilancia, que es esencial en esta figura, como demuestran las legislaciones de ambos modelos. Tampoco lo ha hecho en la más reciente Ley /2014, de Reforma del Gobierno Corporativo.

El Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) aprobado por RD Legisl. 1/2010, de 2 de julio (BOE del 3), hoy vigente, recoge la regulación de la comanditaria por acciones que aparecía concentrada en el Cdeco modificado por la Ley 19/1989, con una gran dispersión de sus especialidades en la regulación de cada una de las materias (arts. 1.4, 3.2, 6.3, 252, 294, 363.3, 392.2 y 401.1 LSC).

El ACM, aprobado por el Gobierno el 30 de mayo de 2014, supera esta dispersión, regulando de nuevo la figura de forma concentrada, en tres normas (arts. 236-1 a 236-3, Capítulo VI del Título III, del Libro Segundo), como una modalidad de Sociedad Anónima. Pero insiste en el modelo legislativo suizo-italiano, sin haber aprendido de su poco satisfactoria experiencia.

Ahora bien, si en Francia y Alemania la comanditaria por acciones está dando algunos buenos resultados, como sociedad no cotizada y como sociedad cotizada, el legislador español debería seguir su ejemplo, regulándola mejor, en ambos aspectos. Porque en la comanditaria por acciones española el emprendedor o “socio colectivo” necesita asegurarse la mayoría, igual que en las otras sociedades de capital, de lo contrario puede ser separado por la junta general modificando los estatutos sociales.

¹³ En empresas familiares y de otra naturaleza, con actividades tan diversas como las de Merck (medicamentos), Fresenius (aparatos de diálisis), Henkel (productos de limpieza, cosmética y adhesivos), Borussia-Dortmund (equipo de fútbol), Eurokai (transportes con contenedores) o Merkur Bank (banca privada), en Alemania ; o Michelin (neumáticos), Hermès (productos de regalo), Euro Disney (parques temáticos), Elior (restauración en áreas de servicio y aeropuertos) o Lagardère (editorial), en Francia. El relativo éxito de esta figura en estos dos países descansa hoy en especial en su acceso a la cotización en los mercados de valores sin que la familia emprendedora se arriesgue a perder el control permanente de la sociedad, ni siquiera en caso de OPA, a diferencia de las sociedades anónimas cotizadas.

¹⁴ Este descuido se advertía ya en la clasificación de las sociedades mercantiles establecida en el nuevo art. 122 Cdeco, distinguiendo tres formas de ellas, y como segunda forma “la comanditaria, simple o por acciones”, ignorándose a sí mismo, ya que en los arts. 151 a 157 Cdeco regulaba la comanditaria por acciones como una sociedad de capital (como ya advirtió el Profesor SANCHEZ CALERO, F., “Elección del tipo societario: Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada y Comanditaria por acciones”, en VV.AA., *Jornadas nacionales de estudio sobre el nuevo Derecho de sociedades y su incidencia tributaria*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 1990, pp. 237-253, en especial, p. 238). Igualmente, en el error del art. 151 Cdeco al remitir a la responsabilidad de socio colectivo “en los términos previstos por los artículos 127 y 137” (sic, en lugar del artículo 237 Cdeco). Otros artículos se referían a “socios colectivos” (para requerir su consentimiento en cuatro supuestos de modificación estatutaria, o prever que su fallecimiento, cese, incapacidad o quiebra determinarían la disolución de la sociedad), cuando se trata de accionistas nombrados administradores de la sociedad. Pero los “socios colectivos” siguen en el texto de la LSC.

Con la agravante añadida de que –por un error de concepción–, en el acuerdo de separación no puede participar el accionista/administrador (art. 252.4 LSC-), de modo que en cualquier momento puede encontrarse en la calle. Debería parecer estúpido que un empresario o familia empresarial decida aportar su empresa a una comanditaria por acciones, y más estúpido aún que el legislador incluya este supuesto de hecho en su regulación legal.

Dicho esto, debemos reconocer también la complejidad que presenta la regulación de la comanditaria por acciones en el modelo franco-alemán. Así, en Francia, ante el hecho de que sólo hay constituidas unas cuatrocientas de estas sociedades (aunque son más numerosas que en los demás países) se reconoce que “este desinterés está ciertamente ligado a su funcionamiento, más complejo que el de la SRL o de la SA, en razón de la superposición de dos categorías de socios cuyos derechos y obligaciones son diferentes”. Aunque se señalan sus ventajas, como la posibilidad de acudir a capital de terceros sin arriesgar el control - ni siquiera, si es cotizada, por virtud de una OPA-, y de asegurar la sucesión familiar en la empresa.¹⁵ Pero la comanditaria por acciones ha tenido difusión en otros países europeos continentales.¹⁶

¹⁵ CHARVERIAT, A., COURET, y ZABALA, B., *Sociétés Commerciales 2014*, 45e. ed., Mémento Pratique Francis Lefèbvre, Paris, 2013, p. 860 , nº 55520, 55521. La complejidad de su régimen justifica que legalmente no pueda constituirse por una duración superior a los 99 años (art. L 210-2 Cdeco ; ver ob. cit., p. 863, nº 55670). (Ver edición de 2014, sin cambios).

¹⁶ Como expone la Profesora VÉRGEZ SÁNCHEZ (nota 2), con apoyo en bibliografía clásica, la figura de la comanditaria por acciones pertenece al “core” del Derecho de sociedades del sistema de Civil Law (no existe en las legislaciones anglosajonas o de “Common Law”). Es resultado de la evolución de la figura medieval de la “commendā”, en la que el “commendator” invertía un capital para realizar un negocio, generalmente una expedición marítima, cuya gestión encargaba al “tractator” ; y de esa figura derivaron la sociedad comanditaria, con uno o varios “socios colectivos” gestores” y uno o varios socios comanditarios, meros capitalistas, y la “stille Gesellschaft” o contrato de asociación de cuentas en participación (en la que el “comanditario” quedaba oculto, operando en el mercado como empresa individual del “gestor” de dichas cuentas. La sociedad comanditaria, que en unos ordenamientos tenía personalidad jurídica y en otros no, dio lugar a otra división, en sociedad comanditaria simple y sociedad comanditaria por acciones. En ambas el comanditario limita su responsabilidad a la aportación prometida, pero en la segunda el capital aparece dividido en acciones y sometido al régimen de protección propio de las sociedades de capital. En los países de Common Law no ha tenido recepción la comanditaria por acciones, siendo una cuestión abierta la explicación de esta ausencia.

No obstante, está regulada en menos legislaciones europeas que la comanditaria simple. Así, en el libro, predominantemente descriptivo, de MAITLAND-WALKER, J., *Guide to European Company Law*, 3rd. ed., Thomson/Sweet&Maxwell, London, 2008, no incluye la sociedad comanditaria por acciones en Austria (pp. 23-64), Bélgica (pp. 66 y 91 y ss.), Croacia, Chipre, República Checa, Malta (p. 614 ss.), Rusia (p. 781 ss.), Noruega (p. 712 y ss.), Eslovaquia y Eslovenia, así como Reino Unido y República de Irlanda, entre otros. En algunos Estados se refiere a sociedades que parecen comanditarias simples. Así, Bulgaria regula en su Ley de comercio de 1991 una figura que traduce por “Partnership limited by shares”, con dos clases de socios, unos que son los únicos que pueden formar parte del consejo de administración (siendo obligatorio el sistema de administración unitario) y otros, los accionistas, que integran la junta general y son los únicos que pueden votar en ella (p. 107 y ss.). Lituania regula también una “Private limited by shares” (aunque parece que se refiere a una SRL) (p. 559 y ss.), Malta regula una “Partnership in commandite or Limited partnership”, cuyo capital comanditario puede estar dividido en acciones, que se regulan por las normas de la SA (p. 614). Noruega regula en su Ley de 13 junio 1977, nº 44 (Aksjeloven) 2 tipos de sociedades mixtas, la “kommanditt selkap” (comanditaria simple) y la “stilleskap” (cuentas en participación), pero la Ley de la misma fecha nº 45. sobre las “public limited co.” (allment aksjeselskap”), no parece que incluya una comanditaria por acciones (p. 712 ss.).

En cambio, Polonia sí que regula una sociedad comanditaria por acciones (“spolka komandytowo-akcyjna”), con un socio colectivo (“Komplementariusz”) y otros socios que son meros

accionistas ; pero todos los socios forman parte de la junta de accionistas. Es obligatorio el consejo de vigilancia si hay más de 25 accionistas. También Rumanía regula una “societate in comandita pe actiuni”, a las que se aplican las normas sobre “joint stock co” o SA, mientras que los socios colectivos están sometidos a las normas de la sociedad colectiva (p. 776-777).

El Código de Sociedades Mercantiles de Portugal en sus arts. 465 a 480 regula juntas la sociedad comanditaria simple y por acciones. En ambas el socio colectivo (“socio comanditado”) responde de todas las deudas sociales y en las comanditarias por acciones las participaciones del “comanditado” son “partes sociales” y las de los “socios comanditarios” son acciones (MENEZES CORDEIRO, A., *Direito das Sociedades, II, Das Sociedades em Especial*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, I, pp. 217, informa que en conjunto según el censo de 2004 había 16, con 383 trabajadores y 53 Mi de euros cifra de negocios, algo más de las 9 existentes en 2000, pero con un descenso en el número de trabajadores. Por eso sólo se ocupa de ellas OLAVO CUNHA, P. *Direito das Sociedades Comerciais*, 3ª ed, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 79-80). A estas legislaciones hemos de añadir las cuatro del modelo suizo-italiano y franco-alemán.

Sobre el Derecho suizo, ver : MEIER-HAYOZ, A. y FORSTMOSER, P., *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 9. Aufl., Stämpfli Verlag AG, Bern, 2004, pp. 477-484. La propuesta realizada en los estudios para la reforma del Derecho de sociedades de suprimir esta figura fue rechazada porque a pesar del escaso número de entidades constituidas en la práctica cubre una necesidad (ob. cit., pp. 477-478). Ver también <http://www.kommanditgesellschaft.ch/>, Exkurs: kommanditaktiengesellschaft (KommAG).

Sobre el Derecho italiano y su Reforma de 2003 : CERRATO, S. A., en *Il nuovo diritto societario*, Comment. diretto da Gastone Cottino, Guido Bonfante, Oreste Cagnasso e Paolo Montalenti ; Zanichelli Ed., Torino, 1ª ed. 2004 (reimpresión 2008), p. 1703 ; GALGANO, F., “Il nuovo diritto di società, en *Tratt. Dir. Comm. e dir. Pubbl. Eco*, diretto da Galgano, CEDAM, Padova, 2003, pp. 471 ; y SANTI, E., en *Il nuovo diritto delle società (Comentario sist. al D. lgs 17 gennaio 2003, n. 6, aggiornato al D. lgs. 28 dicembre 2004, n. 310)*, a cura di Alberti, M., CEDAM, Padova, III, 2005, pp. 1717 a 1725. BERTUZZI, M., BOZZA, G. y SCUMBATA, G., *La riforma del diritto societario*, a cura di LO CASCIO, G., Giuffrè., Milano, 2003, vol. 7, sub art. 2452, p. 229. ABRIANI, N. en VV.AA., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 176, comenta que : “la apetencia por la s.c.p.a. parece atenuada a consecuencia de la reforma ... que por un lado permite conseguir los mismos objetivos de estabilidad de gobierno recurriendo a la más dúctil nueva SRL ; (y) por otro introduce un régimen de responsabilidad de las sociedades que ejercen dirección y control (en el régimen de los grupos de sociedades) que está destinado a aumentar el riesgo de asunción de obligaciones por parte de la holding y, por tanto, donde revistan la forma de SA sus “accomandatari” (o socios colectivos)”.

Sobre el Derecho francés : CHARVERIAT, A., COURET, A. y ZABALA, B., *Sociétés Commerciales 2014*, 45e. ed., Mémento Pratique Francis Lefèbvre, Paris, 2013, pp. 864-868., n° 56500 a 56860, y COZIAN et alii., *Droit des sociétés*, cit., pp. 359-373. Sobre la historia de la figura, VIANDIER, A. y otros, *La société en commandite entre son passé et son avenir*, LITEC, Creda, 1983. Existen unas 400 comanditarias por acciones, con unas 20 cotizadas.

Sobre el Derecho alemán : MAIBERG, H., *Gesellschaftsrecht*, 7. Aufl., R. Oldenburg Verlag, München-Wien, 1990, pp. 343-347 ; HUECK, G. y WINDBICHLER, C., *Gesellschaftsrecht*, 20. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 2003, pp. 446-450 ; MERTENS, J., CAHN, A., Kölner Kommentar, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-München, 2004, §§ 278-290 AktG (pp. 139-309) ; HUECK/WINDBLICHER, *Gesellschaftsrecht*, 22. Aufl., 2009 ; y KÜBLER/ASSMANN, *Gesellschaftsrecht*, 6. Aufl., 2006. Existen unas 240 comanditarias por acciones, de ellas unas 20 cotizadas. Entre las 100 empresas más grandes, en 2010 había 67 Aktiengesellschaften, 7 GmbH, 5 Comanditarias por acciones, 6 Comanditarias Simples, y 6 Sociedades Europeas.

Especial interés tienen como ejemplo los estatutos sociales de Henkel AG & Co. KGaA, domiciliada en Düsseldorf (redacción de 20 de abril de 2009), con un capital social de 437.958.750 euros, “no par value”, de ellas 259.795.875 ordinarias al portador y 178.162.875 euros sin voto, también al portador (art. 6 Est.). Una parte de las acciones ordinarias poseídas por la Familia Henkel está sometida a las restricciones a la transmisibilidad derivadas del contrato de pool de dicha familia (art. 7). El socio colectivo es Henkel Management AG, Düsseldorf (es decir, una sociedad anónima) dedicada en exclusiva a la administración de Henkel AG & Co. KGaA (art. 8). La Junta general de accionistas ordinaria aprueba las cuentas anuales, la aplicación del resultado, la gestión del Socio colectivo, del Consejo de Vigilancia y del Comité de Accionistas (órgano creado por los Estatutos) y elige a los auditores (art. 18). Salvo en lo regulado por normas imperativas las relaciones entre la sociedad y el socio colectivo se rigen por un acuerdo entre éste y el Comité de Accionistas, integrado por entre 5 y 10 miembros elegidos por cuatro años por la Junta de accionistas (arts. 26 y ss.), que incluye por delegación de la Junta la aprobación de

3. LOS PROYECTOS DE REFORMA Y LA LEY DE REFORMA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

El legislador español no ha manifestado interés por mejorar la regulación de la comanditaria por acciones ni en la Ley 19/1989 ni en las leyes y proyectos posteriores.

El Anteproyecto de Código General de Sociedades Mercantiles de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia publicado el 6 de noviembre de 2002 dedicaba el Título II a la comandita simple (arts. 191 a 200) y el Título IV a la comanditaria por acciones (arts. 322 a 327), manteniendo en lo esencial la regulación actual (arts. 151 a 157 Cdeco, recogidos ahora en diversos preceptos de la citada LSC), y su misma ambigüedad, al referirse a los “socios colectivos” que han de figurar en los estatutos sociales (art. 324), que están a cargo de la administración de la sociedad (art. 325). El art. 326.1 dispone que “el administrador asumirá la condición de socio colectivo (sic) desde el momento en que acepte el nombramiento” y el art. 327.2, que ha de consentir la modificación de estatutos consistente en la modificación del régimen de administración o el nombramiento de administradores.

El art. 327.3 del Anteproyecto de 2002 conservaba la misma norma –errónea– sobre conflicto de intereses socio/sociedad. “En los acuerdos que tengan por objeto el cese de un administrador, *el socio afectado deberá abstenerse de participar en la votación*” (cursiva añadida). Esta norma –suprimida en el ACM¹⁷– viene a poner el gobierno de la sociedad en manos de la junta general de accionistas, en especial si el administrador (=socio colectivo) es único –por ejemplo, una sociedad limitada. Aun en el caso de que el accionista/administrador llamado “socio colectivo” tuviera la mayoría del capital social, habría de abstenerse, bajo sanción de nulidad del acuerdo.

El Anteproyecto de 2002, además, no incorporaba el órgano de control o de vigilancia que caracteriza a esta figura tanto en el modelo franco-alemán como en el suizo-italiano, en protección de los accionistas comanditarios.

Por último, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (BOE del 4), por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo, en vigor desde el 24 de diciembre de 2014, incide poco en el régimen de la comanditaria por acciones, puesto que deja vigentes las normas especiales que la regulan, a diferencia

actos de administración extraordinaria importantes (art. 25) y la retribución de los miembros del órgano de administración del socio colectivo (art. 9). El Consejo de Vigilancia o el Comité de Accionistas están facultados para modificar los estatutos (art. 34). Después de destinar el 50% del resultado a reservas el resto podrá destinarse a dividendos, pagando un dividendo preferente a las acciones privilegiadas o sin voto (“Vorzugsaktien”), que en todo o en parte podrá pagarse en especie (acciones) y no en efectivo (art. 35). (Ver su página web sobre su organización, actividad y evolución de sus dos clases de acciones, preferentes y ordinarias).

¹⁷ El art. 231-68 ACM enumeraba –en relación con las sociedades de capital– cinco supuestos de conflicto de intereses socio-sociedad en los que prohíbe al socio emitir el voto (dispensa de restricciones a la transmisibilidad de acciones o participaciones, su exclusión de la sociedad, liberación de una obligación o concesión de un derecho, cualquier prestación de asistencia financiera o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad ex art. 215-30-. En otros supuestos, acreditado el conflicto por el demandante, al demandado le incumbe la carga de la prueba, excluyéndole el art. 231-68.3 de esta carga en “los acuerdos relativos al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés(es) se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad...”.

del ACM, que las suprime casi todas. Es necesario distinguir cuando se aplican las normas generales de las sociedades de capital y las especiales de la comanditaria por acciones.

(a) Como consecuencia de la aplicación de las nuevas normas de la LSC se refuerza la competencia de la Junta General, siendo ésta exclusiva para la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales (art. 160.f) LSC) y –salvo disposición contraria de los estatutos- la Junta General está facultada para impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización las decisiones de éste, sin perjuicio –si falta- de la protección a los terceros contratantes (art. 234 LSC). El art. 252.1 LSC no ha sido modificado y por tanto no existe ninguna especialidad en este punto con respecto a la sociedad anónima. No cabe duda que, con ello, la posición del accionista administrador (con responsabilidad de socio colectivo) queda rebajada. Pero si la disposición sobre activos esenciales parece compatible con la naturaleza de la comanditaria por acciones, no lo parece tanto que el llamado “socio colectivo” se vea constreñido por las instrucciones de la junta de accionistas comanditarios. Al menos si no se ha previsto así en los estatutos sociales.

(b) En materia de conflicto de intereses el art. 252, apartado 2, LSC, aplicable a la comanditaria por acciones, sigue vigente. La separación del accionista administrador (con responsabilidad de socio colectivo) exige la modificación de los estatutos y si se produce sin justa causa tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios. El apartado 4 establece que “en los acuerdos que tengan por objeto la separación de un administrador el socio afectado (es decir, el accionista administrador) deberá abstenerse de participar en la votación”. La norma no ha sido derogada por la Ley 31/2014, pero, además de su dudosa constitucionalidad (por atentar al derecho de propiedad - art. 33 CE-, que incluye el poder de gestión), aparece en conflicto de valoración con la regulación introducida en esta materia por el nuevo art. 190 LSA, pero no es éste el que se aplica, sino el 252 LSC, por ser norma especial. Según el art. 252.4 LSC el accionista administrador, tiene prohibido votar en el acuerdo de su separación, de modo que en cualquier momento puede encontrarse en la calle, quedando a expensas de poder conseguir la indemnización que le reconoce el art. 252.2 si demuestra que la separación es injusta y el perjuicio causado.

4. PECULIARIDADES DE SU RÉGIMEN LEGAL

El régimen legal de la comanditaria por acciones es complejo, y más aún con las dudas que presenta su regulación, desperdigada en los arts. 1.4, 3.2, 6.3, 252, 294 363.3, 392.2 y 401.1 LSC, con peculiaridades no siempre justificadas por su naturaleza.

1.- El capital social mínimo es el mismo que el establecido para la sociedad anónima, 60.000 euros (art. 4.2. LSC, en aplicación del art. 2.2. LSC, antes transcrito), frente al de 3.000 euros la limitada, lo que constituye un obstáculo injustificado a su expansión.

2.- Se constituye mediante escritura e inscripción en el Registro Mercantil (art. 20 LSC), en la que constarán+ las menciones del art. 213 RRM y las aplicables a ella de

la S.A. (art. 215 RRM). Los fundadores serán todos accionistas, porque todos suscribirán una o varias acciones, y al menos uno de ellos habrá de ser, además, administrador originario y, con ello, asumirá la responsabilidad propia de “socio colectivo”, que tiene “las facultades, los derechos y deberes de los administradores en la sociedad anónima” como establece el art. 252.1 LSC, pero del régimen jurídico de socio colectivo establecido en el Código de comercio en la regulación de la sociedad colectiva y de la sociedad comanditaria simple no les queda más que la facultad de incluir su nombre en la denominación social y la responsabilidad por las deudas sociales propias del socio colectivo. No existen “socios colectivos”, que realicen aportaciones al capital de explotación de la sociedad –no al capital social- y que conserven su condición de socio colectivo independientemente de que sean o no nombrados administradores sociales.

3.- No parece, en cambio, que pueda haber otros socios que, siendo accionistas, ostenten la condición de socios colectivos sin ser administradores, ni siquiera bajo condición suspensiva de adquirir la condición de socios colectivos, cuando eventualmente sean designados por la Junta general y acepten el cargo de administradores. Cuando la LSC se refiere a “socios colectivos” –en especial, para exigir su consentimiento para algunas modificaciones de estatutos- debe entenderse que menciona a aquellos accionistas que han sido nombrados administradores –asumiendo desde la aceptación del cargo la responsabilidad propia de “socios colectivos”.

La LSC no contempla “socios colectivos” que, sin asumir la condición de administradores, puedan seguir formando parte de la sociedad, desde su constitución a su disolución, participando, al menos, en el ejercicio de la facultad que reconoce la LSC a los socios colectivos de prestar su necesario consentimiento para la modificación de cuatro relevantes de modificaciones sociales. Porque el art. 262.3 LSC (procedente del art. 155.3 Cdeco) establece que “el cese del socio colectivo como administrador pone fin a su responsabilidad ilimitada con relación a las deudas sociales que se contraigan con posterioridad a la publicación de su inscripción en el Registro Mercantil”. A pesar de la ambigüedad de los arts. 252.1 y 294, no hay accionistas/socios colectivos per se.

4.- La comanditaria por acciones no puede constituirse como sociedad unipersonal, aunque podrá subsistir como tal con un único accionista, con tal de que constituido en junta se designe como administrador, quedando sometido a la responsabilidad de socio colectivo¹⁸. Por el contrario, la desaparición de todos los “socios colectivos” (es decir, los accionistas nombrados administradores), constituye causa de disolución, con un período de espera de 6 meses para recomponer la estructura

¹⁸ En este sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La Sociedad Comanditaria por acciones*, cit., 1992, p. 185: “su fundamento descansa básicamente en el régimen de responsabilidad ilimitada a que quedan sujetos *ministerio legis* los socios encargados de la gestión” ; y *Derecho de sociedades*, 2010, cit., p. 1510. El Prof. Juan GÓMEZ CALERO ante el contrasentido de que una sociedad continuase funcionando como sociedad anónima, pero con un socio o socios respondiendo personalmente de las deudas sociales (ya que no admitía su transformación automática en sociedad anónima), proponía su disolución, salvo que en el plazo de 6 meses se recompusiera el colectivo de accionistas comanditarios, aplicando por analogía el régimen de disolución para el caso de cese o desaparición de todos los socios colectivos. (“Sociedad en comandita por acciones sin socios comanditarios”, *Derecho de los Negocios*, año 6, núm. 62, pp. 14-15.

societaria (art. 363.3 LSC).

5.- Según dispone el art. 285.1 LSC, “cualquier modificación de los estatutos será competencia de la junta general”, norma aplicable a todas las sociedades de capital y por tanto también válida para la Junta general de accionistas de la sociedad comanditaria por acciones, con carácter general, salvo las cuatro modificaciones de estatutos que según el art. 294 LSC que exigen el consentimiento expreso de todos los socios colectivos, que son concretamente las siguientes: (i) el nombramiento de administradores, (ii) la modificación del régimen de administración, (iii) el cambio de objeto social (concepto que se considera más amplio que el de la absoluta “sustitución del objeto social”, como supuesto de nacimiento del derecho de separación del accionista), y (iv) la continuación de la sociedad más allá del término previsto (en su caso) en los estatutos. El art. 294 LSC, que “el acuerdo será preciso que haya sido acordado por la junta general, con los requisitos establecidos en esta ley, y también con el consentimiento de todos los socios colectivos” (o sea, los previamente nombrados administradores). Las demás modificaciones sociales, tanto las estatutarias como las estructurales (transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo, traslado de domicilio social, reguladas por la Ley 3/2009, LME), son decididas por mayoría por la Junta general de accionistas, sin necesidad del consentimiento de los socios colectivos. Ello sin perjuicio de que en ocasiones puedan necesitar del consentimiento de los accionistas afectados si les imponen obligaciones nuevas.¹⁹ En caso de transformación el accionista administrador tiene derecho de separación (art. 15 LME).

6.- La administración de la sociedad (que comprende su “gestión” y “representación” y la “iniciativa institucional”) según el art. 252 LSC “ha de estar necesariamente a cargo de los socios colectivos”, es decir, accionistas/administradores de la sociedad, que responden además como “socios colectivos”. El órgano de administración podrá adoptar cualquiera de las formas o estructuras reguladas en la LSC., pero la LSA no prevé que accionistas nombrados administradores designen a los administradores sociales efectivos. Su nombramiento será en el momento constitutivo, o en un momento posterior, siempre por la junta de accionistas comanditarios –no cabe la cooptación, ni el ejercicio del derecho de representación proporcional de los accionistas, exclusivos de la sociedad anónima-, y su nombramiento será indefinido. El cese en el cargo se producirá por las causas generales, según se trate de personas físicas o jurídicas. Su separación exige acuerdo de junta de accionistas comanditarios, pero como comporta la modificación de estatutos deberá seguir el procedimiento de ésta. Y el accionista administrador separado podrá exigir los daños y perjuicios sufridos si se produjo sin justa causa. El art. 252.3 LSC añade que “el cese del socio colectivo como administrador pone fin a su responsabilidad ilimitada con relación a las deudas sociales que se contraigan con posterioridad a la publicación de su inscripción en el Registro Mercantil (régimen que toma del art. 220 Cdeco, y que debe completarse con el art. 21.1

¹⁹ Así, la Res. DGRN de 24 octubre 2005 (BOE 7 diciembre) declara la validez de la modificación de las prestaciones accesorias de una comanditaria por acciones, adoptada con la mayoría exigida por la LSA (en el caso, acuerdo unánime del 56% del capital que asistió a la Junta), pero obliga sólo a los accionistas que votaron a favor.

Cdeco., es decir, haciendo efectivo el cese de responsabilidad frente a terceros de buena fe sólo desde la publicación de la inscripción del cese en el Boletín Oficial del Registro Mercantil).

El art. 252.4 LSC establece que “en los acuerdos que tengan por objeto la separación de un administrador el socio afectado deberá abstenerse de participar en la votación”. La norma se refiere al accionista/administrador afectado por el acuerdo de separación. En caso de violación de esta prohibición la sanción no debería ser tanto la nulidad del acuerdo (que con el voto del accionista en conflicto ha rechazado la separación del administrador), sino la nulidad de los votos del socio en conflicto y la convalidación en forma de un acuerdo de separación, al menos si, aplicada la llamada “prueba de resistencia”, los votos del accionista administrador fueron decisivos para rechazar la separación. Como hemos anticipado, esta obligación de abstención nos parece inconstitucional y contraria a la esencia de la comanditaria por acciones.²⁰

Al accionista administrador debe reconocerse libertad de renunciar al cargo, por las responsabilidades que conlleva, en aplicación de las normas de la sociedad anónima²¹.

7.- El art. 363.3 LSC establece que la sociedad se disuelve, además de por las causas de toda Sociedad Anónima (art. 360, 361.2 y 363 LSC), por fallecimiento, cese, incapacidad o apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de todos los socios colectivos (seguramente, por la evidente “desaparición” del órgano de administración que, al igual que la Junta general, es un órgano social necesario, y, con él, de los accionistas que responden como socios colectivos, elemento indispensable para que exista sociedad comanditaria por acciones). La sociedad se disuelve salvo que en el plazo de 6 meses y mediante modificación de los estatutos se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social.

Aquí existe una importante laguna de regulación, difícil de remediar, dado que en el régimen legal español no existe un órgano de control como el “Collegio Sindacale” italiano que, en tales circunstancias (y por un período máximo de 180 días, tras la reforma de 2003, en lugar de los seis meses anteriores) nombra un administrador para que se encargue de la administración de los asuntos ordinarios y sin la responsabilidad ilimitada propia de socio colectivo. La solución de que se convoque una junta general judicial que proceda al nombramiento de un administrador con estas características es la única que parece viable en nuestro Derecho.²² Por consiguiente,

²⁰ En sentido contrario, el Prof. FERNANDEZ DE LA GÁNDARA opina que “de forma diversa a cuanto sucede en relación con la acción social de responsabilidad –supuesto en que la ausencia de una prohibición legal de que los administradores acusados puedan tomar parte con sus acciones en la votación relativa a su propia responsabilidad se suple, como es sabido, con diversos mecanismos destinados a impedir que en el ejercicio de este derecho tenga lugar un desplazamiento de la mayoría (GARRIGUES, OLIVENCIA, *ComLSA* II, 177)- los redactores de la LRA han creído oportuno formular expresamente una específica obligación de abstención, dando así solución formal al conflicto de intereses que nos (*La Sociedad comanditaria por acciones*, op. cit., 1992, pp. 193-194).

²¹ En este sentido, LA CASA, op. cit., p. 7705, contra la opinión de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, op. cit., p. 1512.

²² FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, L. “*La sociedad comanditaria por acciones*”, op. cit., 1992, pp. 224-226, y PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C. “*Curso de derecho mercantil*”, op. cit., 2006, pp. 772-773, entienden, en efecto, que la Junta general podrá nombrar un administrador provisional que se encargue de

entre tanto, la gestión cotidiana sólo podrá estar asegurada por el Director general y otros apoderados, que fueron nombrados por los administradores cesados.

8.- En la sociedad comanditaria por acciones, de acuerdo con su régimen legal, los accionistas administradores asumen tres clases de responsabilidad civil:

1ª) Responsabilidad civil como administrador social, el art. 252.1 LSC establece que “la administración de la sociedad ha de estar necesariamente a cargo de los socios colectivos, quienes tendrán las facultades, los derechos y deberes de los administradores en la sociedad anónima. El nuevo administrador asumirá la condición de socio colectivo (sic, aunque no es rigurosamente cierto: no la condición, sino la responsabilidad) desde el momento en que acepte el nombramiento”. El art. 252.1 LSC no remite expresamente al régimen de responsabilidad (“... tendrán las facultades los derechos y deberes de los administradores de la sociedad anónima” de los administradores de sociedad anónima, pero éste debe considerarse incluido en su remisión a los “deberes” de los administradores de sociedad anónima, del mismo modo que la doctrina interpretaba el art. 69.1 LSRL 2/1995 antes de la entrada en vigor de la LSC. Si se hubiera de interpretar que los accionistas de la sociedad comanditaria por acciones que asumen el cargo de administradores de la sociedad no responden como administradores de sociedad anónima sino sólo como socios colectivos la legislación española –ahora, la LSC- contendría una grave laguna, ya que un socio colectivo, tanto si asume la gestión social como en caso contrario, no responde (arts. 127 y 237 Cdeco) con el mismo rigor que los administradores de las sociedades de capital. Y es evidente que la sociedad comanditaria por acciones es uno de los tres tipos de sociedades de capital regulados por la LSC. Esta laguna sólo se explica por la confusa pervivencia de una pieza del modelo normativo anterior a 1989 –la del “socio colectivo” permanente- quizás no suficientemente comprendida y en parte incrustada en la vigente regulación.

En el caso de que sea nombrado accionista administrador una persona jurídica – una sociedad de responsabilidad limitada es lo habitual- es indispensable el nombramiento de una sola persona física representante permanente de dicha persona jurídica, y esta asume solidariamente con la persona jurídica administrador la responsabilidad propia de administrador. La Ley 31/2014 de 3 de diciembre (BOE de 4), en vigor desde el 24 de diciembre, ha puesto fin a una situación legislativa en la que doctrina y jurisprudencia negaban esta solidaridad. En su nueva redacción el art. 236 LSC, en su apartado 5 establece: “la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador” (énfasis añadido). De acuerdo con su contexto la responsabilidad solidaria sólo puede referirse a la responsabilidad propia de administrador, derivada de culpa propia en su conducta (generalmente, de la persona física representante) y con daño, (arts. 236 a 241

la administración ordinaria y que la desaparición de todos los accionistas no administradores no constituye causa de disolución, pudiendo subsistir incluso como sociedad unipersonal, siempre que el único accionista asuma la administración de la sociedad.

y 367 LSC) y no a la que en el caso de comanditaria por acciones soporta el accionista administrador como “socio colectivo”.²³

2ª) Responsabilidad civil como socio colectivo : Es una responsabilidad civil objetiva, no derivada de la conducta del administrador, ilimitada y solidaria entre los administradores, y subsidiaria, es decir exigible previa excusión del patrimonio de la sociedad (arts. 127 y 237 Cdeco); siempre por la totalidad de las deudas sociales tanto las contraídas con anterioridad al comienzo del ejercicio del cargo como después de su cese en el mismo, hasta la inscripción del cese en el Registro Mercantil o, mejor dicho, hasta la publicación en el BORME (art. 220 y 21.1 Cdeco). No se puede compartir la opinión de que sólo responden de las deudas sociales que se contraigan durante el período en que está encargado de la gestión social ²⁴. Esta responsabilidad no se puede limitar, en ausencia de norma legal expresa. No obstante es aconsejable atribuir la condición de accionista administrador a una sociedad con responsabilidad limitada, de modo que la sociedad responderá con todo su patrimonio como socio colectivo, pero sus socios –en su caso, la familia emprendedora- no responderán personalmente, sino sólo por las aportaciones realizadas. El art. 236.5 LSC, al hacer solidariamente responsable a la persona física con el administrador persona jurídica se refiere a la responsabilidad como administrador y no a la objetiva como socio.

3ª) Responsabilidad como accionista (limitada a la obligación de desembolso pendiente de las acciones suscritas, en su caso).

En suma, la sociedad comanditaria por acciones es esencialmente una sociedad anónima reforzada con la responsabilidad como socios colectivos de los accionistas que ejercen el cargo de administradores sociales. A cambio, estos ejercen la gestión de la sociedad.

5. LA COMANDITARIA POR ACCIONES EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil aprobado por el Gobierno el 30 de mayo de 2014 (PCM) simplifica al máximo la regulación de la comanditaria por acciones, aunque sin abandonar el modelo suizo-italiano. Su art. 211-1 enumera entre las Sociedades Mercantiles la “Sociedad Comanditaria por Acciones” (art. 211-1.1.e), añadiendo que su denominación indicará el tipo social, en su caso con la abreviatura “S.com.p.A.” (art. 212-5.2.e). El ACM no añade ninguna especialidad más en el Capítulo I del Libro Segundo, -las disposiciones generales aplicables a las sociedades mercantiles-, ni en el Capítulo II, dedicado a las “sociedades de personas” (la colectiva y la comanditaria simple: art. 221-1 ACM; ver arts. 222-2 a 222-7 sobre la comanditaria simple). Según el art. 231-1.4 ACM “el capital, que estará dividido en acciones, se

²³ Como observa PAZ-ARES, op. cit., p. 769, en relación con la situación legislativa anterior, en que sólo se planteaba la cuestión en relación con la responsabilidad como socio colectivo.

²⁴ Defendida por LA CASA, op. cit., p. 7693, siguiendo la doctrina en Italia de Renzo COSTI, y, en España, URÍA y DÍAZ GÓMEZ.

integrará por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo”.

El Capítulo VI, “de las sociedades comanditarias por acciones” dedica tres normas a esta figura. El art. 236-1 (“Régimen legal”) establece que “se regirán por las normas específicamente aplicables a este tipo social y, en lo que no esté en ellas previsto, por lo establecido en este Código para las sociedades anónimas”. El art. 236-2 (“Estatutos sociales”) dispone que “expresarán, además de las menciones comunes a toda clase de sociedades mercantiles y de las previstas para las sociedades de capital, la identidad de los socios colectivos” (sic). El art. 236-3 (“Adquisición y pérdida de la condición de socio colectivo”) añade: “1. El administrador asumirá la condición de socio colectivo desde el momento en que acepte el nombramiento. 2. El cese del administrador por acuerdo de la junta de socios requerirá la modificación de los estatutos sociales. Si el cese tuviera lugar sin justa causa, el socio (colectivo) tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios. 3. El socio que hubiere cesado como administrador no responderá de las deudas sociales que se contraigan con posterioridad a la publicación de la inscripción de su cese en el Registro Mercantil”. La norma no coincide con la general dedicada al régimen de responsabilidad del socio colectivo cuando pierde su condición, aunque su régimen tiene que ser lógicamente el mismo, con una adecuada interpretación de las normas sobre publicidad registral²⁵. Como se observa, el ACM suprime la norma que prohibía votar al accionista administrador sometido a acuerdo de separación. Sin embargo, si no tiene la mayoría de capital, ésta puede separarle del cargo modificando los estatutos –nombrando a otros-. Esta norma es

²⁵ El art. 221-22 PCM en relación con la sociedad colectiva expresa que “la persona que pierda la condición de socio colectivo no responderá de las deudas sociales posteriores al *día de la pérdida de esta condición*, aunque su nombre o seudónimo se mantenga en la denominación social ... 3. La adquisición y pérdida de la condición de socio habrá de constar en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil, con expresión de la identidad de la persona que hubiera adquirido o perdido dicha condición”. En aplicación de las normas sobre publicidad registral los efectos de la extinción de esta responsabilidad sólo pueden oponerse a los acreedores desde el momento de la publicación de la pérdida de la condición de socio colectivo en el Registro Mercantil.

²⁵ Con independencia de las reservas que nos merece el Proyecto de Código Mercantil: 1º) abandona la vía de la unificación del Derecho privado español que la Ley concursal inició en 2003 y magnifica en cambio la presunta “misión” de levantar una fortaleza frente a algunas Comunidades Autónomas en el desarrollo de su Derecho civil propio ; 2º) para ello amplía el concepto de “legislación mercantil” seguido por el constituyente en el art. 149.1.6ª CE, añadiendo la regulación de todas las formas jurídicas de empresa cuando desarrollen una “actividad empresarial” (cooperativas, pero también asociaciones y fundaciones) y de todas las relaciones contractuales mixtas, emprendedor/no emprendedor (B-to-C), como atajo a la necesaria reforma constitucional en materia de competencias legislativas ; y 3ª) su redacción actual lo aleja de un Código omnicompreensivo o thesaurus, como el vigente Code de Commerce francés, dejando fuera multitud de leyes, entre ellas toda la legislación sobre transportes, la concursal y paraconcursal, la de defensa de los consumidores y muchas otras (ver disposición derogatoria única, a.c.s.). Es, por ello, un proyecto inoportuno en un momento histórico de necesario consenso para la inaplazable reforma constitucional en clave federal, sobre todo en materia de competencias legislativas (que han motivado buena parte de las 58 reformas que ha sufrido la Constitución alemana de Bonn de 1949: ver CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., en SOLOZÁBAL, J. J., *La reforma federal. España y sus siete espejos*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2014, pp. 159-201). Sobre la necesidad de una reforma de la Constitución para resolver el problema territorial remito en especial a MUÑOZ MACHADO, S., *Cataluña y las demás Españas*, Crítica, Barcelona, 2014.

característica del sistema suizo-italiano, pero no añade la exigencia del consentimiento de los demás “socios colectivos” –caso de que existan- para su cese.

La disposición transitoria segunda establece que “antes del 31 de diciembre de 2015 las sociedades cotizadas deberán adaptar (dice adoptar) los estatutos sociales, el reglamento de la junta general de accionistas y el reglamento del consejo de administración a lo establecido en este Código”, sin aclarar si incluye las comanditarias por acciones.

La regulación de la comanditaria por acciones en el ACM no constituye una alternativa válida a las demás sociedades de capital²⁶. Es necesario modificar su escueta regulación en los arts. 236-1 a 236-3 ACM, por otra más amplia, y que incorpore el modelo legislativo franco-alemán –en el que el socio colectivo no puede ser separado en ningún caso por la junta general de accionistas comanditarios- y regulando su estatuto especial como sociedad cotizada. No basta con que en el modelo suizo-italiano que sigue el ACM el régimen de conflicto de intereses socio-sociedad en las sociedades de capital, que le sería aplicable, suprima la prohibición al conflictuado de votar en el acuerdo de separación o de responsabilidad, sustituida por la inversión de la carga de la prueba de que no tiene un interés contrario al de la sociedad.

El art. 231-68 ACM regula los conflictos de intereses socio/sociedad únicamente para las sociedades de capital y enumera taxativamente sólo cinco supuestos, en los únicos que prohíbe al socio emitir el voto: la dispensa de restricciones a la transmisibilidad de acciones o participaciones, su exclusión de la sociedad, liberación de una obligación o concesión de un derecho, cualquier prestación de asistencia financiera o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad ex art. 215-30-. Junto a ellos admite otros posibles supuestos, de forma abierta, en los cuales, acreditado el conflicto por el demandante, incumbe al demandado la carga de la prueba. Aunque la norma no incluye una definición legal del concepto de conflicto de intereses socio/sociedad, se desprende de ella que está relacionado con el riesgo de lesión a la causa o fin de lucro de la sociedad. En efecto, el art. 231-68.3 establece que “de esta regla (de inversión de la carga de la prueba) se exceptúan los acuerdos relativos al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en que el conflicto de interés(es) se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad. En estos casos, corresponderá a los impugnantes la acreditación del perjuicio del interés social”.

Si el texto definitivo del ACM insistiera en regular la comanditaria por acciones siguiendo el modelo franco-alemán, no cabe duda de que en numerosas ocasiones ante el acuerdo de la junta general de separación o de ejercicio de la acción de responsabilidad contra el accionista administrador (o “socio colectivo”) éste habría de probar que no existía conflicto de intereses por lo que no estaba legalmente obligado a abandonar la administración social, lo que constituiría un foco de litigiosidad que no debiera poner el legislador en la comanditaria por acciones. El reconocimiento en el art.

236-3.2 del PCM al “socio (colectivo)” de la comanditaria por acciones de una acción de indemnización de los daños y perjuicios si el acuerdo de cese se hubiese adoptado sin justa causa conduce a la misma problemática. Por consiguiente, parece necesario que el legislador opte por la alternativa del modelo franco-alemán, en el que en ningún caso la junta de los accionistas comanditarios está facultada para separar o exigir responsabilidad al socio colectivo, ya que éste se encuentra “en su casa”. Ello sin perjuicio del ejercicio de otras acciones, en especial la general de incumplimiento del contrato de sociedad.

Otras normas necesarias serían: 1ª) En su gobierno corporativo: a) la introducción con carácter imperativo de un consejo de control, en cuyo nombramiento no debe participar el socio colectivo. b) La aclaración de que el socio colectivo soporta una responsabilidad personal que comprende la propia del socio colectivo, que sólo se extingue con la publicación de su cese en el Registro Mercantil, y la de administrador de sociedad por culpa y daño; sin perjuicio de que pueda, además, suscribir acciones, añadiendo la condición de accionistas comanditario, con la responsabilidad propia de accionista, por el desembolso de las aportaciones suscritas. c) Debería darse una solución adecuada al supuesto de cese del socio colectivo persona física o disolución si es persona jurídica, previendo un período de 12 meses siguientes (o más breve, de 180 días como en el Derecho italiano), para facilitar la continuidad de la sociedad, mediante el nombramiento de un administrador provisional por el consejo de control, sin que éste soporte la responsabilidad propia de socio colectivo por las deudas sociales, hasta que se produzca la continuación del socio colectivo. 2ª) En su régimen como sociedad cotizada: Los artículos 25 y siguientes de la Ley 24/1988 del mercado de valores y el Real Decreto 1310/2005, que desarrolla las normas sobre oferta pública y admisión de valores a negociación en mercados secundarios oficiales, no debieran impedir la admisión a cotización de la comanditaria por acciones, puesto que sus normas tienen como destinatarios las “sociedades cotizadas” sin exclusiones. Sólo el artículo 116 de la LMV y la normativa reglamentaria que lo desarrolla en el régimen del Informe de Gobierno Corporativo se refieren exclusivamente a las “sociedades anónimas cotizadas”, aunque esta normativa podría aplicarse por analogía a la sociedad comanditaria por acciones en aquellos puntos en que exista identidad de razón. Hasta ahora no se conoce –según la información de que disponemos- ningún precedente en el que se haya solicitado y la CNMV haya denegado la admisión a cotización de una sociedad comanditaria por acciones y, en cambio, sí que hay uno de aprobación de un folleto informativo para la Oferta Pública de Venta de Bosques Naturales del Mediterráneo I, S. Com. por A., presentada en noviembre de 1999.

No obstante, sería necesaria una reforma de nuestra legislación del mercado de valores para reconocer expresamente a la comanditaria por acciones el derecho a ser admitida como sociedad cotizada, así como su consideración expresa como sociedad susceptible de ser afectada por una Oferta Pública de Adquisición y el sometimiento a OPA obligatoria de exclusión a la sociedad anónima cotizada que acuerde su transformación en sociedad comanditaria por acciones cotizada, tal como se regula en los Derechos francés y alemán. En segundo lugar, la reforma debería adaptar la normativa legal y reglamentaria sobre el Informe de Gobierno Corporativo a las

características de la estructura orgánica de la comanditaria por acciones, en especial a su estructura accionarial y a la composición del órgano de administración, que en el modelo franco-alemán asume el socio colectivo, persona física o jurídica (o, en su caso, administradores o “gérants” nombrados por ellos). Si así se decidiera, se podría establecer que la comanditaria por acciones cotizada, aun respondiendo al modelo franco-alemán, fuese gestionada por un Consejo de administración nombrado por el socio o socios colectivos (y no por la Junta de accionistas, como en el modelo suizo-italiano-español).

V
DERECHO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL
Y DE LA COMPETENCIA

INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LAS LICENCIAS

Alberto BERCOVITZ*

Resumen

El presente trabajo constituye una introducción a las licencias y su problemática jurídica en materia de tecnología y derechos de propiedad industrial. Se revisa la importancia y utilidad de las licencias, se examina su concepto y naturaleza jurídica, distinguiéndolo de otras figuras afines, y se analizan los elementos del contrato de licencia, su contenido y su ámbito de aplicación.

Contenido

1. Tecnología y derechos de propiedad industrial. Su transmisibilidad. – 1.1. Importancia, significado y protección legal de la tecnología. Derechos de propiedad industrial. – 1.2. Transmisibilidad de la tecnología y de los derechos de propiedad industrial. – 1.3. Transmisión de la tecnología y relaciones económicas internacionales. – 2. La licencia como medio de transmisión de tecnología. – 2.1. Significado e importancia. – 2.2. Función y utilidad de las licencias. – 2.3. Problemática de las licencias para las partes y la economía en general. – 2.4. Licencia y contrato de licencia. – 3. Concepto, naturaleza jurídica y clases de contratos de licencia. – 3.1. Concepto: características fundamentales. – 3.2. Naturaleza jurídica. – 3.3. Distinción entre el contrato de licencia y otras figuras afines. – 3.4 El contrato de licencia como contrato complejo. – 3.5. La licencia en contratos de otra naturaleza. – 3.6. Clases de contratos de licencia. – 4. Elementos del contrato de licencia. – 4.1. Elementos subjetivos. – 4.2. Elementos objetivos. – 4.3. Canon o regalía (royalty). – 4.4. Elementos formales. – 5. Contenido del contrato de licencia. – 5.1. Ámbito de aplicación. – 5.2. Obligaciones del licenciante. – 5.3. Obligación de garantía. – 5.4. Obligaciones del licenciario. – 5.5. Obligación de colaborar con el licenciante. – 5.6. Duración y extinción anticipada del contrato. – 6. Cláusulas frecuentes en los contratos de licencia. – 7. Cesión de licencias y sublicencias.

* Catedrático de Derecho mercantil. Abogado.

1. TECNOLOGÍA Y DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL. SU TRANSMISIBILIDAD

1.1. Importancia, significado y protección legal de la tecnología. Derechos de propiedad industrial

Basta leer la prensa diaria y no digamos las publicaciones económicas o de información general para estar al tanto de la importancia que hoy se atribuye a la tecnología.

Las empresas se preocupan por adquirir la tecnología adecuada, y los gobiernos se preocupan del desarrollo de la investigación y de la tecnología.

Y a nivel internacional son muchos los organismos que se preocupan del desarrollo y transmisión de la tecnología entre los diversos países (ONU, UNCTAD, UNIDO, etc...).

Es lógica esa importancia de la tecnología por cuanto constituye un factor determinante para el desarrollo económico e industrial. Porque la tecnología, en el sentido habitual del término en la actualidad viene a ser el conjunto de conocimientos relativos a la organización de las empresas, a la producción de las mismas y a su actuación en el mercado. La tecnología viene, por tanto, a determinar en gran medida la competitividad de las empresas.

Por lo tanto hoy se entiende la tecnología en sentido muy amplio. No sólo la tecnología industrial sino también la tecnología comercial y los métodos de organización en general.

Los conocimientos integrados en la tecnología son de muy diversa naturaleza; pueden ser tanto las invenciones, como los criterios de selección del personal, métodos de adiestramiento de los trabajadores o directrices para la captación de clientela.

En general la tecnología de la empresa está genéricamente protegida por el secreto a que están obligados quienes trabajan en ella. Y, en ocasiones, esa obligación de secreto se refuerza específicamente en relación con conocimientos determinados: son los secretos de industria o de comercio. En tales casos la protección legal de la tecnología se apoya precisamente en esa obligación de guardar secreto.

Pero hay otros elementos tecnológicos sobre los que el ordenamiento jurídico concede en determinadas condiciones un derecho de exclusiva, un monopolio.

Se trata de los llamados derechos de propiedad industrial cuya característica consiste en servir para la protección de bienes inmateriales a través del derecho de exclusiva que se otorga a su titular. Así, pueden ser objeto de derechos de propiedad industrial las invenciones, los modelos y los signos distintivos. Todos estos objetos son bienes inmateriales, esto es, creaciones de la mente humana que, mediante los medios adecuados, se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones sociales y por su importancia económica son objeto de una tutela jurídica especial”.

Además, se otorga al titular la exclusiva para la explotación de esos bienes.

No puede extrañar que, siendo los bienes protegidos por la propiedad industrial fundamentales para la actividad industrial y comercial de la empresa y gozando de una protección especial, los derechos de propiedad industrial hayan pasado a ser elementos principales desde el punto jurídico y económico en la tecnología de la empresa.

Junto a ellos no cabe olvidar, sin embargo, la importancia práctica de los secretos industriales y comerciales cuya protección tiene lugar, sin embargo, por medios indirectos.

1.2. Transmisibilidad de la tecnología y de los derechos de propiedad industrial

La tecnología tiene valor como medio de producción de la empresa, pero también tiene un valor de mercado. Por ello la tecnología puede explotarse o bien directamente o bien indirectamente por su enajenación. Así resulta que hoy día la tecnología se compra y se vende como una mercancía más y de hecho el mercado tecnológico es particularmente activo.

La tecnología, los conocimientos tecnológicos, son transmisibles. Eso es una cuestión de hecho. Pero también son jurídicamente transmisibles, aunque esa transmisión presentará modalidades peculiares según el objeto al que la transmisión se refiera y según también la finalidad que con la transmisión se pretenda. Así será totalmente distinta desde el punto de vista jurídico una transmisión de tecnología que consista esencialmente en el adiestramiento de unos operarios que aquella que se refiera a una invención patentada; de la misma manera que será jurídica y económicamente diversa la venta de una tecnología de su simple cesión a título de uso.

En relación con la transmisión de la tecnología y precisamente por la especial protección de que disfrutan tiene importancia la transmisibilidad de las patentes, la cual aparece expresamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 74 y 75 de la Ley de Patentes de 1986 y esa misma transmisibilidad se problema para los derechos de propiedad industrial en general en el artículo 360-10 de la “Propuesta de Código mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (Ministerio de Justicia, Madrid 2013).

1.3. Transmisión de la tecnología y relaciones económicas internacionales

La posibilidad de transmisión de la tecnología tiene importancia no sólo a nivel nacional sino también y marcadamente a nivel internacional.

La ampliación de los mercados y la competencia internacional hacen que también en cuanto a la tecnología exista un verdadero mercado internacional.

Las empresas multinacionales se implantan con sus filiales en diversos países e introducen como factor de competencia en el mercado interior y por supuesto en el internacional, una tecnología en gran parte importada.

Las empresas nacionales, si quieren mantenerse han de competir desarrollando su tecnología, y a menudo el único medio de obtenerla es comprándola, cuando no se tiene una investigación suficiente. Y así la investigación nacional no cubre las necesidades tecnológicas –lo cual es muy frecuente- es preciso adquirir tecnología en el extranjero.

La adquisición de tecnología extranjera es, así, un fenómeno que tiene lugar tanto en los países desarrollados como en los países en vías de desarrollo. Aunque con diversos matices, por supuesto.

En los países en vías de desarrollo el problema se plantea con mayor gravedad, por cuanto carecen de tecnología propia y tienen unos medios económicos muy limitados. Por ello se impone con carácter ineludible un cierto control gubernamental sobre la adquisición de tecnología.

Pero el hecho que importa poner de manifiesto es que el mercado tecnológico es fundamentalmente internacional, lo cual hace que una parte fundamental de las operaciones de transferencia de tecnología que se realizan sean precisamente internacionales.

2. LA LICENCIA COMO MEDIO DE TRANSMISIÓN DE TECNOLOGÍA

2.1. Significado e importancia

Entre los instrumentos jurídicos para la transmisión de la tecnología ocupa un lugar preferente la institución de la licencia.

La gran mayoría de operaciones de transmisión de tecnología se relacionan con la institución de la licencia, cuya característica fundamental consiste en que el transmitente de la tecnología, sin desprenderse de la titularidad de la misma, permite su uso o explotación a un tercero.

La importancia de las licencias, así entendida se explica por la función que cumplen y por la utilidad que presentan para las partes interesadas.

2.2. Función y utilidad de las licencias

La licencia es un medio de transmisión de tecnología, pero con características que lo distinguen de otros instrumentos que pueden servir a la misma finalidad.

Así, sirve para establecer una colaboración continuada entre las partes que se manifiesta principalmente en la asistencia técnica por parte del licenciante y en su participación indirecta en los resultados de la explotación del licenciatario.

Por ello el contrato de licencia sirve a menudo como medio contractual de integración entre empresas diversas.

Puede servir también, particularmente en los casos de licencias exclusivas, como instrumento de organización del mercado para el licenciante.

Si se atiende a los intereses de las partes, licenciante y licenciatario, se perciben también las ventajas que presentan las licencias frente a otros modos de transmisión de tecnología.

El licenciante transmite su tecnología sin perder el control de la misma, puesto que sigue siendo suya.

La licencia permite además al licenciante la explotación indirecta de su tecnología a través del negocio del licenciatario, participando, en general, en los resultados de esa explotación.

Existen, por ello, una serie de supuestos en los que la concesión de licencias tiene particular interés para el licenciante. Tal es el caso, por ejemplo, cuando el titular

del derecho no está en condiciones de explotar el producto o procedimiento a que la tecnología se refiere; cuando no disponga de una empresa (inventor particular o instituto científico y de investigación), o cuando la tecnología tenga por objeto un producto o procedimiento que se sale de las actividades habituales de la empresa. En particular, es el caso de piezas de herramientas concebidas por la empresa para su trabajo pero cuya producción no encaja en su actividad. Así consigue el suministro de herramientas y además los cánones.

También interesa la licencia para la explotación del producto inversiones para las que la empresa no está preparada o considera poco rentables; cuando el empresario aun explotando su tecnología desea mantener o mejorar su posición en el mercado.

Cuando la empresa no puede hacer frente a la demanda creciente con sus solos medios, o cuando se trata de fomentar un aumento de demanda de algún bien producido por la empresa. Si la empresa inventa un nuevo producto y una serie de aparatos en los que ese producto es elemento indispensable, puede interesar licenciar la fabricación de tales aparatos para fomentar la demanda del elemento necesario para ellos y cuya fabricación se reserva la empresa.

Igualmente, la licencia sirve al licenciante para penetrar en nuevos mercados o cuando se trata de aumentar la aceptabilidad de los productos gracias a la licencia concedida a empresas bien introducidas, se trata de aumentar una demanda que está restringida por el hecho de que el producto que se licencia esté producido por una sola empresa.

También interesan la licencia al licenciante para limitar problemas en mercados en que la empresa no tiene preparación adecuada para hacerlos frente.

El licenciante puede beneficiarse al pactar para evitar batallas legales sobre validez de los derechos de propiedad industrial a que la licencia se refiere o para evitar la previsible copia del producto por firmas poco escrupulosas.

Así mismo el licenciante puede tratar de anticiparse a la acción de la competencia que trata de obtener productos semejantes, cubriendo el mercado lo mejor posible o trata de asegurarse frente a la posible recesión de la demanda.

La licencia puede ser utilizada como medio para conseguir una cierta integración con otras empresas, bien por la posibilidad de conseguir su know-how, bien por su implantación comercial en el mercado.

En particular muchas de estas circunstancias, a las que se ha hecho referencia, se dan para la concesión de licencias para el extranjero en supuestos como los que se enumeran seguidamente.

Cuando es imposible la exportación y no interesa o no se puede establecer una filial.

Como medio para evitar los problemas inherentes a un mercado y a un país desconocidos; como medio para evitar las restricciones inherentes a la repatriación de dividendos.

Para no tener que enfrentarse con las dificultades de adaptar los productos a las exigencias de los mercados locales.

Para proteger el mantenimiento de las patentes en el extranjero mediante su explotación.

Para evitar las consecuencias del nacionalismo en el mercado.

Para hacer frente a la competencia en el extranjero de otras compañías, competencia que puede debilitar la situación competitiva en el propio país.

Y, en cualquier caso, las licencias pueden ser un medio adecuado para capitalizar lo que se ha gastado en investigación.

Para el licenciataria la licencia le permite conseguir asistencia técnica, o disminuir la aleatoriedad de la validez del derecho, o acomodar los pagos al desarrollo del negocio, y también la posibilidad de conseguir mejoras.

En particular pueden ser interesantes para el licenciataria las licencias como medio de creación o mejora de una tecnología propia; o como medio para conseguir una tecnología de partida a menudo realizando contratos de investigación con instituciones científicas o universitarias, que serán después los licenciantes.

Desde la perspectiva del licenciataria, las licencias pueden servir para mejorar la propia tecnología, en particular por la adquisición de know-how.

Y globalmente la licencia puede servir como medio para mantener o mejorar la posición en el mercado; ofreciendo productos innovadores, adaptándose a las exigencias del mercado nacional o internacional, ampliando la gama de productos que ofrece la empresa, iniciando una nueva actividad industrial.

Otra posible finalidad para el licenciataria consistirá en asegurarse como cliente importante al propio licencianta en determinados supuestos.

En general, la licencia puede servir como medio de establecer una cierta colaboración con empresas importantes y, a menudo, como medio para conseguir inversiones de tales empresas.

2.3. Problemática de las licencias para las partes y la economía en general

Las licencias tienen importancia para las partes pero también para la economía general.

El problema principal para las partes consiste en establecer un marco adecuado para su colaboración continuada mientras dura la licencia.

Ello supone una cuidadosa selección de la otra parte contratante, así como fomentar ese clima de confianza y aclarar el ámbito de la relación que se pretende en las conversaciones preparatorias.

Debe elaborarse, por tanto cuidadosamente el documento en que se plasme la licencia, previendo todos los problemas que suelen surgir en relaciones de este tipo y sobre todo estableciendo con claridad las obligaciones de las partes en relación con los temas más conflictivos.

Si se considera, como veremos, la falta de una regulación legal completa, que pueda suplir la voluntad de las partes o las ambigüedades del contrato, hay que llegar a la conclusión de que en la labor del jurista lo fundamental en este campo es el asesoramiento al establecer la relación entre licencianta y licenciataria, tratando de evitar que los problemas surjan. Porque si surgen, debido a la falta de regulación legal suficientemente extensa, es difícil prever con seguridad las consecuencias ante los Tribunales. Aparte de que roto el espíritu de colaboración es difícil, sino imposible, que la licencia pueda cumplir su función.

Para la economía general del país también tienen importancia las licencias y puede plantear problemas.

Así, dada la integración y colaboración entre empresas a que las licencias dan lugar pueden suscitarse restricciones de la libre competencia no aceptables; es el caso, por ejemplo, de licencias cruzadas, pools de patentes y licencias múltiples paralelas.

Pero la problemática mas grave es en relación con las licencias para adquisición de tecnología extranjera.

La licencia es un medio muy adecuado para conseguir tecnología extranjera. Así por ejemplo, el impulso primero para el despegue tecnológico de Japón se consiguió obligando a los extranjeros a la concesión de licencias al restringirse las importaciones y las inversiones directas.

Se plantean el importante problema de la selección de tecnología, de evitar el abuso del licenciante y de la repercusión del pago de royalties en la balanza de pagos.

2.4. Licencia y contrato de licencia

Hay que hacer notar la equívocidad de la expresión licencia, en el sentido de que licencia y contrato de licencia no son lo mismo desde el punto de vista jurídico. Es mas, pueden darse –y de hecho se dan- muchos supuestos de licencia sin que sean consecuencias de contratos de licencia.

La licencia hace referencia a la autorización para la explotación de un bien inmaterial determinado, pero esa autorización puede tener diversos fundamentos jurídicos, que no se reducen a los contratos de licencia.

Así tiene licencia la sociedad a la cual esa licencia se ha aportado, o el empresario a quien el titular de un derecho exclusivo de propiedad industrial ha encargado la ejecución del bien protegido por el derecho exclusivo.

En ambos casos existe licencia, pero en ninguno de los dos puede hablarse de la existencia de un contrato de licencia. En el primer supuesto la licencia tiene su origen en una aportación social; en el segundo, en un arrendamiento de obra.

Por tanto la licencia supone una situación jurídica que puede resultar de títulos jurídicos de diversa naturaleza.

3. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y CLASES DE CONTRATOS DE LICENCIA

3.1. Concepto: características fundamentales

El contrato de licencia es un contrato en virtud del cual el titular de un bien inmaterial, licenciante, sin perder esa titularidad, concede a otra persona, licenciataria un derecho de explotación del bien mencionado.

La esencia del contrato radica, por tanto, en la autorización que otorga el licenciante al licenciataria para que éste utilice el bien inmaterial cuya titularidad corresponde al licenciante.

Cabe destacar una serie de características de este contrato.

No existe en nuestras disposiciones legales una regulación general sobre el contrato de licencia, aunque sí que existen normas en las distintas leyes que regulan las diversas modalidades de la propiedad industrial, que regulan aspectos concretos de las licencias que tienen especial interés para la modalidad del derecho objeto de la ley de que se trate.

Por lo demás, el contrato está socialmente tipificado.

Es contrato consensual (art. 1258 Cc.), es decir que se perfecciona por el simple perfeccionamiento.

Es contrato de duración, pero no es requisito esencial. Puede haber licencia para un solo acto. Especialidades en cuanto a la extinción y en cuanto a prestaciones de las partes.

Es contrato que engendra relaciones de confianza y colaboración.

Es un contrato generalmente oneroso, creando obligaciones por ambas partes, aunque puede ser gratuito.

Aunque tiene relativamente poca trascendencia, es un contrato mercantil: art. 2º Cco. Así pues, se rige por Cco. y después por las normas D. común. Poca trascendencia tienen las normas generales incluidas en el Cco. Sólo tienen un interés especial, los artículos del Código de comercio: art. 54 (contratos por correspondencia); art. 59 (función interpretativa de los usos de comercio), y arts. 61 y 63 (no plazos de gracia o cortesía y efectos de la marca).

3.2. Naturaleza jurídica

El contrato de licencia es un contrato “sui generis”, es decir, que no cabe considerarlo como una simple modalidad de otro tipo de contrato.

Ello no impide que presente semejanzas con otros tipos de contratos, en particular con el arrendamiento.

Ciertamente se relaciona íntimamente con el arrendamiento, puesto que tanto en éste como en la licencia la causa del contrato consiste en la cesión del uso de una cosa. El art. 1543 Cc. dispone que “en el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto”.

Pero hay diferencias esenciales derivadas de la naturaleza del objeto al que el uso se refiere, que en el arrendamiento es una cosa corporal y en la licencia es un bien inmaterial.

La posesión de la cosa corporal es por sí excluyente, lo que implica que sólo se puede otorgar un arrendamiento.

Por el contrario, la posesión del bien inmaterial no es excluyente de por sí, lo que implica la posibilidad de otorgar pluralidad de licencias.

Por eso mismo, la posesión del arrendatario excluye que terceros (autorizados o no) disfruten del mismo bien inmaterial. Así resulta que el arrendatario le basta con que se le mantenga en el goce pacífico de la cosa (art. 1554), mientras que el licenciataria necesita normalmente, no sólo la posesión del bien inmaterial, sino, además, que se le garantice que otros no van a explotarlo.

Esto hace que no pueda asimilarse la licencia a un arrendatario puro y simple.

Dadas las similitudes entre los dos tipos contractuales cabrá aplicar a la licencia algunos de los preceptos del arrendamiento, pero el límite para esa aplicación analógica estará siempre en las diferencias impuestas por la distinta naturaleza de los objetos a que se refieren.

Por otra parte, el hecho de que falte una regulación adecuada de los arrendamientos en el Cc. hace que no sea muy útil para resolver los problemas que plantean las licencias.

Evidentemente no es posible considerar al contrato de licencia como un usufructo, dado el carácter de derecho real de este último, que, por lo demás, no nace normalmente de una relación contractual. Ni tampoco como una modalidad de sociedad, puesto que falta la creación de un fondo social y el ánimo de repartir las ganancias y pérdidas que puedan resultar de la explotación de la licencia por el licenciatario. Ello no excluye que en ciertos casos la licencia se configure de tal forma que se establezca un verdadero contrato de sociedad. Pero si así ocurre su régimen y naturaleza jurídica serán distintos a los del contrato de licencia propiamente dicho.

3.3. Distinción entre el contrato de licencia y otras figuras afines

La diferencia con algunas instituciones que presentan ciertas similitudes con el contrato de licencia, tales como el arrendamiento o el usufructo, ha quedado ya expuesta, pero interesa señalar las diferencias que separan la institución de otras figuras afines.

Particular importancia tiene esa distinción por cuanto la terminología que se utiliza en la práctica es confusa y para calificar el contrato en concreto habrá que estar más al contenido del mismo que a su calificación por las partes, cuando esta no se corresponda con aquél. A estos efectos, resulta aplicable el art. 128.2º Cc. “si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”.

La licencia se diferencia de la cesión, puesto que en la licencia, el licenciante conserva la titularidad del derecho exclusivo, pero no la conserva en la cesión. Cesión es, pues, el negocio jurídico en virtud del cual se transmite la titularidad del bien inmaterial que constituye su objeto. Generalmente es una venta, pero la cesión genéricamente concebida puede tener lugar por medio de otros contratos (aportación social a título de dominio; donación).

Cuando se aporta una licencia a una sociedad, el negocio básico es un negocio de sociedad. La licencia forma parte del patrimonio social y el aportante adquiere en consecuencia la condición de socio con todos los derechos inherentes a ella, entre ellos el de participar en las ganancias. En las sociedades capitalistas este tipo de aportación plantea problemas en lo relativo a la valoración de la licencia y la garantía de los terceros (licencia ha de ser bien embargable).

Los contratos de ingeniería (engineering) son contratos en virtud de los cuales una de las partes (empresario de ingeniería) se obliga a facilitar a la otra los estudios necesarios para la realización de un proyecto industrial, asumiendo en ocasiones la

obligación de ejecutar el proyecto, o de suministrar determinados medios para la realización del proyecto, y obligándose a prestar la asistencia técnica necesaria.

Caracteriza estos contratos la complejidad de las obligaciones asumidas por la empresa de ingeniería, obligaciones de muy diversa naturaleza; pero, en general, parece que su naturaleza jurídica es fundamentalmente la de un arrendamiento de obra.

Así pues, los contratos de engineering no implican la concesión de licencia.

Ocurre, sin embargo, que con frecuencia se incluyen entre los medios propuestos o utilizados para la realización del proyecto bienes cuya utilización sólo es posible contando con la correspondiente licencia, en cuyo caso habrá de comprometerse la empresa de ingeniería a facilitar dicha licencia que se constituye así en prestación accesoria dentro del contrato.

Los contratos de asistencia técnica son contratos en virtud de los cuales una empresa se obliga a ayudar a otra en la realización de una determinada actividad, facilitándole los conocimientos necesarios para ello, que la primera posee y que habrá de transmitir a ésta con arreglo a lo pactado.

Son también contratos complejos por la diversidad de prestaciones a que se obliga la empresa que ha de facilitar la asistencia técnica, motivadas por los distintos medios a través de los cuales deben transmitirse sus conocimientos. Suelen incluirse en general obligaciones consistentes en la transmisión de documentación, la formación de personal y prestación de servicios de su propio personal.

Así pues, un contrato de asistencia técnica no tiene por qué implicar la concesión de licencias.

Pero ocurre con frecuencia que entre los elementos que se transmiten hay algunos cuya utilización exige la concesión de licencia, en cuyo caso habrá de facilitarse ésta. En tal supuesto normalmente la licencia constituirá una prestación accesoria.

3.4. El contrato de licencia como contrato complejo

Un contrato de licencia sencillo puede consistir en unas cuantas líneas en las que se haga constar la autorización concedida al licenciataria para la explotación del bien que constituye el objeto de la licencia.

Pero eso no es lo normal. En primer lugar, porque la relación que engendra la licencia plantea una serie de problemas que deben ser previstos en el contrato.

En segundo término, porque la explotación adecuada del bien sobre el que la licencia recae exige una colaboración activa entre licenciante y licenciataria que se traduce normalmente en un complicado entramado de obligaciones para ambas partes.

Así resulta que en la práctica los contratos de licencia son contratos bastante extensos y complejos, en los que junto a la obligación principal de permitir la utilización del bien sobre el que la licencia recae se suelen imponer obligaciones de asistencia técnica en todas sus diversas modalidades. Se suelen comunicar secretos industriales (know-how) y es frecuente que el contrato comprenda una pluralidad de licencias. Si a ello se unen todas las cláusulas tendentes a garantizar el cumplimiento de lo pactado, se comprende que, en general, los contratos de licencia son contratos

complejos que han de ser estudiados detenidamente y cuya naturaleza jurídica depende fundamentalmente de cual sea la obligación que se considere principal.

Es, por tanto, fundamental cuando la licencia constituye el objeto principal del contrato de aquellos supuestos en que no es sino una obligación accesoria.

Cuando en un mismo contrato concurre la licencia con otras obligaciones características de tipos contractuales diversos a la licencia, será preciso tomar en consideración esa diversidad a la hora de determinar en cada caso que normativa será aplicable a cada una de las obligaciones asumidas.

3.5. La licencia en contratos de otra naturaleza

De todo lo dicho resulta con claridad que no todo contrato en el que se concede una licencia puede concebirse como contrato de licencia. El contrato de licencia sólo lo será cuando la licencia concedida sea la obligación principal asumida por el licenciante.

Así resulta que pueden concederse licencias en contratos de otra naturaleza, de forma que dado el carácter accesorio de la licencia su inclusión no altera la naturaleza del negocio.

Así pueden concederse licencias –ya se ha visto- en contratos de ingeniería y de asistencia técnica. Pero también en contratos de otras clases: arrendamiento de cosas corporales (maquinaria), arrendamiento de otra (ejecución de la invención), agencia (venta de los productos).

3.6. Clases de contratos de licencia

Por su objeto, se pueden distinguir los contratos según los bienes a los que se refieren:

Bienes protegidos por derechos de exclusiva: Derechos de propiedad intelectual e industrial (patentes, modelos y signos distintivos).

Bienes que no están protegidos por derecho de exclusiva (secretos y know-how).

Si se consideran los derechos atribuidos a las partes en el contrato, pueden distinguirse según incluyan en el contrato el licenciante y el licenciataria todos los derechos inherentes a la explotación; o parciales, esto es, sólo alguno de los derechos inherentes a la explotación.

Por la exclusividad de los derechos que son objeto del contrato, pueden distinguirse los contratos simples, es decir, que se admite la posibilidad de conceder otras licencias y explotar el licenciante.

Si el contrato es de exclusiva, ello significa que no puede el licenciante conceder otras licencias discutiéndose la posibilidad de explotar el licenciante con alguna peculiaridad local y también se distinguen por su origen los contratos forzosos y los voluntarios.

4. ELEMENTOS DE CONTRATO DE LICENCIA

4.1. Elementos subjetivos

Son elementos subjetivos del contrato el licenciante y el licenciataria

Ambos deben tener por supuesto capacidad de obrar.(art. 1263 Cc.).

El licenciante debe tener la titularidad del bien cuya explotación autoriza; titularidad suficiente para conceder ese derecho.

Podrá conceder licencias el usufructuario, pero no el nudo propietario.

No podrá concederla el titular de un derecho de propiedad industrial gravado por hipoteca mobiliaria sin consentimiento del acreedor (art. 48 LHipotecaria 16.XII.1954). Responsabilidad solidaria licenciataria.

No podrá concederla el titular de un derecho de propiedad industrial sobre el que recaiga una licencia exclusiva inscrita Reg. Prop. Ind.

El licenciataria no precisa de requisitos especiales. Debe disponer de los elementos (empresa) necesarios para la explotación.

Existen empresas que se dedican a la mediación para la concesión de licencias, pero no intervienen como partes del contrato de licencia, aunque asesoran a su cliente (licenciante) e incluso se ocupan de supervisión del funcionamiento de la relación contractual.

4.2. Elementos objetivos

Los elementos objetivos son el bien al que la licencia se refiere y el pago de los cánones o royalties o regalías.

El bien al que la licencia se refiere puede ser un bien protegido por derecho de exclusiva o no protegido por exclusiva.

Entre los primeros están los derechos de propiedad intelectual e industrial. El objeto influye decisivamente en la configuración del contrato.

Si se licencia una patente es esencial facilitar su ejecución.

Si se licencia un signo distintivo deben garantizarse los derechos del público.

Si se licencia un know-how se trata de una situación fáctica (secreto) y se plantea el problema que en estos casos no sólo hay que permitir, sino también comunicar el secreto.

4.3. Canon o regalía (royalty)

Lo normal es que el contrato sea bilateral e incluya, por tanto, la obligación de pago de regalías por parte del licenciataria; pero eso no es necesariamente así. Son, pues, posibles las licencias gratuitas.

Hay licencias gratuitas en las que sin dejar de ser bilaterales no hay obligación de pagar canon. Este suele ser el caso de las licencias cruzadas o de las licencias concedidas por sociedades de investigación del mismo grupo al que pertenece la

licenciataria, o en licencias otorgadas para evitar la impugnación de derecho de propiedad industrial de dudosa validez.

Pero lo normal y generalizado es que hayan de pagarse regalías. No puede, pues, presumirse la gratuidad del contrato y, por tanto, salvo declaración expresa en contrario la falta de determinación del canon impide el perfeccionamiento del contrato.

El canon puede fijarse de muy diversas maneras.

Canon único y global para toda la licencia. Es muy raro. Se da en licencias que conceden grandes empresas para objetos sin importancia.

Lo normal es el canon periódico. Puede ser una cantidad fija, lo cual es poco frecuente, aunque lo que si es frecuente es un mínimo fijo que garantice unos ingresos mínimos al licenciante.

Suele ser –haya o no mínimo- una cantidad variable, pero los criterios de cálculo pueden variar extraordinariamente:

Cantidad fija por unidad o medidas (litro, tonelada, mil revoluciones, unidad etc.).

Puede referirse a la producción o a las ventas.

La cantidad fija puede ser un porcentaje del precio de coste, del precio neto de venta, del precio bruto de venta, de la ganancia bruta, de la ganancia neta, del valor facturado.

Esas cantidades o porcentajes pueden mantenerse fijos o variar según aumente o disminuya la base a cuyo cálculo se refieren (producción, ventas, ganancias, etc...) y a largo de la duración del contrato.

Es frecuente, además, establecer un tiempo de carencia pensado para la puesta a punto de la producción e introducción en el mercado de los productos a que la licencia se refiere, en el que no se perciben royalties o se perciben en cuantía mínima.

Y puede ser interesante establecer cánones distintos y diferenciados.

Para el cálculo de los royalties se suelen tener en cuenta los factores siguientes por el licenciante:

- Royalties normales en el tipo de industria a que la licencia se refiere.
- Grado de interés del licenciataria en la licencia. Posibilidad de licencias de otras fuentes.
- Dificultades del licenciataria para comenzar a producir con la licencia.
- Exclusividad.
- Novedad del bien al que la licencia se refiere.
- Fortaleza de los derechos de propiedad industrial implicados en la licencia, desde el punto de vista de su validez.
- Grado de esenciabilidad de la licencia.

Muchos licenciantes fijan del 10 al 25 por ciento del beneficio neto del licenciataria deducidos sus gastos.

4.4. Elementos formales

El contrato de licencia no está sujeto a ninguna formalidad como contrato consensual que es. Puede hacerse de palabra. Pero eso es poco frecuente. Prácticamente siempre por

escrito, puesto que podría plantearse el problema de prueba a que se refiere el art. 51 Cco.

Ahora bien para que la licencia de patente produzca efectos frente a terceros es precisa la inscripción en el Registro de patentes (art. 79 LP).

Pero frente a terceros en pleito civil hace falta inscripción por principios registrales STS 7.11.1967 (s. 1^a) AJ 551.

V. CONTENIDO DEL CONTRATO DE LICENCIA

5.1. Ámbito de aplicación

Es preciso delimitar el ámbito al que la licencia se refiere. Esa delimitación debe hacerse desde diversos puntos de vista.

Desde un punto de vista objetivo:

Habría que determinar los productos o procedimientos incluidos en la licencia, cuando el bien sobre el que la licencia recae puede referirse a productos o procedimientos diversos.

Y puede determinarse también el sector industrial o comercial que la licencia se refiere, cuando el bien sobre el que recae la licencia puede ser explotado en diversos sectores.

Aparte de la delimitación de los derechos o facultades atribuidos al licenciatarario, y el carácter exclusivo o no, se presumirá licencia total y no exclusiva.

Desde un punto de vista de vista territorial:

Normalmente la licencia se referirá al territorio nacional y si no se dice nada se presumirá así, pero eso no es forzosamente así. Puede ser un ámbito menor: regional o mayor, en cuyo caso habrá de delimitarse cuidadosamente, teniendo en cuenta además, los problemas que pueden surgir por la diversidad de ordenamiento jurídicos que rigen los derechos sobre los bienes comprendidos en la licencia (diversa duración de esos derechos, por ej.).

Desde un punto de vista temporal, es fundamental la duración del contrato, a la que se hará referencia más adelante.

5.2. Obligaciones del licenciante

El licenciante está obligado a mantener en vigor el derecho sobre el bien al que la licencia se refiere; debe pagar las anualidades.

No renunciar a los derechos licenciados (art. 6º, 2 CC); no puede renunciar, ni destruir el secreto; tendrá que defenderse también frente a las impugnaciones de que sea objeto.

Obligación de permitir la explotación del bien al que se refiere la licencia dentro de los límites pactados prestando la colaboración que la buena fe exige.

5.3. Obligación de garantía

Actuando para reprimir explotación no autorizada de los terceros, si el licenciatarario no está legitimado para ello. Licencia exclusiva parece que sí.

Colaborando en la protección del licenciatarario frente a las acciones por violación ejercitadas por terceros.

5.4. Obligaciones del licenciatarario

La obligación principal del licenciatarario es el pago del canon en los términos y plazos convenidos (art. 1555Cc), a no ser que la licencia se haya pactado como gratuita. Existe también la obligación secundaria de permitir un cierto control de la contabilidad.

Obligación y siempre de forma seria como un empresario diligente. Sobre todo manteniendo las calidades establecidas en el contrato o que deriven de la propia naturaleza del bien sobre el que la licencia recae.

Importancia obligación de explotar adecuadamente para licenciante:

- Para conversar el mercado y la eventual clientela.
- Para no verse defraudado en sus ingresos por cánones cuando el pago de esos se relaciona de alguna forma con la explotación.

5.5. Obligación de colaborar con el licenciante

El licenciatarario debe colaborar con el licenciante, poniendo en su conocimiento las violaciones de los derechos a que la licencia se refiere (art. 1559 C.), a no ser que esté legitimado para esa defensa en cuyo caso debe proceder a ella.

Colaborando en la defensa de los derechos sobre los bienes a que la licencia se refiere.

5.6. Duración y extinción anticipada del contrato

El contrato de licencia es normalmente un contrato de duración que engendra obligación es de tracto sucesivo. La duración cuando el contrato se refiere a un bien sobre el que recae un derecho limitado en el tiempo está limitada por esa duración. Si esa limitación temporal existe y no se ha pactado un tiempo determinado se presume una duración igual a la del derecho. Si son varios los derechos de diversa duración, el contrato rige hasta que se extingue el último, pero va perdiendo contenido.

Es frecuente el establecimiento de un plazo de duración suficiente para permitir la rentabilidad de una explotación por el licenciatarario a la vista de las exigencias técnicas y económicas de esa iniciación, previéndose la tácita reconducción y atribuyendo derecho de la denuncia con una antelación determinada.

La extinción del contrato puede responder o no a cláusulas contractuales.

Se extingue por cláusulas contractuales:

- Por transcurso del término fijado.
- Por causas fijadas en el contrato

Denuncia en los términos pactados

Normalmente por incumplimiento obligaciones contractuales.

Por concurso del bien licenciatario

Por obsolescencia de los productos a los que la licencia se refiere.

Son causas de extinción que no se hayan previsto expresamente en el contrato:

La denuncia unilateral en los contratos por tiempo indefinido (analogía 224 y 225 Cco.)

El incumplimiento grave de obligaciones contractuales (art. 1556 C.c.: 1568)

La desaparición del derecho que correspondía al licenciante sobre el bien al que la licencia se refiere (nulidad, evicción, desaparición del escrito) no da lugar necesariamente a la devolución de los cánones que correspondan a lo disfrutado (arts. 1568 y 1553 Cc.). Así resulta también de lo dispuesto en el artículo 114.2.b LP.

El licenciante responderá de los daños y perjuicios causados, si hubiera actuado de mala fe (art. 114.2 LP).

6. CLÁUSULAS FRECUENTES EN LOS CONTRATOS DE LICENCIA

Es normal iniciar el contrato con la Exposición (whereas clauses) que hacen las partes sobre los derechos de los que es titular el licenciante, cuya validez reconoce el licenciatario, y sobre los antecedentes y las finalidades perseguidas con el contrato. A esas cláusulas se hace referencia, mencionándolas simplemente:

Concesión de la licencia.

Delimitación del ámbito objetivo y territorial de la licencia.

Carácter exclusivo o no de la licencia.

Suministro de medios materiales para la explotación de la licencia.

Obligación de guardar secreto.

Ayuda y asistencia técnica.

Garantía del licenciante (a menudo, cláusula de exoneración de responsabilidad por la validez de los derechos) por la validez de los derechos.

Renuncia del licenciatario a impugnar los derechos del licenciante.

Pagos a realizar por el licenciatario.

Pagos de cantidades adelantadas por entrega de documentación y primeros servicios de asistencia técnica, como garantía de la buena fé del licenciatario. Y por la firma de la licencia.

Cálculo de los royalties y forma de pago. Divisas. Mínimos.

A menudo: pago de impuestos y de anualidades por el licenciatario.

Derecho a otorgar o prohibición de sublicencias.

Forma de actuación en casos de violación.

Quien ha de defenderse o atacar

Como deben sufragarse los gastos

Quien ha de seleccionar los abogados y expertos

Indemnización al licenciatarlo si es condenado por violación. Máximo: cánones pagados.

Informes técnicos y económicos sobre la explotación y forma de permitir el control de la contabilidad relativa al cálculo de los royalties.

Supervisión de calidades.

Conservación por el licenciante de la propiedad de todos los datos y obligación de este de devolver la documentación recibida al finalizar el contrato.

Cesión del contrato.

Se prevé a favor del licenciante libremente

Pero hace falta el consentimiento del licenciante para que por el licenciatarlo haga la cesión.

Mejoras y nuevas invenciones.

Duración. Causas de extinción anticipada.

Incumplimiento

Impugnación de derechos del licenciante por el licenciatarlo.

No pagar los mínimos

No informar o no facilitar acceso a información.

No cumplir calidades

Cesar la explotación

Suspensión de pagos o quiebra

Fuerza mayo (guerra, etc)

Defectos que hacen inexplorable el bien

Nulidad de los derechos a que la licencia se refiere

Cláusula de licenciatarlo más favorecido.

7. CESIÓN DE LICENCIAS Y SUBLICENCIAS

La cesión de licencia puede ser entendida en dos sentidos. Como cesión del contrato por alguna de las dos partes, o como cesión de la autorización que tiene el licenciatarlo, es decir, cesión del contrato por parte del licenciatarlo.

En todo caso de cesión del contrato se trata de subrogar a un tercero en el lugar del cedente dentro del contrato de licencia.

El principio general que rige dentro de nuestro ordenamiento es que en los contratos bilaterales la cesión exige los requisitos de la cesión de créditos y de la subrogación del deudor. Así pues, notificación al deudor: 1527 C.c. y consentimiento del acreedor (art. 1205 Cc.)

Ello significa que es preciso el consentimiento de la otra parte, a no ser que se haya concedido en el contrato. En todo caso suele reservárselo el licenciante:

Transmisión mortis causa licenciamiento no afecta al contrato, si el licenciatarlo si se prohibió cesión (derecho de denuncia del licenciamiento).

La sublicencia es un subcontrato en virtud del cual el licenciatarlo concede a su vez, amparado en la licencia que tiene, sublicencias a terceros.

Dado el carácter de confianza de la relación que la licencia establece no es posible la concesión de sublicencias a no ser que se haya otorgado ese derecho expresamente al licenciatarlo.

LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA, OTRA AUSENCIA EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

LUIS BERENGUER FUSTER*

Resumen

Los intentos de integrar en el Código Mercantil toda la materia relativa a la competencia se han visto frustrados por diversas razones, lo cual tiene como consecuencia que en su interior no se recojan todas las materias que constituyen el Derecho Mercantil. Al haber quedado reducidas las normas de defensa de la competencia a una simple mención y remisión a la Ley de Defensa de la Competencia, cualquier referencia al capítulo de promoción de la competencia ha quedado también fuera del texto del Código, pero es una de las materias a las que la Autoridad española de la Competencia se ha dedicado con intensidad, con anterioridad a la ley vigente y fundamentalmente a partir de la Ley 15/2007. En el texto se analizan los apartados en los que se ha plasmado esa dedicación: informes sectoriales, informes sobre proyectos normativos, ayudas públicas y legitimación activa.

Contenido

1. Introducción. - 2. El derecho de la competencia como derecho mercantil; o en cualquier caso como derecho público de la economía. - 3. La promoción de la competencia. - 3.1. Los informes sectoriales - 3.2. Los informes sobre los Proyectos Normativos - 3.3. Informes sobre Ayudas Públicas. - 4. La gran novedad: la legitimación activa. - 5. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

Es bien sabido que los intentos de la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación para englobar en un solo cuerpo legal la totalidad de los preceptos relativos a la competencia pasaban por la práctica derogación de la Ley de Defensa de la Competencia, que quedaría reducida a regular los aspectos organizativos y estructurales de la Autoridad de competencia (Comisión Nacional de la Competencia, convertida en Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en virtud de su ley de creación 3/2013), pero el resto de los preceptos relativos a la competencia quedarían incluidos en el Código Mercantil. Ahora bien, esos intentos quedaron limitados en la medida en la que la sempiterna lucha por las competencias ministeriales hizo presencia y el hecho de que el Código Mercantil estuviera en el ámbito del Ministerio de Justicia,

* ExPresidente de la CNC, Broseta Abogados.

mientras que la materia de competencia perteneciera, en su tratamiento, al Ministerio de Economía hizo fracasar el intento. En buena medida resulta lamentable que meros conflictos de competencias, quiero imaginarme que exclusivamente relativas a la autoría de la iniciativa, termine influyendo de manera decisiva en la configuración de un texto legal de esta magnitud, sin duda la más importante tarea legislativa en el área del Derecho aplicable a las empresas.

A pesar de ello, sería injusto reconocer que algunos hitos se han conseguido. Entre ellos, sin duda, el más importante ha sido en la configuración del ámbito de la competencia como un todo, terminando con la separación en textos diferentes de la libre competencia y la competencia desleal.

El Libro Tercero de la Propuesta de Código Mercantil, lleva la denominación de “Del Derecho de la competencia y la Propiedad industrial”, e incluye un Título I sobre los principios generales en materia de competencia, para posteriormente regular la competencia desleal (Título II); la defensa de la competencia (Título III); las acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia (Título IV) y los códigos de conducta (Título V).

En el texto elaborado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, como se ha indicado, se incluían buena parte de los preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia, que quedaría en tal caso reducida a regular los aspectos institucionales y organizativos, pero esa propuesta, a mi entender sobradamente fundada, no superó las objeciones del Ministerio de Economía y Competitividad, con lo cual la presencia de los preceptos relativos a la competencia en el Anteproyecto de Código, a pesar de que quienes omitieron las propuestas de preceptos no se percataron de modificar el texto de la Exposición de Motivos preparada por la Comisión de Codificación¹, ha quedado reducida a solo dos artículos, el 330-1², y el 330-2³, que se limitan a enumerar dos de las conductas prohibidas con remisión a la legislación de la competencia.

En definitiva, de los grandes bloques que integran el Derecho de la competencia: conductas prohibidas, control de concentraciones, ayudas públicas y

¹ Resulta curioso que en la Exposición de motivos del texto publicado por el Ministerio de Justicia se mantenga el siguiente tenor literal (Apartado IV-1) “...una primera innovación importante (que) consiste en incluir dentro del Código no sólo las materias que tradicionalmente se consideran mercantiles, sino también la regulación de la competencia en el mercado, por exigencia de la nueva perspectiva en la que se basa el Derecho mercantil, como Derecho que establece las reglas de actuación en el mercado”, para añadir más adelante (apartado IV-2) “La incorporación de esta materia (el Derecho de la competencia) al Código Mercantil constituye, sin duda, una de las más destacadas novedades del nuevo Código respecto del Código de Comercio”, frases todas ellas que tenían sentido con el texto elaborado por la Comisión de Codificación, pero que carecen de tal sentido una vez que el hacha del Ministerio de Economía podara los textos previstos.

² El artículo 330-1, bajo el título “Prohibición de prácticas colusorias”, reza del siguiente tenor literal: “Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional en los términos previstos en la normativa de defensa de la competencia”

³ Esta propuesta de precepto y bajo la denominación “Prohibición de las conductas de abuso de posición de dominio”, reza del siguiente texto: “Se prohíbe, conforme a lo dispuesto en la normativa de defensa de la competencia, la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional”

promoción de la competencia, la propuesta de Código Mercantil solo se ha dedicado a mencionar, más que regular, por cuanto que la regulación se contiene en la legislación de la competencia, las conductas prohibidas, con olvido de los demás extremos, con lo que se puede afirmar que el intento de integrar plenamente la legislación de la competencia, siguiendo el modelo francés, en el Código mercantil ha terminado en un acto fallido.

2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO DERECHO MERCANTIL; O EN CUALQUIER CASO COMO DERECHO PÚBLICO DE LA ECONOMÍA

Con tamaña reducción puede señalarse que en el Anteproyecto de Código Mercantil brille por su ausencia cualquier referencia a la promoción de la competencia. Es cierto que podría ser objeto de debate si la actuación en ese campo por parte de las Autoridades de la competencia, en el caso español por parte de la CNMC responde propiamente a la materia mercantil o pertenece primordialmente al campo de lo propiamente administrativo, pero hay que reconocer que ese debate sería totalmente intrascendente. Las barreras entre las distintas disciplinas jurídicas hace tiempo que cayeron y si no han desaparecido del todo se debe en buena medida a la influencia de los planes de estudios y los departamentos universitarios. No tiene sentido en estos momentos preguntarse a qué campo de las disciplinas jurídicas pertenece el Derecho de la competencia, que tiene aspectos propios del derecho administrativo pero que, en cualquier caso, al menos en nuestro país, es ampliamente aceptado que es una disciplina que se inserta en el campo del Derecho Mercantil⁴. Pero, como se ha indicado, ése es un debate estéril puesto que, cada vez con mayor amplitud y como consecuencia de la amplia intervención del Estado en el campo de la economía, normas administrativas propias del Derecho público, entre ellas las de la competencia, pasaron a formar parte del Derecho mercantil, que pasó a integrar aquello que fue denominado como Derecho público de la economía, que venía a desbordar la primitiva visión privatística del Derecho mercantil.

Por lo tanto no habría resultado descabellado que la totalidad de las normas sustantivas, e incluso procesales, del Derecho de la competencia hubieran tenido cabida en el Código mercantil. Y entre ellas las normas relativas al control de concentraciones y la promoción de la competencia.

⁴ Como consecuencia de la elaboración de la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, un grupo de jóvenes profesores de Derecho mercantil del departamento del profesor Garrigues, entre los que destacó el profesor Alberto Bercovitz, precisamente Presidente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en el momento de aprobarse el texto del Anteproyecto de Código Mercantil, dedicaron a la materia un buen número de sesiones del Seminario de Derecho Privado de la Universidad de Madrid, y publicaron algunos comentarios a la nueva Ley; en cualquier caso, en el año 1964, el Maestro Joaquín Garrigues publicó la primera monografía al respecto “La Defensa de la Competencia Mercantil en España”. A partir de ese momento, el campo del Derecho de la competencia pasó a ser considerado como materia mercantil, y fueron los mercantilistas quienes dedicaron a su estudio los mejores esfuerzos.

3. LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

No cabe duda que el ámbito de la promoción o abogacía de la competencia es uno de los ámbitos de mayor potencialidad de crecimiento entre las tareas que tienen encomendadas las Autoridades de Competencia, junto a la persecución de las conductas anticompetitivas y el control de las operaciones de concentración, siendo un elemento preventivo y, en cierta medida, complementario de estas últimas tareas.

Es bien conocida la definición que la International Competition Network hace la promoción de la competencia: conjunto de actividades de la Autoridad de la Competencia encaminadas a promover un entorno competitivo para el desarrollo de las actividades económicas, por medio de mecanismos no coactivos, sobre todo a través de la interacción con otras Administraciones Públicas, la interacción con agentes económicos y la sensibilización del público acerca de los beneficios de la competencia; pues bien, dentro de esta amplia definición, desde el momento de su creación por la Ley 15/2007, la Comisión Nacional de la Competencia en España (CNC; hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC tras la modificación introducida por la creación de este último organismo en virtud de la Ley 3/2013) tuvo en el punto de mira que la mayor responsabilidad para promover el entorno más competitivo correspondía a las Administraciones Públicas, y, al mismo tiempo, como la otra cara de la misma moneda, que una buena parte de las situaciones en las que la competencia quedaba restringida estaba amparada, cuando no patrocinada expresamente, por la actuación de las Administraciones Públicas, por lo que centró buena parte de su actividad en realizar actuaciones encaminadas a conseguir un comportamiento pro-competitivo de las distintas Administraciones Públicas, especialmente en sus funciones normativas.

En 1991 Robert Coase recibió el Premio Nobel de Economía, esencialmente por sus tesis sobre el papel de los lobbies y la captura del regulador, tesis que podrían resumirse en los siguientes términos: es más sencillo y más seguro conseguir la protección de tus beneficios mediante una regulación adecuada que a través de la formación de un cártel. Este pensamiento se visualiza en una recomendación formulada a los empresarios por uno de sus discípulos, en tono cáustico por supuesto: para aumentar sus beneficios puede usted formar un cártel, pero es peligroso porque siempre es posible que sea detectado por las Autoridades de Competencia y en ese caso las sanciones serían considerables; puede usted adquirir una firma competidora, pero eso no sólo es caro sino que toda fusión es difícil de digerir por la diferencia de culturas empresariales; hay algo mucho más sencillo y barato: contrate usted un lobby y consiga que la Administración apruebe una normativa que le proteja de la competencia.

No se trata en estos momentos de iniciar un capítulo, que en cualquier caso respondería a un debate de gran actualidad sobre la responsabilidad de las diferentes Administraciones Públicas a la hora de amparar, e incluso patrocinar, conductas contrarias a la libre competencia, que en España ha tenido recientes acontecimientos

que la han puesto de manifiesto⁵, pero la cuestión en cierta medida relacionada es la de tratar de poner fin a actuaciones de las Administraciones Públicas que permitan o amparen restricciones a la libre competencia. Y para ello, si bien el enforcement puede convertirse en un instrumento idóneo, y no sería de extrañar que en el futuro vaya utilizándose cada vez más, no es menos cierto que el papel de la promoción de la competencia, menos coactivo por supuesto, puede resultar decisivo.

Las Autoridades españolas de la competencia tienen una destacada historia, al menos a partir de los años noventa del pasado siglo, en materia de promoción de la competencia, mediante la emisión de determinados informes en los que se ponían de manifiesto las restricciones de la competencia que quedaban amparadas por la regulación.

Así, en el año 1992 el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia publicó el Informe sobre el Libre Ejercicio de las Profesiones en el que se ponían de manifiesto las restricciones a la competencia que se contenían en la Ley pre-constitucional de Colegios Profesionales de 1974⁶, que tras no pocos avatares terminó influyendo en la reforma de dicha ley llevada a cabo por la Ley 7/1997, e incluso por la Ley 25/2009, o Ley Ómnibus, aprobada en adaptación de la Directiva de Servicios, aunque cuando a fecha de hoy la gran reforma de la legislación de los colegios profesionales sigue pendiente.

Vaya lo anteriormente manifestado como ejemplo de la incidencia, no exenta de dificultades, que puede tener la actuación de las Autoridades de la competencia en materia de promoción, en la elaboración de unas normas favorecedoras de la competencia, y de la importancia de conceder a dichas Autoridades unas amplias facultades en materia de promoción de la competencia.

⁵ La cuestión se puso de manifiesto en la Resolución de la CNC de 6 de octubre de 2011 (Productores de Uva y Mosto de Jerez) en la que se declaró contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia la actuación de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía por haber propiciado un acuerdo colectivo entre productores de uva y los bodegueros, si bien no se le sancionó por ser el primer supuesto en que se declaraba contraria a las normas de la competencia una conducta de quien no había actuado como operador económico. La Resolución fue anulada parcialmente por la Audiencia Nacional por considerar que la actuación de la Administración, sin llegar a generar confianza legítima, producía equívocos en los operadores económicos, en una más que discutible tesis que venía a ocultar uno de los problemas de mayor actualidad en la aplicación del derecho de la competencia, como es el protagonismo, al que es necesario poner coto, de determinadas Administraciones Públicas, para propiciar acuerdos y otras conductas contrarias a la libre competencia. Con la tesis defendida por la Audiencia Nacional, quienes quieran formar un cártel, basta con buscar el amparo de una Administración pública para gozar de un espacio de impunidad altamente lesivo para el funcionamiento del mercado.

Esa línea de actuación fue seguida por la CNC en las Resoluciones de 10 de marzo de 2013 (Puerto de Barcelona) y 26 de septiembre de 2013 (Puerto de Valencia) en las que las respectivas Autoridades Portuarias fueron sancionadas.

Es cierto que en algunas legislaciones, lo que no ocurre en la española, aunque es cierto que ésta tampoco lo prohíbe, está prevista específicamente la sanción a los funcionarios y responsables públicos que infrinjan las normas de la competencia; en el ámbito latinoamericano ha obtenido gran trascendencia la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia al Alcalde de Bogotá, por haber resuelto determinado concurso público infringiendo las normas de la competencia.

⁶ La incidencia de este informe y los intentos de reforma, en principio fallidos, de modificar la legislación de los Colegios Profesionales están relatados en mi artículo “Una asignatura pendiente: la reforma de los Colegios Profesionales” en “El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España” Liber amicorum en homenaje a Santiago Martínez páginas 435 y ss.

Tras ese primer informe, el Tribunal de Defensa de la Competencia publicó otros dos, que agrupaban diversos sectores y propuestas, y que tuvieron gran resonancia y en cierta medida contribuyeron a eliminar rigideces en la regulación económica, abriendo determinados sectores a la competencia. Tales informes fueron “Remedios Políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios (1993)” y “La Competencia en España: Balance y nuevas propuestas (1995)”.⁷

Conscientes de esta realidad, tanto los autores de la Ley española de Defensa de la Competencia de 2007 como la propia CNC pusieron en su punto de mira que la labor de promoción de la competencia debería poner su objetivo en la actuación de las Administraciones Públicas, y, a tal fin, la CNC utilizó los cuatro instrumentos que la Ley le dotaba: la elaboración de informes sectoriales, la elaboración de informes sobre los proyectos normativos, los informes sobre ayudas públicas y, como gran novedad, la legitimación activa.

Pero este reforzamiento de las labores de promoción de la competencia tuvo igualmente su reflejo en la organización de la institución de la competencia, en la medida en la que en el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia⁸ se creó la Dirección de promoción de la Competencia.

3.1. Los informes sectoriales

El capítulo que podría destacarse como de mayor tradición en materia de promoción de la competencia consiste en el de la emisión de informes; en este orden de cosas, la Ley de 2007 reafirmaba una competencia que el Tribunal de Defensa de la Competencia, precedente de la CNC, ya tenía y había utilizado con profusión, conforme se ha señalado con anterioridad: la elaboración de informes sectoriales. Buena parte de estos informes, al igual que en el pasado, al estudiar los problemas de competencia detectados en un determinado sector (Colegios Profesionales, sector de la Inspección Técnica de Vehículos, Transportes, etc) terminaban haciendo recomendaciones de regulación que en definitiva tenían como destinatarias a las Administraciones Públicas.

La creación de la Dirección de la Competencia en febrero de 2008 supuso un reforzamiento, gracias a los nuevos medios técnicos y materiales, un reforzamiento para la emisión de informes, cuyo aumento fue considerable⁹, especialmente en aquéllos que

⁷ Tras estos informes generales, y hasta la Ley de 2007 que implicó la extinción del Tribunal de Defensa de la Competencia, éste siguió elaborando ciertos informes sectoriales, bien por propia iniciativa, bien por encargo del Gobierno o el Parlamento: “Informe sobre el precio fijo de los libros (1997); Informe sobre las condiciones de competencia en el sector de la distribución comercial” (2003); “Informe preliminar sobre la Investigación de la cadena de distribución de determinadas frutas y hortalizas” (2004); “Informe sobre la prestación de servicios de Inspección Técnica de Vehículos” (2004); “Restricciones legales a la competencia en el transporte de mercancías por carretera” (2005) e “Informe sobre las barreras de entrada en el sector de cemento” (2006)

⁸ Aprobado por el Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero, en él se creó (Capítulo segundo, Sección quinta, artículos 15 a 17) la Dirección de la Promoción de la Competencia.

⁹ En el año 2008 se emitieron cuatro informes (relativos a la competencia en los mercados de adquisición y explotación de los derechos audiovisuales de fútbol en España, sobre la fijación de tarifas mínimas en el transporte de mercancías por carretera, sobre la competencia en el transporte interurbano de viajeros por autobús, y sobre Colegios y servicios profesionales). Por su parte en 2009 se emitieron tres informes

venían referidos al análisis de sectores en los que se detectaban problemas de competencia.

Pero, además de los informes sectoriales, la actividad de promoción de la competencia de la extinta CNC se extendió igualmente a la elaboración de Guías y Recomendaciones, siendo de destacar las Guías dedicadas a las Asociaciones Empresariales y la relativa a la contratación pública.

Pero, ahora bien, con independencia de estos últimos documentos que contenían recomendaciones parciales referidas a problemas específicos, se aprobaron dos documentos de vocación general, encaminados a conseguir que la regulación que se elaborara fuera procompetitiva, especialmente en uso momentos en los que se estaba unificando la elaboración de las diversas memorias que deberían acompañar a los proyectos normativos, con la finalidad de que en las memorias se incluyera el impacto que sobre la competencia podría tener la propuesta normativa¹⁰.

Nuevamente se ha de mencionar una idea recurrente que está presente en todas las tareas de promoción de las Autoridades de la Competencia, es decir que es frecuente la regulación anticompetitiva, protectora de privilegios y cotos cerrados, y por ello resulta trascendental la tarea de tales autoridades para evitar que la regulación contenga distorsiones de la competencia, de la misma forma que no resulta extraño que, como se ha indicado con anterioridad, actuaciones diferentes de las normativas de diferentes Administraciones Públicas, amparan comportamientos anticompetitivos de las empresas. Por ello, de entre los documentos consistentes en Guías y Recomendaciones, se pueden destacar dos de ellos que contenían recomendaciones específicamente dirigidas a esas Administraciones y venían a recoger los principios de la “better regulation”; me refiero a las “Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una Regulación Eficiente”, del año 2007, y a la “Guía para la elaboración de las Memorias de Competencia” de 2008. En estos documentos, se encontraba la preocupación que cualquier reforma normativa, especialmente por las presiones e informaciones inadecuadas que los lobbies pudieran hacer llegar al autor de la propuesta se protegieran restricciones de la competencia. Por este motivo en los documentos comentados básicamente se recomendaba a la Administración Pública que elaborara una norma que sometiera su contenido a un triple test. El primer paso consistiría en

(sobre la actividad de los Procuradores de los Tribunales, sobre la gestión de los cursos de sensibilización y reeducación vial y sobre la gestión colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual). En el año 2010 nuevamente se emitieron cuatro informes (sobre las prórrogas de las concesiones autonómicas interurbanas de viajeros de autobús por carretera; sobre la renovación de concesiones estatales de transporte interurbano de viajeros en autobús, sobre el sector agroalimentario y sobre la certificación de calidad y seguridad). En 2011 se realizaron cuatro informes (sobre el sector de carburantes, sobre el sector postal, sobre el mantenimiento de ascensores y sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario). En 2012 se realizaron dos informes, ambos sobre el sector de carburantes; en 2013 se aprobaron cinco informes relativos a los mercados mayoristas, al transporte de mercancías por ferrocarril, a los medios propios y encomiendas de gestión, al mercado del suelo, y a los procesos de licitación para la provisión de la sanidad pública en España). Finalmente y hasta la fecha (diciembre), en 2014 se han emitido tres informes relativos nuevamente al sector de los carburantes y al servicio de la Inspección Técnica de vehículos, y, por otra parte, al sector aeroportuario.

¹⁰ Finalmente el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio aprobó la unificación de las diversas memorias estableciendo que a cada proyecto normativo se incluyera una memoria sobre su impacto en diversos campos, entre ellos el económico y, dentro de éste, el de la competencia

preguntar si la norma que se promueve contiene restricciones a la competencia; si la respuesta es negativa, se supera el test, pero si es positiva se pasa al segundo paso que consiste en preguntarse si esa restricción es necesaria; si es innecesaria, debe abandonarse o modificarse la norma, pero si es necesaria, se debe pasar al siguiente paso. El final del triple test consiste en preguntarse si existen otras alternativas con las que se pueda conseguir el fin perseguido y que resulten menos restrictivas de la competencia. En el supuesto de que existieran otras alternativas menos perniciosas para la competencia, se debe optar siempre por ellas, con la finalidad de conseguir el menor daño posible al funcionamiento competitivo del mercado.

Una reflexión está presente de forma constante en cualquiera de las actividades que las Autoridades encargadas de la competencia realizan en materia de promoción; reflexión que lógicamente puede servir como conclusión en este apartado, y esa reflexión consiste en que la labor a favor de un mercado liberalizado y favorable a la competencia no sólo puede llevarse a cabo con las funciones propias del enforcement de las normas de la competencia por cuanto que son las propias Administraciones Públicas las que promueven y amparan situaciones de restricciones de competencia y por lo tanto es necesario que las Autoridades de la competencia pongan a su disposición todos los instrumentos, particularmente las tareas de promoción para corregir tales disfunciones.

3.2. Los informes sobre los Proyectos Normativos

El artículo 25 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia regula las funciones consultivas de la Comisión Nacional de la Competencia, hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, estableciendo que, en todo caso, habrá de dictaminar sobre los proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia. Estos informes son preceptivos aunque no vinculantes, pero en la medida en la que puedan gozar de prestigio las observaciones en ellos contenidas, así como que sean realizados con rigor, han servido, en un cierto número de ocasiones, para corregir algunas desviaciones anticompetitivas que se contenían en las propuestas de normas que se pretendían.

El método de trabajo que ha seguido la CNC, como ahora la CNMC, es el que se contiene en los informes anteriormente citados, es decir, básicamente en someter la propuesta al triple test para detectar si existen restricciones a la competencia, si éstas son, en su caso, necesarias, y si en el supuesto de ser necesarias si existen otras alternativas válidas para el fin que se pretenden y que resulten menos lesivas para el funcionamiento competitivo del mercado.

Sería exagerado afirmar que por esta vía se han evitado todas las restricciones de competencia que se contenían en las propuestas. Son muchos los intereses que se encuentran detrás de determinadas propuestas, y éstos que son poderosos, encuentran siempre las vías para quedar protegidos frente al funcionamiento competitivo del mercado. Y cuando no encuentran aliados en los departamentos ministeriales de carácter sectorial (Industria, Agricultura, Comercio...) los encuentran en la tramitación parlamentaria. Especialmente doloroso resulta que entre los grupos políticos del Parlamento se consiga en ciertas ocasiones la unanimidad para restringir la competencia, como en algunos casos ha ocurrido, por ejemplo en el caso de la

regulación de los Procuradores de los Tribunales, en el que los parlamentarios aprobaron por unanimidad una regulación que beneficiaba a unos 7.000 de estos profesionales en España, en perjuicio de los intereses de los cuarenta y tres millones de españoles usuarios del servicio público de la Justicia. Pero no es cuestión de flagelarse con exceso, pues en un buen número de ocasiones estos informes sobre proyectos normativos han servido para evitar situaciones y regulaciones en las que la competencia quedaba restringida.

Pero por destacar también los aspectos negativos, se pueden destacar otros supuestos en las que las apreciaciones y esfuerzos de la Autoridad de la competencia han resultado baldíos, particularmente a la hora de adaptar, en ciertos aspectos, la directiva de Servicios, o bien en materia de Colegios y servicios profesionales¹¹.

En el primero de esos apartados hay que reconocer que a pesar de los esfuerzos de la CNC para que la adaptación de la Directiva de Servicios sirviera para derogar la legislación autonómica que, al amparo de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 1996, exigía la tramitación de una segunda licencia para la apertura de grandes superficies comerciales, tal derogación no ha sido posible, a pesar de los efectos nocivos de tal legislación, como ha puesto de manifiesto el paso del tiempo, ratificando lo que ya en su día, al informar sobre la tramitación parlamentaria de la Ley de Ordenación del comercio Minorista, puso de manifiesto el Tribunal de Defensa de la Competencia. .

Por otra parte, en materia de Colegios y servicios profesionales, si bien es cierto que la Ley denominada Ómnibus, de adaptación de la Directiva de Servicios¹², amplió los espacios en el que se movía el mercado de servicios profesionales, las presiones corporativistas impidieron que se tramitara conjuntamente una Ley de Colegios profesionales que arramblara definitivamente con la ley preconstitucional de Colegios Profesionales de 1974. En su lugar, la disposición adicional cuarta de dicha ley mandataba al Gobierno para que en el plazo de doce meses presentara un proyecto en el que se determinara cuáles eran las profesiones que quedarían sometidas a la colegiación obligatoria. Naturalmente transcurrió el plazo sin que se presentara el anunciado proyecto. En una nueva legislatura, la surgida de las elecciones de noviembre de 2011 se llegó a aprobar por el Gobierno¹³ un Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales, sobre el que emitió informe la CNMC, consiguiendo que algunas de las observaciones en él contenidas fueran introducidas en el texto que finalmente se remitió al Consejo de Estado, que emitió su dictamen en febrero de 2014 sin que hasta el momento el Gobierno haya aprobado el texto del Proyecto que debe ser remitido a las Cortes para su tramitación. Un nuevo elemento para reflexionar sobre el papel de los

¹¹ Al hacer estas reflexiones no puedo dejar de recordar una anécdota cuyo protagonista es precisamente el destinatario de este *Liber amicorum*, el profesor Rafael Illescas en unas Jornadas Autonómicas de la Competencia que tuvieron lugar en Valencia en el año 2008. Hablaba el profesor Illescas sobre la promoción de la competencia y haciendo gala de su bien conocido sentido del humor, además de un cierto sentimiento de frustración vino a decir que buena parte de las observaciones a favor de la liberalización de los mercados que entonces hacía la Comisión Nacional de la Competencia eran “lamentos de un justo que clama en el desierto”

¹² Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de Modificación de determinadas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

¹³ En noviembre de 2013

lobbies para proteger poderosos intereses contenidos tras la legislación restrictiva de la competencia.

3.3. Informes sobre Ayudas Públicas

El control de las ayudas públicas es fundamental para garantizar la unidad de mercado y evitar las distorsiones en la asignación de recursos. Es cierto que la función fundamental de control de las ayudas públicas en el territorio de la Unión Europea corresponde a la Comisión Europea, que tiene poder coactivo para declarar la nulidad de ayudas públicas por ser contrarias a la competencia y al comercio entre los Estados miembros, pero la Ley española de Defensa de la Competencia de 2007 estableció un nuevo ámbito de actuación en este ámbito en cuya virtud la CNC, como ahora la CNMC, pueden emitir informes y recomendaciones sobre el esquema de ayudas estatales y autonómicas, al tiempo que tiene la obligación de realizar un informe anual de seguimiento de las ayudas públicas, en el que se pueden poner de manifiesto las distorsiones de competencia de determinadas ayudas.

Desde la vigencia de la Ley 15/2007, la CNC publicó cinco informes sobre Ayudas públicas, comenzando por el correspondiente al primer año íntegro de su existencia, es decir 2008. Este Informe se centró especialmente en cuestiones de carácter general al tiempo que incluyó un capítulo referido a la estadística de las ayudas concedidas en España.

El II Informe correspondiente al año 2009 supuso un importante paso adelante, y analizó algunos casos concretos de ayudas, en particular las concedidas a consumidores individuales, y especialmente las concedidas a compradores de automóviles. En este campo el Informe puso de manifiesto los efectos distorsionadores de la competencia del plan 2000E, de ayudas a la compra de automóviles en virtud del cual el Estado subvencionaba con cierta cantidad a los propietarios de vehículos de motor de determinada antigüedad que adquirieran un vehículo nuevo y destinaran el antiguo al desguace. Este plan, que tenía la loable finalidad de proceder a la renovación de la flota automovilística española y la posiblemente no tan loable de proteger a los fabricantes de automóviles, tuvo como consecuencia que los fabricantes e importadores aumentaran los precios de los vehículos en cantidades similares a las de las ayudas, con lo que la subvención no benefició a los consumidores sino a los fabricantes e importadores. Tras este informe, y en sucesivas versiones de los planes de idéntico objetivo (la renovación de la flota española de automóviles) el efecto denunciado se ha corregido.

El mismo criterio, es decir incluir en el Informe un capítulo dedicado a analizar el impacto sobre la competencia de determinadas ayudas se siguió en el III Informe, que incluyó el análisis de los efectos anticompetitivos de determinadas medidas que determinadas Comunidades Autónomas realizaban subvencionando al sector aéreo con la finalidad de promocionar aeropuertos de su territorio sin tráfico suficiente, medidas que pretendían incrementar el número de viajeros pero que incidían en la competencia entre aeropuertos, poniendo muletas a la ineficiencia.

Los Informes siguientes, el IV y V elaborados por la CNC, así como el primero elaborado por la CNMC, volvieron al primer sistema y no se dedicaron a analizar los

efectos sobre la competencia de ayudas concretas, centrándose en el análisis general de las concedidas en España durante la correspondiente anualidad.

4. LA GRAN NOVEDAD: LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

Al elaborar la norma que habría de convertirse en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, sus autores tuvieron ante sí buena parte de las consideraciones que con anterioridad se han realizado, es decir que la mayor parte de las restricciones de la competencia estaban contenidas en normas administrativas, y se planteó la conveniencia de poner fin, o al menos limitar, a esa circunstancia. Obviamente cuando las restricciones se contienen en una norma con rango de Ley, poco pueden hacer las Autoridades de la Competencia, ya que solo el Tribunal Constitucional puede anular una Ley por ser contraria a la Constitución, y aunque el propio Tribunal Constitucional Español ha declarado que el principio de la libre competencia forma parte integrante del principio de libertad de empresa recogido en el artículo 34 de la Constitución española, hasta el momento no ha anulado por inconstitucional ninguna norma legal que contuviera restricciones a la competencia innecesarias o desproporcionadas. Por otra parte tampoco la Autoridad española de la Competencia tenía legitimación ni para recurrir por inconstitucional una ley, ni tan siquiera para plantear la cuestión de constitucionalidad, mecanismo reservado a los órganos jurisdiccionales cuando, al tener que aplicar una ley, pueden surgirle dudas sobre su constitucionalidad.

Tampoco puede la CNMC, que es una autoridad independiente, pero al fin y al cabo un organismo administrativo, declarar la nulidad de cualquier acto administrativo o norma administrativa de otras Administraciones Públicas por ser contraria a la competencia, pero sin embargo sí que podría instar su nulidad ante la jurisdicción competente, en el caso español la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero para ello debería concedérsele legitimación activa para instar esa nulidad. A tales efectos, la Ley de 2007 introdujo un novedoso precepto en su artículo 12.3, del siguiente tenor literal:

La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

Por su parte el artículo 13.2 de la misma Ley concede igual legitimación a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas para impugnar los actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio.

Por su parte, la Ley 3/2013, de Creación de la comisión Nacional de los Mercados y la Competencia modificó este precepto, y aprobó, en su lugar el artículo 5.4, del siguiente tenor literal:

En cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones

Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

Este novedoso contenido legislativo merece una reflexión, ya que visto el creciente número de disposiciones que resultan aprobadas en España, principalmente como consecuencia del proceso descentralizador, resulta ilusorio que un organismo relativamente pequeño, como antes la CNC y ahora la CNMC pueda tener capacidad para detectar todas las restricciones de competencia que pueden contenerse en tal voluminosa regulación. Ello es cierto pero también es cierto que la mera existencia de esa legitimación refuerza el carácter disuasorio de los informes sobre proyectos normativos que elabora la Autoridad de Competencia, ya que no es lo mismo para quien redacta una norma administrativa tener un informe negativo de la Autoridad de Competencia que saber que pende sobre ella la espada de Damocles de un posible recurso contencioso-administrativo si las restricciones de competencia que han sido detectadas no se corrigen.

Otra reflexión consiste en elegir cuidadosamente los supuestos en los que se ejerce esa legitimación activa; es decir se trata de recurrir las más flagrantes violaciones de las normas de la competencia, con la finalidad de incrementar el efecto disuasorio de la medida ya que una batería de sentencias anulando actos o disposiciones administrativas por vulnerar el principio de la libre competencia lanza un contundente mensaje a los autores de esos actos o normas a favor de realizar una regulación más procompetitiva.

Un caso paradigmático lo constituye el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comisión Nacional de la Competencia contra un Decreto del Consell de la Generalitat Valenciana por el que se aprobaba el Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros por carretera. En el sector de transporte público de viajeros por carretera, la Unión Europea había aprobado un Reglamento en el que se establecía una duración limitada y no superior a diez años de las concesiones de autobús o autocar. Ignorando esta disposición, el mencionado Decreto de la Generalitat Valenciana, bajo la excusa de la aprobación de un plan de modernización, prorrogaba las concesiones vigentes hasta un total de catorce años. Con esta medida se cerraba el mercado a nuevos entrantes, restringiendo la competencia, y autorizando concesiones sin respeto al procedimiento de licitación equitativa y concurrencia pública al que debían someterse las concesiones de los servicios públicos una vez concluido el periodo de vigencia contractual de dichas concesiones.

Analizada la cuestión por Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó la Sentencia de 22 de octubre de 2012, por el que declaró la nulidad del referido Decreto de la Generalitat Valenciana, basándose en la primacía del Derecho Comunitario y en el hecho de que mediante ese incumplimiento se dificultaba la entrada en el mercado de nuevos posibles entrantes, todo ello sin la concurrencia de los requisitos de publicidad y libre concurrencia que ha de regir en la contratación pública.

Pero, transcurridos ya más de siete años desde la vigencia de esa legitimación y aun reconociendo los efectos positivos de su existencia, la reflexión que cabe hacer

permite preguntar si el mecanismo es suficiente para poner fin a las actividades anticompetitivas de las Administraciones Públicas. Es cierto que algunas de ellas terminan quedando protegidas por el hecho de estar contenidas en leyes, que en todo caso deben ser objeto de crítica y denuncia ante la opinión pública¹⁴, pero hay muchos actos de las propias Administraciones que merecen un reproche de mayor contundencia, y en ese orden de cosas la actuación de la CNC ha ido incrementando, no sin problemas, su potestad sancionadora¹⁵. Pero tras el análisis de lo ocurrido hasta el momento, no es descabellado sugerir modificaciones legislativas en las que la Ley reforzara esa potestad sancionadora, facultando con claridad a la Autoridad de la Competencia a sancionar a organismos y funcionarios que promovieran, ampararan o realizaran conductas contrarias a la libre competencia, siguiendo el modelo de algunas legislaciones latinoamericanas¹⁶.

5. CONCLUSIONES

La abogacía o promoción de la competencia es un poderoso instrumento, junto al enforcement y al control de las operaciones de concentración, del que gozan las autoridades de competencia cuando su norma reguladora así lo dispone, como ocurre en el caso de la Ley de Defensa de la Competencia de 2007, pero al haber quedado reducida la materia de la competencia en el Anteproyecto de Código Mercantil, esa reducción se ha llevado por el desagüe cualquier referencia a esta materia.

Ello no obstante el instrumento de la promoción de la competencia resulta de importancia capital cuando se trata, bien mediante informes bien mediante otras actuaciones, de vigilar las actuaciones de las Administraciones Públicas, con la finalidad de conseguir que en su actuación normativa respondan a los principios de la “better regulation” y eviten restricciones a la competencia, sirviendo como contrapoder a la labor de los lobbies que siempre tratarán de proteger al establecido, creándole un recinto protegido a salvo de la competencia. En esta labor es muy importante conseguir la complicidad de los medios de comunicación para trasladar a la opinión pública los efectos perniciosos para los consumidores de las restricciones de la competencia.

Porque, como señalaba hace más de doscientos años un ilustrado español, el Marqués de Cabarrús, las restricciones al libre comercio siempre se establecen en beneficio de unos pocos y en la ignorancia de los muchos. Pues es labor de las Autoridades de la Competencia abrir los ojos de los muchos poniendo de manifiesto los privilegios que

¹⁴ Un caso paradigmático lo constituye la reciente tramitación en las Cortes de Castilla-La Mancha de un Proyecto de Ley que ampara el reparto de mercado de las farmacias en el suministro a las residencias de la tercera edad, tramitación legislativa que tiene como indisimulado objetivo amparar ciertas conductas puestas de manifiesto y sancionadas por la CNC en su Resolución SESCAM

¹⁵ Véase, por ejemplo, la Resolución de la CNC Productores de Vinos y Mosto de Jerez anteriormente citada

¹⁶ Ver, por ejemplo, las legislaciones colombiana y peruana. En Colombia, ya se ha mencionado con anterioridad que la Superintendencia de Industria y Comercio ha llegado a sancionar al Alcalde de Bogotá por una conducta que vulneraba la norma de la competencia.

para unos pocos suponen las restricciones de la competencia, y los perjuicios que suponen para todos los demás.

LA INCLUSIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL EN EL NUEVO CÓDIGO MERCANTIL ESPAÑOL A LA LUZ DE LAS DISPOSICIONES INTERNACIONALES

RAQUEL CEBALLOS MOLANO*

Resumen

El Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publicó el Código de Comercio, será reemplazado por el nuevo Código Mercantil., El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, aprobado. En el presente artículo nos circunscribiremos a analizar la integración de normas de propiedad industrial, su armonización y modernización, y si se unifican en un solo cuerpo las normas especiales que se han promulgado hasta el momento, pues la nueva regulación tiene por objetivo que el Estado español sea competitivo, prevaleciendo la unidad del mercado prevista en la Constitución y garantizar seguridad jurídica a todos los operadores económicos en materia mercantil.

Contenido

1. Introducción. – 2. Armonización del derecho internacional de propiedad industrial. 3. – La reforma que pretende el código mercantil respecto de los derechos de propiedad industrial. – 3.1. Principales aspectos de la nueva propuesta del código mercantil. – 4. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

El nuevo Derecho mercantil español, requiere recoger en su propio estatuto las dispersas normas de protección de la propiedad industrial atendiendo a las realidades de un mercado único en el territorio español. Por tanto, a partir de la Orden del 7 de noviembre de 2006, auspiciada por el Ministerio de Justicia del Gobierno español se encargó a la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, elaborar la propuesta de un nuevo Código mercantil, que sustituya al Código de Comercio de 1.885 vigente. La propuesta normativa fue presentada en 2013¹, por lo que se justifica el estudio de los diversos aspectos que vendría a armonizar y modernizar la nueva regulación, y dentro de estos, es de nuestro interés conocer el

*Abogada de la Universidad Libre de Colombia. Doctora en Derecho General de la Universidad Carlos III de Madrid- España. Especialista en Negociación y Contratación Internacional de la Universidad del Valle. Docente de carrera Universidad del Valle, Cali-Colombia y actual Jefa del Departamento de Administración y Organizaciones en la Facultad de Ciencias de la Administración.

¹ Documento de propuesta de reforma, en Revista de Justicia, NIPO: 051.13.020, 2013, MINISTERIO DE JUSTICIA Y MINISTERIO DE ECONOMIA Y COMPETITIVIDAD. *Anteproyecto de ley del Código Mercantil*. En www.mjusticia.gob.es, (consultado por última vez el 23 de diciembre de 2014).

ámbito de protección de los *derechos de propiedad industrial*, a la luz de las disposiciones comunitarias europeas y otros instrumentos internacionales derivados de los acuerdos de la OMC y la OMPI que hacen parte del ordenamiento jurídico español, y como se integran en la propuesta previa a su promulgación.

Este artículo pretende plantear una reflexión sobre el tema de los derechos de la propiedad industrial y su manejo en el nuevo código mercantil español, ubicado en el libro tercero. Forma de propiedad que hasta la presente había sido manejada por leyes especiales que no estaban incluidas en el código de comercio de 1885. Razón por la cual su inclusión es novedosa, toda vez que esta institución jurídica ya no se trata al margen del Código de Comercio por considerarla un conjunto de normas vinculadas a la competencia y su regulación por el derecho económico estatal.

La propiedad industrial, en el derecho mercantil es una forma de propiedad privada, producto del espíritu humano² que recae sobre bienes inmateriales con un alto grado de novedad e inventiva, es decir, que deben tener una aplicación industrial para resolver problemas de la técnica y, aunque no tengan una forma deben ser el resultado de un proceso productivo. El Estado reconoce títulos de propiedad industrial (a su dueño) sobre un producto o procedimiento tecnológico mediante la patente de invención, los certificados complementarios de protección de medicamentos y de productos fitosanitarios, los certificados de adición, los modelos de utilidad nuevos, o un perfeccionamiento o mejora del mismo, susceptibles de reproducción y reiteración con fines industriales, los diseños industriales registrados (modelo y dibujo industrial), topografías de semiconductores, un signo distintivo de un producto, como marcas y nombres comerciales registrados, también se reconoce títulos sobre obtentores vegetales y, le otorga un monopolio de explotación, al tiempo que le exige el cumplimiento de una serie de obligaciones para mantener vigente los derechos económicos que se derivan como es el pago de tasas de renovación por la explotar la invención o utilización de un derecho de propiedad industrial

Considerando, que la protección de la propiedad industrial como una forma de propiedad intelectual en general, amplía las fronteras de la ciencia y la tecnología, porque desarrolla innovaciones para el mercado, deben ser protegidas, en forma de monopolio temporal, ya a través de patentes, cuando recae en productos o procesos, diseños industriales³, o derivados del registro cuando corresponde a signos distintivos sobre marcas o indicaciones geográficas⁴, denominaciones de origen⁵, o topografías de

² Como lo expresa en su obra BERCOVITZ, A, "*Tendencias actuales en la propiedad intelectual*" [Citado: 25 de mayo de 2011]. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1376/6.pdf>, Manual de propiedad intelectual, Valencia, Tirant Lo Blanch, España, 2006, pp.52,53, (consultado por última vez el 15 de septiembre de 2014).

³ Comprende una amplia gama de productos industriales y artesanales, como instrumentos técnicos y médicos, joyas, relojes, lámparas, juguetes, electrodomésticos, estructuras arquitectónicas, textiles, estampados y cualquier artículo de lujo o consumo que sea susceptible de ser una invención o una creación industrial.

⁴ Es un signo distintivo que se otorga a un producto que tiene un origen geográfico concreto y poseen cualidades específicas de ese lugar de origen. Su reputación se basa en las cualidades derivadas de su lugar de producción en los que influyen factores como el clima, el suelo, las temperaturas, niveles de salinidad o no, u otras condiciones, particularmente en los sectores agrícolas, aunque también se aplica a productos elaborados con métodos tradicionales de fabricación, y no agrícolas, caso de los relojes suizos.

semiconductores, que inefablemente, para su conocimiento o transferencia tecnológica requieren de un marco estable y armonizado que garantice los derechos económicos, cuando estos entran en el tráfico mercantil.

La propiedad industrial ha cobrada gran importancia, como un forma de propiedad privada, de naturaleza incorporal y de contenido patrimonial, por eso se ha convertido en un objetivo del derecho internacional para el desarrollo del derecho de la competencia en los diversos países según sea su vocación internacional⁶. Por eso, para algunos autores, la relación que existe entre el nivel de desarrollo y el papel que pueden jugar en dicho país cada uno de los derechos de propiedad industrial, está fuertemente condicionada por la relación que hay entre la dimensión de la empresa y la propiedad industrial. Y al respecto de esta última relación debe apuntarse que los derechos de propiedad industrial no tienen el mismo significado para una empresa local o de ámbito nacional que para una empresa transnacional, que opera en la mayor parte de los mercados del mundo, pero si es claro que otorga privilegios⁷ monopolísticos.

En España, el actual código mercantil de 1885, regula precariamente los derechos de propiedad industrial en el Título II, que comprende el Capítulo I, a partir del artículo 539 al 579, lo relativo a las nuevas creaciones y en la Sección 1, las patentes de invención y sus modalidades, y en la Sección II, lo concerniente a los dibujos y modelos industriales, los que hacen parte de los bienes mercantiles y concede derechos exclusivos de monopolio sobre determinadas creaciones inmateriales cuando se hace el registro válidamente ante el Estado, por lo cual debió expedir leyes especiales para adaptar su ordenamiento a las nuevas exigencias del derecho de propiedad industrial.

Esta forma de propiedad, también se consagra en el Código Civil, en su artículo 10 numeral 4 que dice "*Los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la Ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte*", pero su verdadera regulación se hizo mediante un buen número de leyes especiales en materia de propiedad industrial, en temas que no previó el código a su promulgación en 1885, lo que hace que no respondiera a la realidad actual.

En concordancia con lo anterior, también existe un ámbito de protección que por España pertenecer a la Unión Europea debe de armonizarse entre el derecho interno y el comunitario. A continuación se incluye una matriz de las normas españolas que se expidieron conforme a las directrices de las directivas comunitarias con las que se ha regulado la institución de la propiedad industrial en España:

⁵ La denominación de origen es un tipo especial de indicación geográfica, que denota una calidad específica exclusiva de ese medio geográfico. El concepto de indicación geográfica engloba el de denominación de origen, caso de los vinos de Rioja, o Ribera del Duero de España o el champagne de Francia.

⁶ Se puede afirmar sin exagerar que si hay comercio internacional, si hay compañías transnacionales, si hoy el comercio esta globalizado de modo que un mismo producto puede adquirirse en Madrid, Nicaragua, París, EEUU o en Honkong, es gracias al carácter internacional de la propiedad industrial.

⁷ PABÓN C, J.A. *De los privilegios a la propiedad intelectual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 23.

Cuadro 1. Legislación actual de propiedad industrial en España

Leyes vigentes	Reglamentación
<p>Patentes y Modelos. Ley 11/86 de 20 de marzo, de patentes de invención y modelos de utilidad.</p> <p>D. 2004/48/C.E de 29 de abril de 2004 de respeto a los derechos de propiedad intelectual</p>	<p>*Real Decreto 1123 de 1995, de 3 de julio, para la aplicación del Tratado de Cooperación en materia de Patentes.</p> <p>*Real Decreto 812/2000, de 19 de mayo, por el que se establece la aplicación del procedimiento de concesión con examen previo para las solicitudes de patente del sector de la alimentación.</p> <p>*Real Decreto 996/2001, de 10 de septiembre, por el que se establece el procedimiento de concesión de patentes nacionales con examen previo.</p> <p>*Real Decreto 55/2002, de 18 de enero, sobre explotación y cesión de invenciones realizadas en los entes públicos de investigación, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo.</p>
<p>Signos Distintivos Ley 17/2001 de 7 de diciembre de marcas.</p>	
<p>Diseños Industriales Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial.</p>	
<p>Topografías de semiconductores Ley 11/1988, de 3 de mayo de protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores.</p> <p>Directiva 94/824/C.E, de 22 de diciembre, por la que se amplía con carácter permanente a los nacionales miembros de la Organización Mundial del Comercio Directiva 93/16/C.E, de 21 diciembre, por la que se amplía la protección jurídica de los productos semiconductores a personas de los EE.UU, y de determinados territorios.</p>	<p>*Real Decreto 1465/1988, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 11/1988, de 3 de mayo.</p> <p>*Real Decreto 2068/1993, de 26 de noviembre, por el que amplía con carácter provisional la protección jurídica de los productos semiconductores de personas de los EE.UU, y de determinados territorios.</p>
	<p>*Real Decreto 149/1996, de 2 de febrero, por el que se amplía la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores a los nacionales de los miembros de la Organización Mundial del Comercio.</p>
<p>Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial.</p>	<p>*Real Decreto 1937/2004, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial.</p> <p>*Real Decreto 687/2002, de 12 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la</p>

Ley 17/2001, de 7 de diciembre.	ejecución de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre.
Ley 11/1986, de 20 de marzo.	*Real Decreto 2245/1986, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 11/1986, de 20 de marzo.
Ley 19 de 2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.	

Fuente: Ceballos, 2014.

También se regula en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con la cual se modificó el código penal existente, normas referidas a los delitos atentatorios sobre la propiedad industrial, tipificándolo en los artículos 273 al 277, 287, 289, y 298 al 304, persiguiendo la piratería, y usurpación de derechos de propiedad intelectual en general y como política de estado en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, en sus artículos 57, 58 y 59 se regula la promoción de los derechos de propiedad industrial.

Es objetivo de este trabajo de investigación, analizar con espíritu crítico y responder a la pregunta, si el alcance de lo propuesto en la nueva codificación en materia de propiedad industrial, si en verdad permite concluir, que se integran las diversas disposiciones nacionales e internacionales y se moderniza el derecho de propiedad industrial en España.

Como metodología de esta investigación se ha efectuado un trabajo exploratorio y comparativo de la legislación en materia mercantil relativa a la propiedad industrial, contenida en las normas del Código de Comercio vigente, las leyes modificatorias, y disposiciones comunitarias e internacionales.

Seguido de un análisis de la propuesta de codificación presentado por la Comisión Segunda de Derecho Mercantil y algunos aportes de la doctrina existente sobre esta materia, obtenida a través de diversas bases de datos jurídicas online de instituciones españolas y europeas. Igualmente se ha consultado literatura de Derecho Mercantil español.

2. ARMONIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

El origen de la protección a nivel internacional parte con la Convención de Paris para la protección de la propiedad industrial, aprobada en 1883, primer instrumento internacional de protección a esta forma de propiedad intelectual, rigió para 14 Estados. Es un instrumento internacional destinado a facilitar que los nacionales de un país obtengan la protección de sus obras en otros países mediante derechos de propiedad intelectual (patentes, invenciones, marcas, dibujos, diseños industriales) y como los

sostiene Castro García⁸, constituye el punto de partida del Derecho de la propiedad industrial, pues, antes de este instrumento cada país proveía a sus propios medios de protección⁹.

Pero en el contexto internacional moderno, el marco armonizado de propiedad intelectual, vino a darse mediante el Anexo¹⁰ 1C del Acuerdo por el que se estableció la Organización Mundial del Comercio –OMC-, quien como organismo rector de la política comercial mundial, conjuntamente con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI¹¹, aprobó nuevas directrices en esta materia que obligó a los Estados a adaptar en sus ordenamientos la rápida evolución que experimenta la propiedad intelectual, proponiendo nuevos métodos para agilizar el establecimiento de reglas y principios de observancia de derechos que deben estar armonizados a nivel internacional.

Así, uno de los principales acuerdos negociados en el marco de la OMC, es el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (conocido como el Acuerdo sobre los ADPIC, TRIPS en inglés) que empezó a regir el primero de enero de 1995, suscrito por la Unión Europea mediante, la Directiva 94/800/CE: Decisión del Consejo de 22 de diciembre de 1994 relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986- 1994), con el cual se inició una nueva etapa en la protección y el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual a nivel mundial, y se actualizó lo dispuesto, hacía más de 100 años, en los acuerdos primigenios de las Convenciones europeas de propiedad intelectual¹², que posteriormente la OMPI implementa con otros tratados internacionales, entre estos el Arreglo de Lisboa de 1958 que da a las indicaciones geográficas un alto nivel de protección, normativa muy sensible para los intereses de los productores españoles agroalimentarios.

La OMPI, en 1999, regula también la protección de las marcas notoriamente conocidas, licencias de marcas y la protección de las marcas en Internet (años 2000 y

⁸ CASTRO GARCÍA, J.D., *La propiedad Industrial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2009, p. 38.

⁹ CHAPARRO BELTRÁN, FABIO y otros. *“Manual sobre la propiedad industrial”* Universidad nacional de Colombia y Colciencias. 1997.

¹⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, En www.wipo.int/treaties/es/agreement/trips/html, consultado por última vez el 14 de septiembre de 2014. La -OMPI- (creada en 1970) como organismo especializado de las Naciones Unidas, administra los diversos convenios o tratados en materia de propiedad intelectual, y entre sus funciones esta armonizar las legislaciones y procedimientos nacionales en materia de propiedad intelectual, facilitar la solución de controversias, promover el intercambio de información, prestar servicios de tramitación para solicitudes internacionales de derechos de P.I. y fomentar el uso de tecnologías para el almacenamiento, acceso y utilización de la P.I.

¹¹ Los orígenes del interés regulatorio mundial, se remontan a 1883, en forma anecdótica se cita, que es el año en que Johannes Brahms componía su tercera sinfonía, Robert Louis Stevenson escribía *La isla del tesoro*, y John y Emily Roebling finalizaban la construcción del puente de Brooklyn en Nueva York. La necesidad de protección internacional de la propiedad intelectual se hizo patente en 1873, con ocasión de la Exposición Internacional de Invenciones de Viena, a la que se negaron a asistir algunos expositores extranjeros por miedo a que les robaran las ideas para explotarlas comercialmente en otros países. Recuperado el 15 de febrero de 2012 en <http://www.wipo.int/treaties/es/general/>

¹² El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, de 20 de marzo de 1883, en su forma revisada en Estocolmo el 14 de julio de 1967.

2001), al igual que trabajó sobre tres nuevos temas: 1) acceso a los recursos genéticos, su conservación, preservación, gestión, utilización sostenible y distribución de los beneficios derivados de esos recursos; 2) protección de los conocimientos tradicionales, asociados o no con dichos recursos; y 3) la protección de las expresiones del folclore, completando el enfoque tradicional imperante en los países con insuficiencia de sus ordenamientos, que se basó en la suscripción de tratados o convenios para el establecimiento de normas jurídicas internacionales que regularan el comercio internacional, las cuales fueron adoptadas por los países integrantes de la OMC.

En el ámbito comunitario se regula la marca comunitaria, la patente europea y los diseños europeos o modelos comunitarios, por medio de los cuales se despliega sus efectos en la totalidad del territorio de la Unión Europea. La marca internacional se encuadra en un sistema de registro de marcas para países que están integrados en el Sistema de Madrid, y comprende la adhesión de España a dos tratados internacionales, el Arreglo de Madrid y el Protocolo de Madrid, que en la actualidad integra 80 países, ya sea que formen parte del Arreglo, o del Protocolo o de los dos. Con el Sistema de Madrid se persigue la simplificación y unificación de una serie de trámites como serían el examen formal y la publicación, con objeto de obtener en cada uno de los países designados un registro con los mismos derechos y obligaciones que si se tratara de una marca nacional. Diseño Internacional se enmarca en un sistema de Registro Internacional de Diseños para países que están integrados en el Arreglo de La Haya.

Igualmente la patente europea, que se tramita por la Oficina Europea de Patentes (OEP), en virtud del Convenio de la Patente Europea, permite obtener protección mediante una única solicitud de patente en todos los países miembros del Convenio y produce en cada uno de los países los mismos efectos que una patente nacional sometida a la legislación del país respectivo.

La normativa europea, como se reconoce por la propia autoridad comunitaria, se erige, entonces, como un sistema uniforme de salvaguardia de los derechos de propiedad intelectual¹³, en concordancia con la libre circulación de mercancías y servicios y libre competencia, que procura a la uniformización de este tipo de derechos a escala europea¹⁴.

En este marco normativo, la legislación de más reconocimiento lo constituye la Convención sobre la Concesión de Patentes Europeas (CPE) de 1973 con sus diversas modificaciones, hasta la versión 15 de 2013, que facilita para los nacionales, el trámite de patente europea con vigencia en los países comunitarios, con el cual los nacionales españoles y comunitarios logran mejores niveles de competitividad¹⁵.

¹³ La Unión Europea frente a las dificultades en los Acuerdos multilaterales de propiedad intelectual, ha ido adaptando un conjunto de normas, que se constituye en capítulo propio en los acuerdos de última generación que viene suscribiendo, como es el de la Asociación con Chile. Vid. FERNANDEZ-LERGA, Carlos. *La propiedad intelectual, un activ estratégico en alza y en disputa*. En Nueva Revista de Política, Cultura y Arte. www.nuevarevista.net/articulos/la-propiedad-intelectual-un-activo-estrategico-en-alza-y-en-disputa (consultado por última vez el 20 de diciembre de 2014)

¹⁴ UNIÓN EUROPEA, en http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/index_es.htm, consultada por última vez el 28 de diciembre de 2014.

¹⁵ Teniendo en cuenta la importancia de la Oficina Española de Patentes y Marcas - La OEPM- que ostenta, desde 1995, la condición de Administración de Búsqueda Internacional de Patentes en el marco

3. LA REFORMA QUE PRETENDE EL CÓDIGO MERCANTIL RESPECTO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

La propuesta del Código Mercantil en general, responde en su estructura y redacción al código europeo de contratos¹⁶ cuyo objetivo es lograr una integración entre los derechos de cada país y el comunitario y evitar divergencias entre varios ordenamientos que entorpecen los mercados interiores.

El modelo implantado por el *Code de commerce* francés de 2000, de recodificación sistemática de la legislación especial, es el que sigue el Código español para integrar la vigente normativa dispersa, sin perjuicio de su revisión para actualizarla y completarla, como lo expresa la misma comisión redactora.

El nuevo código, se ha nutrido no solo del derecho español sino también de directrices de la CNUDMI¹⁷ y UNIDROIT¹⁸. Con lo cual, desde la “década de los años 1980 la Comunidad Europea (CE) vino desarrollando una activa labor en este campo, orientada de un lado, a establecer un grado de armonización entre las legislaciones de los Estados miembros que facilita la consecución de un mercado interior único y, de otro lado, a reconocer y regular derechos de propiedad industrial propiamente “comunitarios”.

En el proyecto, se regula conjuntamente con el derecho de la competencia la propiedad industrial. Las normas se insertan en el Libro Tercero, Título VI, De la Propiedad Industrial, que se expresa el ámbito de protección, el mantenimiento de normas diversas y, los principios generales para las diversas modalidades de la propiedad industrial, diferenciando la naturaleza de cada uno de los conceptos, pero con muy pocos artículos, lo que hace presumir que no se hizo una integración de las normas especiales existentes en la materia.

Si bien es una competencia exclusiva del Estado legislar sobre las relaciones mercantiles para asegurar en el entorno jurídico- privado la prevalencia de la unidad de mercado prevista en la carta constitucional para garantizar seguridad jurídica a todos los operadores económicos en materia mercantil, constituye un problema la ausencia de normas que no respondan a la realidad del tráfico mercantil, en el cual incide la regulación supra-estatal con disposiciones a seguir como son las derivadas de la OMC,

del Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT). De las diez administraciones existentes, es la única que realiza búsquedas internacionales en español. Recientemente, la OPM ha sido designada por la OMPI, para la Administración de Examen Preliminar Internacional de solicitudes de patentes presentadas según el Tratado de Cooperación de Patentes (PCT). Con esta designación, el solicitante de habla española podrá realizar en su lengua toda la tramitación internacional de una solicitud de patente ahorrando costes y trámites. OFICINA ESPAÑOLA DE PATENTES Y MARCAS, en <http://www.oepm.es/es/index.html>www.ceddnet.org, consultada por última vez el 15 de septiembre de 2014.

¹⁶ Como sostiene el profesor José Luis de los Mozos, con relación al anteproyecto de código europeo de contratos de la academia de Pavía, “representa un esfuerzo por encontrar un medio de integración, mediante la ayuda de la legislación, entre los distintos Derechos europeos, concurriendo con otros intentos que se hallan animados por la misma finalidad (...)” Fuente: “Diario La Ley”, nº 5629, octubre 2002

¹⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, CNUDMI (o UNCITRAL, por su siglas en inglés United Nations Commission for the Unification of International).

¹⁸ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

que se siguen a través de las directivas europeas que acogen estos lineamientos, de las cuales hay algunos aspectos en el nuevo código mercantil, particularmente en las normas de patentes que involucran mecanismos de observancia.

En el Libro Tercero, Título VI, De la Propiedad Industrial, en el artículo 360- 1, se delimita el objeto de protección como bien inmaterial constituido por invenciones, diseños industriales, topografías de productos semiconductores, obtenciones vegetales, signos distintivos de la actividad empresarial y denominaciones de origen, para los cuales se exige la obtención del respectivo título o la certificación de los otros medios reconocidos como la ley, como puede ser el registro de marcas o titular de un diseño industrial no registrado, un marca notoria y usuarios legítimos de las denominaciones de origen y titulares de rotulos de establecimiento.

En el mismo artículo 360, se establece en el numeral 5ª, que “las distintas modalidades de propiedad industrial se regirán por su legislación específica, sin perjuicio de la aplicación a todas ellas de las normas comunes previstas en el presente título”, lo cual deja sentado de entrada que el nuevo código deja vigente la legislación especial interna. Lo cual se refrenda en el art. 360-12, las disposiciones normativas de cada modalidad de propiedad industrial en su legislación específica, deberá interpretarse de acuerdo con su función dentro del marco de economía de mercado reconocido en la Constitución.

A la luz, del art.360.4, los títulos de propiedad industrial, especialmente patentes¹⁹, pueden ser solicitados por personas física o jurídicas, incluyendo las entidades de derecho público, quienes pueden invocar el beneficio de las disposiciones de cualquier tratado internacional ratificado por España, si le fuere de aplicación directa, en todo lo que le sea más favorable respecto de lo dispuesto en la normativa interna. Se reconoce la prioridad en el registro reconocido en Tratados internacionales en los que España es parte o en el Derecho de la Unión Europea, y la consecuente oponibilidad a terceros (360-6), que solo podrán oponerse frente a terceros de buena fe una vez inscritos en el Registro correspondiente a cada modalidad.

La exclusividad otorgada al titular de un derecho de propiedad industrial de prohibir a cualquier otro tercero que no cuente con su consentimiento para el uso y la explotación en el tráfico económico del bien inmaterial es parte de la normatividad reguladora en el art. 360-7. De esta limitación al derecho monopólico del titular, se acarrearán indemnizaciones por violación de ese derecho exclusivo al fabricar o introducir en el mercado el objeto protegido, por lo que responderán siempre de los daños y perjuicios resultantes por su actuación, quienes así obraren.

Se consagra de forma expresa, en el Libro Quinto: De los Contratos Mercantiles en particular, la consagración expresa, en el Capítulo 1, Sección 2ª. De la compra venta

¹⁹ Dichos derechos de titularidad se otorgan mediante un procedimiento por el organismo competente (en España la Oficina Española de Patentes y Marcas, en adelante OEPM) y la protección que dispensan se extiende a todo el territorio nacional. A este respecto vid. VENTURA VENTURA, José Manuel. *La legislación sobre propiedad industrial, la Oficina Española de Patentes y Marcas y la STC 103/1999. Competencia autonómica en la materia y comparación con la propiedad intelectual*, en www.unirioja.es/dptos/dd/civil/STCregistro.html, (consultado por última vez el 5 de diciembre de 2014).

de bienes muebles y de bienes inmateriales y en el Capítulo V, del Contrato de cesión de bienes inmateriales, y en el Capítulo VI, Del contrato de licencia de bienes inmateriales. Debe expresarse en un contrato de cesión de bienes inmateriales, a la luz de lo dispuesto en el Capítulo V, artículo 535-1 al 535-5, detallando el contenido material, las obligaciones del cedente y el cesionario y las responsabilidades frente a terceros, que le es aplicable a la cesión de derechos de propiedad industrial

En el capítulo VI, se tipifica el contrato de licencia de bienes inmateriales, a partir de los art. 536-1 al 536-8 estableciendo las obligaciones del licenciante y el licenciario, exigiendo pacto para excluir de la totalidad de los productos y facultades de explotación para todo un determinado territorio, pues de lo contrario, a falta de pacto, surge la presunción de derecho que comprende la licencia todo el territorio y sin posibilidad para el licenciario de cederla o de otorgar sublicencias. Se regula también la reparación de daños y perjuicios imputables a defectos inherentes al objeto de la licencia, por lo cual surge una solidaridad a cargo del licenciante y el licenciario.

Entonces el proyecto de la nueva codificación mercantil apunta a que, si bien son pocas las normas, se pretendió integrar una legislación moderna, que engloba las diversas formas de protección que exige la realidad del mercado, pero de sus textos no se puede afirmar el logro de este objetivo, pues solo se puede concluir que hay algunos aspectos normativos que se pueden destacar.

3.1. Principales aspectos de la nueva propuesta del código mercantil

La propuesta de modificación debería superar la escasa regulación con que es tratada la propiedad industrial en el código de comercio de 1885, una institución al margen, propio de la época de la codificación, que la consideraba como parte de la competencia con regulación a cargo del derecho económico estatal, pero que 150 años después sigue siendo marginal en el código nacional, sin responder a las nuevas exigencias del derecho de patentes o de marcas, los de más auge en el mercado²⁰.

De acuerdo a lo analizado no se integra en un solo cuerpo la dispersión normativa de leyes especiales en propiedad industrial, que se esperaba contemplara la propuesta de reforma. Al modificar un sistema jurídico disperso, en uno unificado en materia de propiedad industrial, se favorecería los procesos de innovación empresarial, en ciencia y tecnología, para el trámite de solicitud de patentes, diseños industriales, marcas u otros signos distintivos, para las partes interesadas. Esto recaería favorablemente sobre todo a los inventores particulares y a las PYME, a quienes pueden interesar en inversiones para patentar y, en general, de invertir en investigación y desarrollo, pero no es así, deberán seguir consultando la legislación para su aplicación.

Una novedad de gran importancia, es la consagración de normas internacionales como es el agotamiento del derecho e indemnizaciones por violación al derecho exclusivo (art 360-8) y prever las limitaciones legales y responsabilidades frente a los

²⁰ Sobre el tema vid. LOBATO, Manuel, “Nuevos perfiles del derecho de marcas”, Revista de Expertos en Propiedad Industrial, www.conecta-cedder.org/index.php, Revista de la res de expertos iberoamericanos en propiedad industrial. No. 01, segundo semestre 2007 (consulta por última vez el 23 de diciembre de 2014).

consumidores (art. 360-11) por daños que se puedan generar por los productos ofrecidos a partir de una patente.

En la Disposición Derogatoria Única de la propuesta de reforma, que deroga en forma expresa el Código de Comercio de 22 de agosto de 1885, no se incluye ninguna ley de propiedad industrial, por lo que se puede deducir que siguen vigentes las leyes especiales expedidas sobre la materia.

Aunque no es materia exclusiva de la propiedad industrial si repercute en su esfera de protección consagrar norma expresa para las cláusulas de confidencialidad y exclusividad, que se comprenden en el art. 440-1 y ss, por lo cual se obliga a responder por los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte la infracción de ese deber, salvo las excepciones de que la información haya llegado a ser del dominio público o corresponda a una exigencia de una norma jurídica o sea precisa para preservar algún derecho, particularmente en procesos judiciales o arbitrales o para el cumplimiento o ejecución del contrato. Norma que tiene en su espíritu prever posibles conflictos por la divulgación de información que se conozca o vaya a conocer durante las negociaciones o vigencia de un contrato, que bien puede ser de una licencia de uso o venta de una tecnología titular de un derecho de propiedad industrial. La norma exige delimitar con suficiente precisión su objeto.

4. CONCLUSIONES

El Código Mercantil que sustituirá al código de comercio de 1885, se ha ubicado en el libro Tercero, del Derecho de la Competencia y la Propiedad Industrial, pero las normas son escasas, por lo que sigue quedando fuera del código mercantil la mayoría de las normas de esta materia que seguirán regulando mayoritariamente por medio de leyes especiales que no están incluidas en el nuevo código, y no se supera lo dispuesto en el Código de Comercio vigente, dado que esta institución jurídica se venía tratando al margen del Código como un conjunto de normas vinculadas a la competencia y su regulación por el derecho económico estatal, lo cual permanece.

La integración normativa no se evidencia, aunque al leer los objetivos fijados en la exposición de motivos, de integrar, armonizar y modernizar la dispersa legislación especial existente en materia de propiedad industrial, pasados más de 125 años desde la expedición del Código de Comercio vigente, no se recoge en el nuevo código todos los aspectos que demanda la solicitud, reconocimiento y transferencia de bienes de propiedad industrial. Pero, el nuevo Código Mercantil si responde a una estructura de unificación, al integrar en un solo cuerpo normativo, normas dispersas, normas especiales o aspectos sobre los cuales no existía regulación para responder a la realidad jurídica del siglo XXI.

La integración normativa que se hace en materia de patentes, contratos de venta de intangibles, licencias y cesión de derechos de propiedad industrial, responde a los cambios que en todos los aspectos económicos, sociales y políticos se han derivado de la globalización e internacionalización de la economía, con una dinámica que se ha

impuesto, no solo a España sino a los países del resto del mundo, y se deduce que pretende ser un código más garantista de la seguridad jurídica frente a las demandas del mercado en transacciones de bienes inmateriales para ser más competitivos.

Como se expresa en la presentación del proyecto de reforma por la misma comisión de redacción de la propuesta es aconsejable mantener las normas sobre las diferentes modalidades de propiedad industrial de las leyes especiales que la regula, pero sin perjuicio que se integren en el libro III del nuevo Código Mercantil más preceptos generales comunes a todas ellas, para completar así las carencias del anterior Código de Comercio, e insertar en la legislación básica mercantil unos principios comunes a instituciones que son indispensables en la regulación del tráfico económico y del mercado, dentro del modelo económico reconocido en la Constitución.

Finalmente, la propuesta del anteproyecto para ser aprobada, debe agotar otras etapas consultivas entre los diferentes órganos como son: el Consejo de Estado, Poder Judicial, Económico y Social y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) para ellos analizar su pertinencia. Posteriormente se remite al Parlamento para su trámite y ser promulgado como Ley.

LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ANTE LA CODIFICACIÓN MERCANTIL

JULIO COSTAS COMESAÑA *

Resumen

La codificación de las normas materiales del Derecho de defensa de la competencia parecería una consecuencia lógica y necesaria de la definición del Derecho mercantil como la regulación privada del mercado, y así lo hacía la Propuesta de Código Mercantil de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. No obstante, sin ofrecer motivo alguno, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil limita la codificación a los dos ilícitos *antitrust* también perseguibles ante los órganos jurisdiccionales, extiende a estas dos «prácticas restrictivas de la competencia» la regulación de las acciones y normas procesales previstas, actualmente, en materia de competencia desleal y, como novedad absoluta, establece unos principios generales comunes a los dos sectores del Derecho General de la competencia, que pueden introducir cierta confusión en los fines y en el ámbito de aplicación de las normas de defensa de la competencia o *antitrust*.

Contenido

1. La peculiar codificación de la materia defensa de la competencia.- 1.1. Normas básicas codificadas.- 1.2. Otras referencias a la normativa de defensa de la competencia.- 1.3. Algunas cuestiones terminológicas y sistemáticas. - 2. La pretendida especialidad del Derecho de defensa de la competencia como materia mercantil.- 2.1. El Derecho mercantil como Derecho privado del mercado.- 2.2. Causas de la no regulación de la materia defensa de la competencia.- 3. Los principios generales en materia de competencia.- 4. Acciones derivadas de las prácticas restrictivas de la competencia.

1. LA PECULIAR CODIFICACIÓN DE LA MATERIA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1.1. Normas básicas codificadas

La Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación debatió la conveniencia de codificar el Derecho de defensa de la competencia o Derecho *antitrust*, y en qué extensión, optando finalmente en la Propuesta presentada al Ministerio de

* Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Vigo. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "La reforma del Derecho de la competencia: defensa de la competencia, competencia desleal y publicidad", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2011-26226).

Justicia el 13 de junio de 2013¹, por la codificación completa de la regulación material *antitrust* vigente y una mínimas normas administrativas imprescindibles para dotar de coherencia a las normas mercantiles codificadas. Por el contrario, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014², presentado conjuntamente por el Ministerio de Justicia y por el Ministerio de Economía y Competitividad, excluye de este movimiento re-codificador la regulación completa de la materia *antitrust*, que mantendría su actual especialidad formal en la Ley 15/2007, de 3 de julio (LDC).

Este *apartheid* no resulta coherente con la definición, que hace el propio Anteproyecto, de la legislación mercantil como “la regulación del Derecho privado propia del mercado”, o del Derecho mercantil como “Derecho que establece las reglas de actuación en el mercado”, y del Código Mercantil como un instrumento de política legislativa que, siguiendo el modelo implantado por el *Code de commerce* francés de 2000, “acota con criterio unitario la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula” (apartados I-7, I-9 y I-26 de la EdM). Esta ausencia de la materia defensa de la competencia contrasta, además, con la codificación del Derecho contra la competencia desleal³. (Título II del Libro Tercero), y con el establecimiento, por vez primera en nuestro Ordenamiento Jurídico, de unos “principios generales en materia de competencia” (rúbrica del Título I del Libro Tercero, que integra los arts. 310-1 a 310-3), que consisten en determinar cuáles son los intereses protegidos y el ámbito de aplicación objetiva y subjetiva tanto de la regulación contra la competencia desleal como del Derecho *antitrust*.

Por ello que, cuando en el apartado I-24 de la EdM se afirma que el Libro Tercero se «refiere» al Derecho de la competencia, tanto a la competencia desleal como a la defensa de la competencia, se habrá de reconocer que, en efecto, el Anteproyecto no regula el Derecho *antitrust*, al que apenas realiza una mínima referencia⁴, en lo fundamental ubicada en el Título III que, bajo la rúbrica “De la defensa de la Competencia”, dispone:

Artículo 330-1. Prohibición de las prácticas colusorias.

¹ <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288780618794/Detalle.html>

² <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288788719402/Detalle.html>

³ Con todo, la codificación de la competencia desleal tampoco es completa. El Anteproyecto no incorpora la regulación de la publicidad ilícita, que permanecería como legislación mercantil especial en el Capítulo II de la LGP. No es de esta opinión MASSAGUER, J., «La regulación del Derecho de la competencia en el Anteproyecto de Código Mercantil», *RDM.*, núm. 293, Julio – Septiembre 2014, p. 14, pues afirma que el Derecho contra la competencia desleal se codifica “enteramente”, pese a que no desconoce (p. 25) que el Anteproyecto no incorpora la regulación de la publicidad ilícita. Como acertadamente sostiene el prof. TATO PLAZA. (TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 48 y ss.) el mantenimiento de esta histórica estructura dual del Derecho contra la competencia desleal en España no está justificada, porque actualmente el bien jurídico protegido es el mismo, pero menos lo está la no codificación atendida la configuración del Derecho mercantil por el Anteproyecto como el “Derecho que establece las reglas de actuación en el mercado”. En todo caso, en la Disposición derogatoria única del Anteproyecto habría que incluir la derogación expresa de la letra e) del art. 3 de la LGP.

⁴ Como así se reconoce más adelante en el apartado IV-6 de la EdM: “*El Título III recoge unas normas mínimas que enlazan con la legislación vigente en materia de defensa de la competencia, insistiendo en la prohibición de tales conductas, en especial en lo que se refiere a las prácticas colusorias y las conductas de abuso de posición de mercado.*”

Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional en los términos previstos en la normativa de defensa de la competencia.

Artículo 330-2. Prohibición de las conductas de abuso de posición de dominio.

Se prohíbe conforme a lo dispuesto en la normativa de defensa de la competencia, la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo en parte del mercado nacional.

La incorporación de estas prohibiciones generales o ilícitos *antitrust* no es objetable desde una perspectiva de buena técnica legislativa, pero adoptada la decisión no codificar la regulación sustantiva de la defensa de la competencia, su inclusión en el Código Mercantil apenas tiene la virtualidad de subrayar su naturaleza mercantil, por cuanto su persecución ante los Juzgados de lo Mercantil ya viene establecida por el art. 86 ter 2. Letra f) de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial y por la Disposición adicional primera de la LDC, pues disponen que estos órganos jurisdiccionales conocen de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los pronunciamientos de aplicación de los señalados ilícitos *antitrust* regulados actualmente en los arts. 1.1 y 2.1 de la LDC.

Los arts. 330-1 y 330-2 del Anteproyecto, además de reproducir el texto de los arts. 1 y 2 de la LDC, añaden que estas “prácticas restrictivas de la competencia” deben ser interpretadas y aplicadas por los jueces y tribunales competentes “en los términos previstos en la normativa de defensa de la competencia”. Esta remisión a la legislación especial se hace, probablemente, con el objeto de en lo posible evitar que se produzca una interpretación divergente entre la aplicación privada y pública de tales prohibiciones *antitrust*. La remisión es acertada por cuanto en una y otra vía el bien jurídico tutelado es el mismo –la competencia efectiva en los mercados-, bien que en la vía pública esa tutela se instrumentaliza, fundamentalmente, mediante la imposición de sanciones económicas disuasorias, mientras que quien acude a la jurisdicción ordinaria busca la reparación integral del daño patrimonial causado por la conducta restrictiva de la competencia. Igualmente cabe entender que la remisión normativa no es sólo al texto de la LDC, sino también al RDC, así como a las Comunicaciones interpretativas que guían la actuación de la AdC⁵, instrumento este último de *soft law* que, por esta vía, vincularía al juez mercantil.

Con todo, esta interacción entre la «regulación mercantil codificada» de las prácticas restrictivas de la competencia y la «regulación mercantil especial» contenida en la LDC también se produciría en sentido inverso; es decir, desde el Código Mercantil a la legislación especial de defensa de la competencia, por virtud de la aplicación de los principios generales en materia de competencia de los arts. 310-1 a 310-3 del Anteproyecto, salvo que se entienda –lo que constituiría en nuestra opinión un despropósito mayúsculo– que solo son válidos en la aplicación privada de las normas

⁵ Vid. el art. 30.3 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, así como la Disposición adicional tercera de la LDC.

antitrust codificadas⁶. Y es aquí, como trataremos de argumentar *infra*, que se pueden producir desajustes entre, por una parte, los términos previstos en la normativa de defensa de la competencia en materia de interés público tutelado, ámbito objetivo y ámbito subjetivo de aplicación y, por otra parte, los referidos principios generales en materia de competencia del Anteproyecto.

Esta singular forma de codificar la regulación de la defensa de la competencia motiva que el Anteproyecto no incorpore el ilícito *antitrust* del art. 3 de la LDC, que viene calificar como infracción de competencia las conductas unilaterales constitutivas de actos de competencia desleal –conforme a la regulación contra la competencia desleal– realizados por empresas no mercado dominantes que, por las circunstancias concurrentes en el caso en concreto (poder de mercado de la empresa, estructura y condiciones en que se desarrolla la competencia en el mercado, naturaleza del producto o servicio concernido, tipo y duración de la conducta, etc.), resultan idóneos para falsear la competencia efectiva en el mercado considerado. Una prohibición *antitrust* –por su idoneidad para generar efectos restrictivos sobre la competencia efectiva en el mercado– que sí preveía la Propuesta de Código Mercantil en el párrafo segundo del art. 342-2, en los términos siguientes: “Igualmente tendrán la consideración de infracción en materia de defensa de la competencia los actos de competencia desleal que tengan por efecto un falseamiento de la competencia relevante desde el punto de vista del interés público en el mantenimiento de la estructura competitiva de mercado”⁷.

Desde una perspectiva adjetiva, la «referencia» contenida en el Anteproyecto a la materia defensa de la competencia se completa con la extensión a las “prácticas

⁶ BROKELMANN, H., «El Derecho de la competencia en el Anteproyecto de Código Mercantil», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 72, Mayo – Agosto 2014, p. 30 se plantea si estos principios generales sólo estarían vigentes para la aplicación privada de los ilícitos *antitrust*, lo que descarta porque sería contrario al TFUE y al Reglamento CE 1/2003. El autor parte de que los principios generales de las normas de competencia y, en particular, el art. 310-2 del Anteproyecto resulta incompatible con la actual normativa nacional y comunitaria de la competencia. En igual sentido, la CNMC en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil* de 17 de julio de 2014 (IPN/DP/0010/14, disponible en <http://www.cnmc.es>), reclama que la “necesaria autonomía” del Derecho *antitrust* “justifica la aplicación de una serie de conceptos unívocos por lo que cualquier inclusión en este APL de conceptos y ámbito susceptibles de introducir modificaciones en los mismos (...) debería ser objeto de eliminación o, al menos, de alineamiento con respecto a aquellos” (punto III.2.1).

⁷ La ubicación de este precepto en el Título IV del Libro Tercero, relativo a las acciones derivadas de actos de competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia, indicaría, como viene sosteniendo un sector de la doctrina, que estamos ante una norma de naturaleza procesal y no sustantiva, que tiene por objeto atribuir a la AdC competencia para perseguir determinados ilícitos de competencia desleal; por todos: COSTAS COMESAÑA, J. «Prohibición de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal», en AA.VV., *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 215 a 216. El texto de este precepto de la Propuesta delimitaba el ilícito con una técnica jurídica mucho más depurada que el actual art. 3 de la LDC. Dejaba claro que son dos los presupuestos del ilícito, (i) un acto de competencia desleal que (ii) es apto para afectar al mantenimiento de la estructura competitiva del mercado. Por tanto, que el ilícito no tutela otro interés público que la competencia efectiva. Quizá por ello referirse a la “estructura” competitiva como interés público tutelado antes que a la competencia efectiva no fuese del todo acertado, en la medida en que el proceso competitivo puede resultar afectado sin modificar la estructura del mercado. Del mismo modo, como sucede en la prohibición de las conductas colusorias, se podría haber especificado que es suficiente para incurrir en la prohibición la aptitud del acto de competencia desleal para generar ese efecto restrictivo.

restrictivas de la competencia” de las acciones y normas procesales de los arts. 32 a 35 de la LCD, cuya redacción se mantiene con algunos “ajustes de técnica legislativa”, colmándose así “la laguna de la que, hasta ahora y a pesar de las exigencias comunitarias, adolecía la aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia en España”⁸ (arts. 341-1 a 341-4, Capítulo I, Título IV, Libro Primero)⁹.

1.2. Otras referencias a la normativa de defensa de la competencia

Además de incluir las señaladas normas básicas *antitrust*, el Anteproyecto, en materia de obligaciones y contratos mercantiles, recuerda a los operadores del mercado la necesidad de respetar las normas de defensa de la competencia cuando acuerdan cláusulas contractuales que, por su naturaleza, pueden ser potencialmente restrictivas de la competencia efectiva en el mercado considerado.

Tal es el caso de la normativa relativa a los contratos de compraventa y de arrendamiento y usufructo de empresa, en relación con la obligación de no competencia de no competencia (art. 132-11.1 y 2 y art. 132-16.2). En los contratos de compraventa de empresa, el art. 132-11.2 del Anteproyecto establece la legalidad *antitrust* (ex art. 4.1 de la LDC) de la obligación del vendedor de no competir con el comprador si su duración no es superior a 2 años, plazo pues que se considera razonable para que el comprador, arrendatario o usufructuario pueda adquirir el valor íntegro de los activos cedidos¹⁰. Este mismo precepto, añade que las partes pueden pactar con cargo al vendedor cláusulas inhibitorias de competencia de mayor duración, pero subraya que su licitud depende de que “sea conforme con las normas de defensa de la competencia”¹¹. A estos efectos, no cabe duda que los pactos de no competencia, por definición, son

⁸ Así se afirma en el apartado IV-7 de la EdM del Anteproyecto.

⁹ Será necesario modificar la rúbrica del Capítulo II de este Título IV, pues siendo la que tenía en la Propuesta (“De la represión de ciertos actos de competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia”), ahora en el Anteproyecto contiene un único artículo 342-1 relativo a la calificación de determinados actos de competencia desleal como infracciones administrativas de consumo. En la Propuesta, este Capítulo II incluía, además, un art. 342-2 que, en su número 1, calificaba como ilícitos administrativos las “prácticas restrictivas de la competencia” (las prácticas colusorias y las de abuso de posición de dominio) “a los efectos previstos en la Ley reguladora de las instituciones de defensa de la competencia”.

¹⁰ En el ámbito del Derecho *antitrust*, siguiendo a la jurisprudencia del TJUE, en la *Comunicación sobre las restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración* de 2005 (DO 2005/C 56/03), la Comisión Europea considera que las cláusulas inhibitorias de la competencia están justificadas –no caen en el ámbito de aplicación de la prohibición de acuerdos colusorios– durante un máximo de tres años cuando la cesión de la empresa incluye la transferencia de la clientela fidelizada como fondo de comercio y conocimientos técnicos, y cuando sólo se incluye el fondo de comercio, están justificadas por períodos de hasta dos años. Por tanto, el Anteproyecto adopta una posición prudente al tiempo de establecer la licitud *ex lege* de las cláusulas de no competencia a cargo de vendedor.

¹¹ Porque tiene la misma lógica contractual, en los contratos de arrendamiento o usufructo de la empresa, el art. 132-16.2 del Anteproyecto impone al arrendador o nudo propietario la obligación legal de no competir con la otra parte contratante durante la vigencia de la relación jurídica, en los términos establecidos para la compraventa de empresa. El núm. 1 del mismo precepto del Anteproyecto, obliga al arrendatario o al usufructuario a no desarrollar durante la vigencia del contrato una actividad que, por su objeto, localización y otras circunstancias dificulte la conservación de la integridad del valor de la empresa transmitida. Por tanto, por sus efectos, una obligación de efecto equivalente a una cláusula de no competencia que, a diferencia de la que recae sobre el arrendador o el nudo propietario, el Anteproyecto considera disponible por las partes.

acuerdos o equivalen a acuerdos de reparto de mercado o de clientes. Por tanto, conductas que tienen por objeto restringir la competencia entre las partes que, de ostentar poder de mercado y ser competidores actuales o potenciales en el mercado considerado, tienen objetivamente aptitud para restringir la competencia efectiva de forma significativa y, por ello, constituir acuerdos colusorios prohibidos. A este respecto, conviene tener presente que los acuerdos de reparto de mercado o clientes entre competidores y los pactos de no competencia entre no competidores cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años, no gozan de la presunción *iuris tantum* de acuerdos restrictivos de menor importancia¹².

Con independencia de la duración de la obligación de no competir por parte del vendedor, arrendador o nudo propietario, la legalidad *antitrust* de este tipo de cláusulas contractuales bien por aplicación del art. 4 de la LDC, de la doctrina de las restricciones accesorias, o de la exención por eficiencias del art. 1.3 de la LDC (o del art. 101.3 del TFUE), todavía dependerá de que vigencia se limite al territorio o grupo de clientes y a los productos o servicios que constituyan la actividad económica de la empresa cedida¹³.

También en materia contractual, de una u otra forma, el Anteproyecto utiliza esta técnica de la cláusula “sin perjuicio de la aplicación de las normas de Derecho de la competencia”, para subrayar la potencialidad restrictiva de: (i) los pactos de preferencia a favor del suministrador para celebrar un contrato de suministro sucesivo con el mismo objeto (art. 513-5.1 del Anteproyecto) que, dependiendo del poder de demanda del suministrador, puede generar un efecto de cierre del mercado en el que opera el suministrador; (ii) de las cláusulas de confidencialidad (art. 440-1.3 del Anteproyecto¹⁴); (iii) de las cláusulas de exclusiva territorial o por clientes (art. 440-2.1 del Anteproyecto); y (iv) de los pactos de no competencia post contractuales impuestos al agente en los contratos genuinos de agencia (art. 542-20 y 542-21).

No son estas las únicas cláusulas contractuales o comerciales que pueden generar efectos restrictivos de la competencia significativos, lo que normal y principalmente dependerá del poder de mercado de las partes. La larga duración de determinados contratos, como puede ser los de suministro o de distribución restringida,

¹² Vid., *Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (Comunicación de *minimis*; DO 2014/C 291/01, par. 13) y art. 2.1.c) y 2.e) del RDC.

¹³ Así resulta, en particular, de la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración, cit., pág. 22 y 23.

¹⁴ Este precepto, en realidad, no menciona la legislación de defensa de la competencia como límite a su contenido, sino que, de modo genérico, advierte a las partes contratantes sobre la necesidad de tener en cuenta “la aplicación de otras disposiciones legales o contractuales”. No obstante, como señala la Comisión Europea en la Comunicación sobre las restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración (cit., pág. 26 y 41), las cláusulas de confidencialidad (como también las de no captación de trabajadores y directivos): “se evaluarán de la misma forma que las de inhibición de la competencia, siempre que su efecto restrictivo no sea superior al de éstas. No obstante, dado que el ámbito de aplicación de estas cláusulas puede ser menor que el de las cláusulas de inhibición de la competencia, es más probable que se consideren directamente relacionadas y necesarias para la realización de la operación de concentración. Si las circunstancias particulares del caso lo justifican, las cláusulas de confidencialidad podrán aceptarse por períodos superiores a tres años, habida cuenta del interés de las empresas en proteger los secretos comerciales valiosos”.

o las cláusulas de penalización por rescisión anticipada¹⁵ son ejemplos de conductas que, en función del contexto del mercado en cuestión (particularmente, del poder de mercado de la parte contratante que impone la cláusula), pueden generar un efecto restrictivo significativo a los efectos de la prohibición de acuerdos colusorios o de abuso de posición de dominio. En materia de Derecho de sociedades, las obligaciones de no competencia que impone o permite imponer la regulación societaria a socios y administradores, o el deber de evitar situaciones de conflicto de intereses por parte de los administradores (arts. 215-1, 221-25, 271-13 y 271-14 del Anteproyecto), de concurrir determinadas circunstancias más o menos excepcionales, también podrían generar efectos restrictivos sobre la competencia efectiva en el mercado considerado. Pero tratándose de cláusulas que no tienen por objeto restringir la competencia, sino dar cumplimiento al deber legal de lealtad con la sociedad que recaen sobre socios y administradores, en nuestra opinión, está justificado que tales normas no condicionen expresamente la licitud de tales pactos al cumplimiento de la normativa *antitrust*¹⁶.

1.3. Algunas cuestiones terminológicas y sistemáticas

El Anteproyecto utiliza la rúbrica “prácticas colusorias” para designar las distintas conductas prohibidas en el art. 330-1, y la de “conductas de abuso de posición de dominio” para la prohibición de los comportamientos unilaterales del art. 330-2, en tanto que parece adoptar como género que compre ambos ilícitos *antitrust*, la categoría jurídica de “prácticas restrictivas de la competencia”. Pero la utilización de esta denominación como categoría general se hace de una forma indirecta, al tiempo que el Anteproyecto se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de las normas de competencia desleal y de defensa de la competencia (art. 310-3-1), y también en sede del Título IV relativo a “las acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia”.

No tanto para evitar dudas, que deberían quedar despejadas en una interpretación lógica y sistemática, sino por razón de buena técnica legislativa, convendría sustituir la actual rúbrica (“De la defensa de la competencia”) del Título III por la de “Prácticas restrictivas de la competencia”¹⁷, denominación con cierto arraigo en el Derecho comparado y en el Derecho positivo español, pues ya era utilizada en la vieja Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de las prácticas restrictivas de la competencia, para referirse a las prácticas restrictivas colusorias y a las prácticas abusivas de las

¹⁵ Vid., a modo de ejemplo de este tipo de cláusulas, la Resolución de la CNC de 19 de mayo de 2009, Expte. 646/08, *Axión/Abertis*, confirmada por la SAN de 15 de febrero de 2012 (Roj: SAN 493/2012).

¹⁶ Los problemas para la competencia efectiva se pueden producir en el ámbito de las empresas en participación por parte de socios que son competidores actuales o potenciales, tal y como advierte la CNMC (*op. cit.*, apartado III.2.2.2), para quien en tales supuestos existen ámbitos posibles de competencia entre una sociedad y sus socios que han de ser admitidos, y que las restricciones que se impongan deberán limitarse a los socios de control y restringirse temporal, espacial y objetivamente a lo estrictamente necesario en relación con el objetivo lícito de la prohibición de competencia en el ámbito societario.

¹⁷ El término “defensa de la competencia” es desconocido en el Derecho comparado, y no deja de generar cierta confusión en los grupos de trabajo *antitrust* en los que participa la AdC española. Así mismo habría que sustituir el término “conductas” por el de “prácticas” de abuso de posición de dominio en la rúbrica del art. 330-2 del Anteproyecto.

empresas con posición de dominio¹⁸. En todo caso, cabe apuntar que no es esta la categoría general utilizada por la vigente LDC –que no es objeto de derogación por el Anteproyecto–, sino la de “conductas prohibidas” (rúbrica del Capítulo I del Título I), o la de “conductas restrictivas de la competencia” (art. 36.1 de la LDC, por ejemplo). Convendría, pues, una unificación terminológica de la regulación *antitrust* del Código Mercantil y de la legislación *antitrust* especial.

Tras los principios generales en materia de competencia (Título I, del Libro Tercero), el Anteproyecto codifica en el Título II la regulación sustantiva de la competencia desleal, relegando las normas básicas *antitrust* codificadas al Título III. Esta ubicación, presente ya en la Propuesta de Código mercantil, es una novedad sistemática respecto a lo que suele ser habitual en la mayoría de las compilaciones de legislación mercantil y en los manuales universitarios de la asignatura de Derecho mercantil. Esta ordenación del Derecho de la competencia nos parece contraria al orden natural de las cosas. Si entendemos que la competencia económica constituye un principio estructural del sistema económico constitucionalizado (art. 38 CE), el Derecho *antitrust* supone un «*prius*» que persigue mantener y preservar la competencia efectiva en los mercados, en tanto que el Derecho contra la competencia desleal es un «*posterius*»; presupone la existencia de competencia y persigue evitar que los operadores del mercado utilicen su libertad para determinar su comportamiento en el mercado para captar clientes por medios reprobables o contrarios a la buena fe objetiva¹⁹.

2. LA PRETENDIDA ESPECIALIDAD DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO MATERIA MERCANTIL

2.1. El Derecho mercantil como Derecho privado del mercado

El Derecho mercantil en España, antes que una disciplina académica y una categoría del Derecho privado, es una categoría constitucional cuya competencia normativa corresponde en exclusiva al Estado, por cuanto se considera que la unidad del mercado nacional exige la unidad del Derecho privado del mercado. Históricamente, esta función política motivó que el Derecho mercantil fuese codificado bastante antes que el Derecho civil, y que su carácter de Derecho unitario se mantenga frente a la pluralidad de

¹⁸ Vid. el apartado IV.1.1. de la EdM y el Capítulo Primero de esta Ley.

¹⁹ En este sentido también GÓMEZ SEGADÉ, J.A., "Concepto e finalidades do dereito de defensa da competencia: Especial referencia á promoción da competencia en tempos de crise", en VÁZQUEZ PENA, M.J. (Dir.), *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*, Tirant lo Blanc, Valencia 2013, p. 11 a 18.

El Derecho *antitrust* es un *prius* incluso en los mercados que están en régimen de monopolio. La ausencia de competidores no significa ausencia de presión competitiva en el mercado considerado. La conducta del monopolista se debe ajustar a la competencia por méritos, evitando, por ejemplo, detraer de forma injustificada o abusiva el excedente de los clientes o usuarios finales de su producto o servicio. En estos mercados incluso puede ser de aplicación la prohibición de colusión, como sucede cuando varios monopolistas locales o regionales coluden para eliminar la denominada «competencia referencial»; vid. Resolución de la CNC de 30 de julio de 2012, Expte. S/0256/10, Inspecciones periódicas de gas, FD 6º.

Derechos civiles. Pero esta falta de unidad del Derecho civil constituye, actualmente, además un riesgo para la unidad del Derecho mercantil entendido como Derecho privado regulador de toda actividad de orden económico, pues dado que las fronteras entre ambas ramas del Derecho privado son más históricas que científicas, la expansión de los Derechos civiles autonómicos tras la Constitución de 1978 puede y afecta a la unidad del Derecho mercantil, con particular riesgo para determinadas materias mercantiles reguladas en leyes especiales. Esta preocupación por la unidad del Derecho mercantil como instrumento jurídico de garantía de la unidad del mercado nacional, y la absorción o confirmación de la naturaleza mercantil de algunas de esas «materias frontera»²⁰, constituye la motivación política de este movimiento de codificación o recodificación que se observa con nitidez en la EdM de la Propuesta y del Anteproyecto de Código Mercantil²¹:

I-6. Los postulados de la nueva constitución económica en el marco de la economía de mercado, que impone la unidad de éste explican la atribución al Estado de competencia exclusiva en la materia de legislación mercantil [y], aconsejan, [...] la clara delimitación de ésta y la integración normativa reguladora.

I-7. A esos fines, [...] el movimiento codificador, renace actualmente como recurso unificador (un mismo Código para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional), que acota con criterio unitario la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula. El modelo implantado por el Code de commerce francés de 2000, de recodificación sistemática de la legislación especial, en virtud de su inserción en el cuerpo legal, es el que sigue el Código español para integrar la vigente normativa dispersa, sin perjuicio de su revisión para actualizarla y completarla.

I-8. Estas fueron las razones que llevaron en 2006 al Ministro de Justicia a encargar a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil (Orden de 7 de noviembre de 2006).

[...]

I-9. [...] La delimitación de la materia mercantil se hace sobre la sólida base de los postulados que establece nuestra constitución económica, partiendo del que la enmarca en la economía de mercado y de la correlación entre la unidad de éste y la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, entendido como la regulación de Derecho privado propia del mercado. No había obstáculo más nocivo para esa unidad que la diversidad de regulación jurídico-privada de la materia mercantil.

²⁰ Tomamos la expresión de ROJO, A., «El Derecho mercantil y el proceso de unificación del Derecho privado», *RDM*, nº 29º, Enero – Marzo 2014, pp. 127 a 142. En este trabajo, el prof. Rojo argumenta que la falta de unidad del Derecho civil y la explosión expansiva de los Derechos civiles autonómicos tras la Constitución de 1978 motiva el abandono, por completo, de la anhelada unificación del Derecho privado en España, y que el mantenimiento de la unidad del Derecho mercantil –frente a los riesgos que conlleva la diversidad y expansión de los Derechos civiles- necesariamente pasa por la codificación de un Derecho especial del mercado lo más completa posible. En este sentido, apunta que la denominación de Código mercantil y no la de Código de comercio responde a la deliberada vocación de regular la actividad de todos los que operan en el mercado –de los operadores del mercado- y no sólo la actividad de los empresarios o comerciantes en sentido técnico-jurídico (p. 136).

²¹ Transcribimos el texto del Anteproyecto, que es coincidente con los apartados I-6 a I-9 de la EdM de la Propuesta. Esta función política también se observa en el primer precepto del Anteproyecto: “Artículo 001-1. Objeto del Código Mercantil. En el marco constitucional de la economía de mercado, el presente Código contiene las normas mercantiles que regulan el mercado de bienes y servicios en todo el territorio español, el estatuto de las personas jurídicas incluidas en su ámbito y las actividades desarrolladas en el mercado”.

No obstante, la inexistencia en la Unión Europea de un único Derecho mercantil –pese a que el objetivo fundacional era y es la creación de un mercado único o interior comunitario– revelaría que el objetivo de “un mismo Código [mercantil] para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional” es más una motivación política que un imperativo o exigencia económica de la unidad del mercado nacional²². Establecer un mercado único exigía fundamentalmente eliminar las barreras públicas al comercio entre los Estados miembros de la Comunidad y, para ello, el Tratado de Roma estableció (i) la libertad de circulación de bienes, servicios, capitales y personas, y (ii) la instauración de “un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior” (art. 3 del Tratado de Roma), al servicio del «*single market imperative*», auténtica obsesión de las autoridades de la UE que ha condicionado y condicionada²³ la interpretación de las reglas de competencia de la UE²⁴.

En cualquier caso, respondiendo a esa función política que se imputa al Derecho mercantil, de instrumento de garantía de la unidad del mercado (en palabras del prelegislador, “asegurar en el ámbito jurídico privado la unidad de mercado que impone la Constitución”), tanto la Propuesta como el Anteproyecto delimitan la materia mercantil de una forma amplia, tomando como referencia o «concepto básico» el mercado de bienes y servicios, definido como el “ámbito en el que actúan los protagonistas del tráfico, cruzan ofertas y demandas de bienes y servicios, y entablan relaciones jurídico-privadas objeto de regulación”. Una realidad social y económica que le permite afirmar que el Derecho mercantil “vuelve a ser el Derecho de una clase de personas de y de una clase de actividades, como lo fue en su origen”, y al tiempo ampliar las fronteras de la materia mercantil, porque hoy en el mercado –como realidad en constante

²² El prof. OLIVENCIA considera que si la unidad del mercado presupone un espacio de libre circulación y establecimiento de las personas y de libre circulación de bienes (art. 139.2 CE), es decir, un territorio nacional libre de obstáculos, “eso impone la remoción del principal obstáculo a la unidad, a la libertad y a la igualdad, que es la pluralidad de regulaciones jurídicas, con la consecuente diversidad entre ellas”; OLIVENCIA, M., «El título preliminar de la Propuesta de Código Mercantil», *RDM*, núm. 290, Octubre – Diciembre 2013, p. 12.

²³ Prueba de que este imperativo sigue vigencia es el pár. 7 de las Directrices relativas a las restricciones verticales (*DO* 2010/C 130/01), donde la Comisión afirma: “El objetivo del artículo 101 es asegurarse de que las empresas no utilicen acuerdos (...) para restringir la competencia (...). La evaluación de las restricciones verticales también es importante en el contexto del objetivo más amplio de lograr un mercado interior integrado. La integración de los mercados potencia la competencia en la Unión Europea. No se debería permitir que las empresas volviesen a establecer barreras privadas entre Estados miembros ahora que las estatales han sido eliminadas con éxito.”.

²⁴ Por todos, sobre este objetivo político o meta-antitrust del Derecho comunitario de la competencia: WHISH, R. / BAILEY, D., *Competition Law*, 7ª ed., Oxford University Press, 2012. pp. 23 y s. La interpretación extensiva del concepto de “efecto sobre el comercio” entre los Estados miembros de los arts. 101 y 102 del TFUE practicada por la Comisión y el TJ es, sin duda, uno de los efectos de este objetivo; véanse las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (*DO* 2004/C 101/07). Este objetivo político no sólo condiciona la interpretación del Derecho antitrust de la UE sino también la de los Derechos nacionales de competencia por efecto del art. 3 del Reglamento CE 1/2003. En este sentido, el art. 2.3 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones de daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (*DO* L 349/1, de 5.12.2014; Directiva de daños *antitrust*), define el “Derecho nacional de la competencia” como las disposiciones del Derecho nacional que persiguen “predominantemente” el mismo objetivo que los arts. 101 y 102 del TFUE.

transformación social, técnica, económica y política-, operan una pluralidad de «operadores del mercado», definidos como las personas o entes que desarrollen cualquier actividad económica de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado (art. 001-2 del Anteproyecto). Concepto de operador del mercado que sirve para calificar como mercantil toda su actuación relativa a la producción o cambio de bienes y servicios para el mercado. Una ampliación del ámbito de aplicación del Derecho mercantil que responde a la necesidad de respetar el marco constitucional de la economía de mercado en todos los sectores y actividades económicas y no solo en los «tradicionalmente mercantiles» (arts. 38 y 128 CE, siendo la libre competencia la institución nuclear de la economía de mercado²⁵).

Así delimitado el ámbito del Derecho mercantil no puede quedar ninguna duda sobre la naturaleza mercantil de la regulación material de la competencia en el mercado, tanto la relativa a la lealtad en la lucha competitiva como la que tutela la existencia de una competencia efectiva en los mercados (apartados I-22 y IV-1 de la EdM de la Propuesta y del Anteproyecto). Por ello la Propuesta de Código mercantil de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación codificaba “las normas materiales de defensa de la competencia” (apartado IV-3 de la EdM), así como algunas normas de Derecho administrativo -particularmente, las relativas a las facultades de la AdC en materia de control de concentraciones y de ayudas públicas a empresas-, “por exigencias de la coordinación con las normas que regulan la materia en su conjunto” (apartado I-27 de la EdM), y transformaba la LDC en una Ley puramente administrativa, reguladora de la AdC y de los procedimientos de defensa de la competencia (Disposición derogatoria única 3ª. 11º de la Propuesta).

En concreto, la Propuesta codificaba los tres ilícitos *antitrust* de la LDC: la prohibición de las prácticas colusorias (arts. 331-1 a 331-6²⁶), la prohibición de las prácticas de abuso de posición de dominio (arts. 331-7 a 331-8²⁷), y la prohibición de los actos de competencia desleal idóneos para afectar a la competencia efectiva en el

²⁵ En este sentido, sobre el imperativo constitucional y las consecuencias de tomar como marco de referencia para la delimitación de la materia mercantil en el concepto de mercado: OLIVENCIA, M., *op. cit.*, pp. 11 a 25.

²⁶ Los arts. 331-1 a 331-3 reproducían, con ligeras modificaciones, el texto del art. 1.1 y 3 de la LDC (y 101.1 y 3 del TFUE). La modificación más relevante era la desaparición de la declaración de nulidad de las conductas colusorias prohibidas, contenida en el art. 1.2 de la LDC y en el art. 101.2 del TFUE, pero inexistente en otras legislaciones *antitrust* de los Estados miembros de la UE, y que resulta directamente del art. 6.3 del Código civil. En sentido opuesto, el art. 331-1 mantenía la controvertida categoría de las “conductas conscientemente paralelas”, inexistente en el Derecho de la competencia de la UE. El art. 331-4 regulaba las exenciones por categorías previstas en el art. 1.4 y 5 de la LDC, así como las exenciones legales del art. 4 de la LDC. El art. 331-5 tenía por objeto la regulación de las conductas de menor importancia, con notables diferencias con la regulación actualmente existente en el art. 5 de la LDC; la principal, que esta modalidad de exención sólo sería de aplicación a las conductas colusorias. Y el art. 331-6 regulaba las actualmente denominadas declaraciones de inaplicabilidad del art. 6 de la LDC, que no ha tenido aplicación desde su entrada en vigor.

²⁷ Al igual que hacían los arts. 331-1 y 331-2 para las conductas colusorias en relación con el art. 1 de la LDC, el Anteproyecto escindía en estos dos preceptos el actual contenido del art. 2 de la LDC; el art. 331-7 acogía la cláusula general prohibitiva de los abusos de posición de dominio, y el art. 331-8 la lista abierta de supuestos de explotación abusiva de la posición dominante en el mercado. Probablemente se buscaran preceptos de contenido relativamente breve para ganar en claridad y seguridad jurídica, pero esta opción desalineaba el Derecho interno respecto del Derecho de la UE, lo que en nuestra opinión se debe evitar en lo posible.

mercado (art. 342-2.2). Así como también codificaba la regulación, fundamentalmente material, de las operaciones de concentración económica que pueden obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado²⁸, y las actuales facultades de la AdC relativas al control de las ayudas públicas a empresas que puedan restringir la competencia²⁹.

2.2. Causas de la no regulación de la materia defensa de la competencia en el Anteproyecto

¿Por qué el Anteproyecto expulsa del Código la «regulación mercantil» de la defensa de la competencia, y la sustituye por la declaración de prohibición de las conductas colusorias y de abuso de posición de dominio en los términos establecidos en la LDC?. No se alcanza a comprender la razón de este *apartheid*, que resulta inconsistente: (i) con el concepto de Derecho mercantil entendido como el Derecho privado que establece las reglas de actuación de todos los operadores económicos en el mercado, (ii) con la afirmación de que el Anteproyecto se inspira en el *Code de commerce* francés³⁰, y (iii) con el objetivo político de la Codificación de garantizar la unidad del mercado nacional.

No existe en el Anteproyecto más explicación que lo afirmado en el apartado I-31 de la EdM: “El Código regula de una manera absolutamente predominante el Derecho privado aplicable para los sujetos y las operaciones relacionadas con el mercado, aunque en materias concretas tales como la defensa de la competencia o las operaciones en el mercado de valores, se ha considerado suficiente incluir algunas normas básicas, remitiendo la regulación completa de esas cuestiones al ámbito legislativo en el que ya figuran...”. A ello se añade en el apartado IV-6 de la EdM: “El Título III recoge unas normas mínimas que enlazan con la legislación vigente en materia de defensa de la competencia, insistiendo en la prohibición de tales conductas, en especial en lo que se refiere a las prácticas colusorias y las conductas de abuso de posición [de dominio en el] mercado”, con el objeto de “pone[r] de manifiesto su trascendencia en las relaciones jurídico privadas” (apartado IV-3 de la EdM).

Tampoco se explicita por qué se ha considerado suficiente limitar la codificación a los dos ilícitos *antitrust*, remitiendo su interpretación a lo que establece la LDC. Ni por qué se prescinde de la regulación sustantiva del control de las concentraciones empresariales, cuando se trata de una actividad típicamente mercantil, realizada por operadores económicos en el mercado. Es cierto que la Propuesta hacía alguna referencia ocasional a las facultades de la AdC en materia de control de

²⁸ En esta materia los arts. 332-1 a 331-14 y 332-18 de la Propuesta reproducía, con modificaciones de técnica legislativa, el texto de los arts. 7 a 10 que integran el Capítulo II de la LDC, que era objeto de derogación. Incluía así mismo en el art. 332-15 el texto del art. 57.4 de la LDC, una norma claramente administrativa, que dispone cuál es el contenido de la Resolución de la AdC que pone fin al procedimiento administrativo de autorización de una operación de concentración notificada.

²⁹ El art. 333-1 de la Propuesta recogida, en esencia, el contenido de los números 1 y 2 del art. 11 de la LDC.

³⁰ Ciertamente que el Código de Comercio francés no solo codifica las normas sustantivas o mercantiles relativas a la defensa de la competencia, sino también la regulación de la naturaleza, funciones y poderes de la AdC, así como los procedimientos en esta materia: arts. L-420, L-430, L-450, L-461 a L-464 y L-470.

concentraciones, pero este hecho no puede ser justificación suficiente para no regular esta materia en un Código mercantil. Por el contrario, sí era objetable la codificación que hacía la Propuesta de algunas de las normas que contiene la LDC relativas al control de las ayudas públicas a empresas, por cuanto, en lo fundamental, se codificaban las facultades de la AdC relativas al control de la actividad de la Administración Pública de concesión de ayudas públicas a empresas susceptible afectar al mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado. Es decir, se codificaban normas que tienen como destinatario a las Administraciones o entes públicos en ejercicio de sus potestades públicas, y no en tanto que operador del mercado.

En la búsqueda de una respuesta a esta exclusión, en primer lugar, hay que descartar que la razón radique en la naturaleza pública o administrativa de la materia defensa de la competencia, como parece derivarse de la jurisprudencia constitucional. En efecto, para el TC el título competencial del Estado en la materia defensa de la competencia no es la legislación mercantil (art. 149.1.6 CE), sino las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), por cuanto si la defensa de la competencia constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, estamos ante un "elemento definitorio del mercado" directamente relacionado con la exigencia de que exista un mercado único nacional que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional ex art. 149.1.13 CE (STC 280/1999). Y, por otra parte, en la STC 37/1981 el TC ha definido el Derecho mercantil como "el Derecho privado de la actividad económica desarrollada por los empresarios [mercantiles]"³¹.

No obstante, como ya se ha apuntado, el concepto de Derecho mercantil es una categoría histórica en constante expansión en su ámbito material de vigencia, que no puede ser objeto de una visión estática sino dinámica. En este sentido, la progresiva liberalización de los mercados ha supuesto una menor intervención regulatoria por parte del poder ejecutivo, y un paralelo refuerzo de la política y del Derecho de la competencia por parte de autoridades de regulación y supervisión independientes, pues históricamente se ha comprobado que no basta con reconocer la libertad de empresa y de pacto para que los mercados en competencia produzcan las eficiencias que la teoría económica dominante le atribuye. La libre competencia se ha convertido, pues, en un principio constitucional de aplicación general y horizontal a todas las actividades económicas y a todos los operadores económicos, razón por la cual el diferente carácter estructural de las normas *antitrust* no puede ser razón para su exclusión de un Derecho mercantil que ya no es –no puede ser– el Derecho privado especial del comercio, sino el

³¹ A este respecto, el prof. ROJO, A., *op. cit.*, p. 136, sostiene que el concepto constitucional de legislación mercantil no obliga a una interpretación rígida del contenido del Derecho mercantil. En este mismo sentido, el prof. OLIVENCIA (*op. cit.*, p. 18) afirma que al TC "compete salvaguardar la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, pero no definirla, ni formularla ni adherirse a ninguna posición doctrinal. Su función es la de pronunciarse sobre contenidos concretos respecto de los cuales se suscite una cuestión de calificación, de si se trata o no de materia mercantil sujeta a la competencia exclusiva del Derecho privado estatal. Por ello, la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981, de 16 de noviembre, no enuncia un criterio general delimitador de la materia mercantil, sino un criterio específico de inclusión dentro de ésta de unas concretas relaciones jurídico-privadas...".

Derecho especial regulador de las relaciones jurídico-privadas desarrolladas en el mercado por los operadores económicos³².

En todo caso, los proponentes del Anteproyecto no dudan de la naturaleza mercantil de la regulación material de la defensa de la competencia –no solo de los ilícitos *antitrust* codificados, también de determinadas normas relativas al control de concentraciones-, pues así resulta de diversos pasajes de la EdM ya citados, de los principios generales en materia de competencia, y de la regulación de las normas procesales comunes a los actos de competencia desleal y a las prácticas restrictivas de la competencia.

Se ha apuntado que la contracción de la codificación de la regulación de la normativa *antitrust* en el Anteproyecto obedecería al “entendimiento de que el Código no debe acoger la regulación de aspectos administrativos y de cuestiones cuya represión se desenvuelve en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador y de la salvaguardia judicial del orden-contencioso-administrativo”³³. Coincidimos en los argumentos por los que ambas razones son rechazables. De una parte, el uso cláusulas generales y de normas imperativas son técnicas jurídicas propias pero no exclusivas del Derecho público económico, que no pueden poner en duda la mercantilidad del Derecho *antitrust* como así sucede con el Derecho contra la competencia desleal, por cuanto la naturaleza mercantil radica en que son normas que regulan conductas de los operadores económicos, públicos o privados, en los mercados en régimen de competencia, cuya unidad es indispensable para la unidad del mercado. Por otro lado, la aplicación del Derecho *antitrust* por un organismo administrativo tampoco puede ser razón para su ausencia en un Código mercantil, como, por ejemplo, no lo es para que la ordenación jurídica del Registro Mercantil esté en el Código de comercio. Además, si esta fuese la causa, el Anteproyecto no debería contener ninguna norma de Derecho *antitrust*, ni sustantiva ni procesal.

También se ha argumentado que la Propuesta de Código en esta materia constituía una extralimitación del propio encargo realizado por el Ministerio, limitado a la codificación de la regulación que afecta “a las relaciones jurídico-privadas vinculadas a las exigencias de la unidad de mercado”³⁴, cuando que la normativa *antitrust* es una materia de naturaleza jurídico-pública que, a diferencia del Derecho contra la competencia desleal, no protege prioritariamente los intereses privados de los competidores sino el interés público en el propio proceso competitivo³⁵.

³² GONDRA, J. M^a. «La deconstrucción del concepto de Derecho mercantil en aras de la unidad de mercado», *RDM*, núm. 290, Octubre – Diciembre 2013, pese a reconocer que para el TC el Derecho *antitrust* no entraría dentro del concepto de Derecho mercantil (p. 43), y a que usa técnicas jurídicas coactivas del Derecho público, considera que la conexión teleológica de este sector del Derecho de la competencia con el Derecho privado mercantil es tan clara que su incorporación al contenido del Código mercantil es consecuente con el sistema interno del Derecho mercantil como Derecho especial *ratione materia* (p. 37).

³³ MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 32.

³⁴ La Orden Ministerial de 7 de noviembre de 2006 (reproducida en el texto publicado de la Propuesta de Código mercantil) dispone que el nuevo Código “integrará y delimitará la legislación mercantil existente, y se modernizará y completará, en la medida en que se estime oportuno, la regulación vigente que afecta a las relaciones jurídico-privadas vinculadas a las exigencias de la unidad de mercado”.

³⁵ BROKELMANN, H., *op. cit.*, pp. 19 a 31. Por ello el autor, no solo considera un acierto la eliminación en el Anteproyecto de los preceptos de la Propuesta en los que se regulaba el control de concentraciones,

Coincidimos con este autor en que la protección de los intereses de los competidores y consumidores por el Derecho *antitrust* solo es indirecta, en la medida en que la conducta de restrictiva es apta para afectar al normal desarrollo del proceso competitivo. Pero este hecho no afecta a la naturaleza jurídico-privada de las normas de defensa de la competencia, asentada en el hecho de que impone reglas de conducta o límites (en defensa del sistema de economía de mercado) al comportamiento concurrencial de particulares y entes públicos que actúan como operadores económicos. Es decir, la naturaleza mercantil de las normas *antitrust* radica en que regulan la actividad competitiva de los operadores del mercado y no en la naturaleza pública (de orden público económico) del interés prioritariamente tutelado³⁶.

La necesidad de una tutela eficaz y efectiva de este interés público y la relativa complejidad técnica de la materia justifica, en términos constitucionales, la intervención del poder ejecutivo –a través de Autoridades administrativas especializadas e independientes- en las relaciones jurídico-privadas de mercado; en “los actos de competencia en el mercado” en la terminología del art. 001-3-1.c) del Anteproyecto³⁷. Pero existen otras materia evidentemente mercantiles, como el Derecho Industrial o, en particular, el Derecho de patentes, que presentan similar complejidad técnica y un claro interés público en la regulación que motiva la presencia de organismos públicos en procedimiento de concesión del derecho de exclusiva. En realidad, preponderancia de la aplicación pública del Derecho *antitrust* en Europa responde a razones históricas antes que a la naturaleza pública del interés prioritariamente protegido. En este lado del Atlántico, el Derecho de defensa de la competencia adquiere entidad cuando los Estados que surgen de la II Guerra Mundial dejan de intervenir en la economía, y las Instituciones comunitarias utilizan las reglas de competencia del Tratado como instrumento de conformación de un mercado interior único. A medida que los Gobiernos dejan de intervenir directamente en los mercados (fijando precios, principalmente³⁸) y en su lugar se encomienda a organismos públicos independientes y especializados la tutela de la economía de mercado atribuyéndole facultades para perseguir y sancionar las conductas de los operadores económicos que puedan afectar al

ya que a su juicio “nada tiene que ver con relaciones jurídico-privadas”, sino que sugiere, por distintos motivos, la eliminación de toda referencia al Derecho de defensa de la competencia en el futuro Código Mercantil, a la vista de la constatada “incompatibilidad conceptual y sistemática entre las normas de la competencia y de la competencia desleal”, y de la “fuerza armonizadora de facto del artículo 3 del Reglamento 1/2003” (pp. 29 y 31).

³⁶ Por otra parte, parece oportuno recordar que el vigente Derecho contra la competencia desleal no tiene por objeto proteger prioritariamente los intereses particulares de los competidores en conflicto (como así afirma BROKELMANN, H., *op. cit.*, p. 25), sino que el objeto directo de protección es la institución de la competencia económica (punto III.1 de la LCD), que se protege en beneficio de los intereses privados de los empresarios en conflicto, pero también de los intereses colectivos del consumo y del interés público, como se puede apreciar en materia de legitimación activa (art. 33.4 y 4 de la LCD).

³⁷ OLIVENCIA, M., *op. cit.*, p. 22, considera que la inclusión en la letra c) del art. 001-4 de los actos de competencia en el mercado “se debe más a la finalidad de someterlos a las normas del Código mercantil que a la de calificar como mercantiles actos ilícitos, aunque ciertamente se produzcan en el mercado”.

³⁸ Pero también intervienen en la vida económica reservándose la facultad de autorizar determinadas operaciones de concentración (art. 10.4 LDC), o en el pasado reservándose la capacidad de imponer sanciones por las prácticas restrictivas declaradas por la AdC, como sucedía en España bajo la Ley de 1963 y en Francia durante la vigencia de la Ordenanza de 1945: Vid., MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et européen*, 6e ed., Dalloz, París, 2014, p. 4.

normal desarrollo del proceso competitivo en los mercados. Desde esta perspectiva, las normas de Derecho *antitrust* que imponen límites a la conducta de los operadores económicos es un forma de intervención *light* del Estado en las relaciones privadas de mercado, pero no por ello deja de ser legislación materialmente mercantil.

3. LOS PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE COMPETENCIA

Se podría plantear la necesidad y oportunidad de estos principios³⁹, pero realizar un análisis exhaustivo del Título I del Libro Tercero del Anteproyecto excede con mucho el objeto de esta colaboración, limitada a destacar, desde la óptica del Derecho *antitrust*, las implicaciones que podrían tener estas normas de adquirir vigencia. Preceptos que, en realidad, no establecen principios generales o comunes a los dos sectores del Derecho General de la competencia, sino los intereses protegidos y su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación.

El art. 310-1 del Anteproyecto identifica los intereses de los “consumidores y usuarios” como intereses protegidos y, además, fija como objetivo común de las normas *antitrust* y de competencia desleal: “garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos...”. Por tanto, la institución de la competencia económica, como clave de bóveda del sistema de economía de mercado, se mantiene como el bien jurídico prioritariamente protegido por las normas de competencia, como así ya resulta tanto de la LDC como del art. 1 y del punto III de la EdM de la LCD. Pero la fórmula elegida, que parece pretender conectar los objetivos marcados actualmente por la LCD y la LDC, resulta un tanto confusa y equívoca⁴⁰.

El art. 1 de la LCD (y el art. 310-1 de la Propuesta), fija como objeto de protección “la competencia” (que el Anteproyecto adjetiva como “efectiva”, haciendo un guiño a la LDC), y a tal fin prohíbe los actos de competencia desleal y, añadía el art. 310-1 de la Propuesta, las prácticas restrictivas de la competencia. No obstante, si la deslealtad radica en la falta de adecuación del acto de competencia con un parámetro de corrección o lealtad competitiva (la buena fe objetiva), la ilicitud Derecho *antitrust* bascula sobre la aptitud de la conducta para generar efectos restrictivos –apreciables– sobre el proceso competitivo, sobre la competencia efectiva. Esta distinta intensidad en la protección del mismo bien jurídico es la que dificulta verbalizar el objetivo común a los dos tipos de normativa sobre competencia.

En lo que hace a los intereses protegidos, el Anteproyecto también se separa del art. 1 de la LCD y del art. 310-1 de la Propuesta, que consideran como intereses protegidos los de “todos los que participan en el mercado”, incluido el interés público en el mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado (punto II de la

³⁹ BROKELMANN, H., *op. cit.*, pp. 25, 27 y 28 manifiesta una opinión contraria.

⁴⁰ La referencia a la “transparencia” como objeto de protección de las normas *antitrust* es delicada, pues una excesiva transparencia en el comportamiento competitivo facilita la colusión anticompetitiva, de forma particular en mercados con pocos operadores y productos homogéneos. En este sentido, MASSAGUER, J., *op. cit.*, pp. 16 y s.

EdM de la LCD). Aquí el cambio tiene mayor importancia, y no se alcanza a comprender la razón que lo motiva⁴¹. Desde la óptica del Derecho *antitrust*, condicionar la aplicación de los ilícitos anticompetitivos a la existencia de un daño a los intereses – ¿económicos?, ¿concurrenciales? – de los consumidores y usuarios parecería que es contrario a la LDC, que en diversos preceptos y en la EdM señalan el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados de bienes y servicios como interés público protegido. Además, esta reducción también chocaría con la jurisprudencia del TJUE, que identifica la competencia en tanto tal o el proceso competitivo como interés protegido⁴².

El art. 310-2 del Anteproyecto fija el ámbito objetivo de las normas de competencia tomando el texto del art. 2 de la LCD. Este precepto del Anteproyecto tiene que ser interpretado conjuntamente con el art. 001-3 del Título Preliminar del Anteproyecto, específicamente con la letra c) del núm. 1, donde se atribuye naturaleza mercantil a “los actos de competencia en el mercado”. Un concepto nuevo que se introduce con el objeto de que el Código acoja a la normativa de competencia⁴³ y que, pese a que el Anteproyecto no lo define, no debería plantear mayores problemas interpretativos en el ámbito del Derecho *antitrust*, habida cuenta de la amplia interpretación que tanto el TJUE como las AdC y tribunales nacionales hacen del concepto de “actividad económica”⁴⁴.

⁴¹ MASSAGUER, J., *op. cit.*, pp. 17 y s., califica esta reducción de injustificada, tanto en atención a los arts. 9.2 y 38 de la CE, como a la vista de la regulación material de las normas de competencia contenida en el Anteproyecto “que exigen y expresan la consideración conjunta, ponderada y armónica de los tres intereses que concurren en el mercado: interés público, interés de los consumidores y usuarios e interés de los operadores económicos”. Y añade que este planteamiento reduccionista plantea serias dudas conformidad con las exigencias de determinada normativa comunitaria en materia de competencia desleal. En relación con el Derecho *antitrust*, también en sentido crítico, BROKEMANN, H, *op. cit.*, pp. 22, 26 y 27.

⁴² Doctrina jurisprudencial que es vinculante para la AdC y los tribunales nacionales cuando se aplican paralelamente los arts 1 o 2 de la LDC y los arts. 101 o 102 del TFUE. Entre otras, en la STJUE de 6 de octubre de 2009, Ass. C/501, 513, 515 y 516/06 P, *GlaxoSmithKline*, relativa al carácter restrictivo de los acuerdos celebrados por Glaxo Wellcome con mayoristas farmacéuticos españoles, en los que se establecía un precio para los medicamentos destinados a la comercialización en el territorio español y un precio mayor para los medicamentos que se exportasen a otros Estados miembros, frente a la opinión del Tribunal General que condicionó la calificación como restrictivo del acuerdo a que prive, efectivamente, a los consumidores de las ventajas de una competencia efectiva, el TJ rechaza que las normas de competencia del Tratado estén sólo dirigidas a proteger los intereses directos de los consumidores (o de los competidores), sino el proceso competitivo en sí. Más recientemente, STJUE de 7 de febrero de 2013, C-68/12, *Slovenská sporiteľ'ňa*. En la doctrina, sobre los intereses protegidos y los fines de las normas de competencia del TFUE: WHISH, R. / BAILEY, D., *op. cit.*, pp. 19 a 24.

⁴³ OLIVENCIA, M., *op. cit.*, p. 23, afirma que esta es la finalidad de la letra c), y no la de “calificar como mercantiles actos ilícitos, aunque ciertamente se produzcan en el mercado”.

⁴⁴ Cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado constituye una actividad económica. Sobre este concepto, entre las más recientes con cita de los precedentes y respecto de la actividad de un organismo público, vid., la STJUE de 12 de julio de 2012, C-138/11, *Compass-Datenbank*, apartados 34-49. No compartimos, pues, la afirmación de la CNMC (*op. cit.*, punto III.1.1.3) de que este precepto del Anteproyecto vincule el ámbito objetivo de aplicación del Derecho *antitrust* a la existencia de una relación comercial. Por tanto hacemos nuestra la opinión de MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 19, en el sentido de que viniendo este texto de la LCD, “no es dudoso que comprende sin fisuras las prácticas restrictivas de la competencia (...) que sin duda y por naturaleza se realizan en el mercado y son objetivamente adecuadas para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de terceros.

Por último, el art. 310-3 del Anteproyecto establece el ámbito subjetivo de las normas de competencia, reproduciendo en su núm. 1 el texto del art. 3.2 de la LCD, y añadiendo en su núm. 2 que “*Las normas sobre competencia serán de aplicación a los operadores del mercado y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado.*”. El concepto de operador del mercado resulta del texto del art. 001-2 del Título Preliminar del Anteproyecto, y se puede considerar tan amplio como el concepto de operador económico propio del Derecho *antitrust* (punto I-27 de la EdM del Anteproyecto)⁴⁵. Incluso se puede considerar que el art. 310-3 del Anteproyecto, al referirse a las personas que participen en el mercado sin ser operador del mercado, está estableciendo de forma expresa que el Derecho de la competencia también se aplica a quienes, sin desarrollar una actividad económica en el caso en concreto, con su conducta inciden o restringen las condiciones en que se desarrolla el proceso competitivo en el mercado. Dentro de esta noción de “participante en el mercado” entrarían las Asociaciones de operadores económicos cuando adoptan decisiones o recomendaciones colectivas prohibidas, y también la Administración o cualquiera otra persona que, sin poder ser calificada como operador económico en relación con la conducta analizada, promueve, fomenta o ampara la conducta restrictiva de la competencia de otro u otros⁴⁶.

4. ACCIONES DERIVADAS DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

En los arts. 341-1 a 341-4 (Capítulo II del Título IV), el Anteproyecto extiende, con algunas alteraciones de carácter técnico, la actual regulación material de los medios de represión contra los actos de competencia desleal (arts. 32 a 35 de la LCD) a las prácticas restrictivas de la competencia, lo que, a juicio de la doctrina, sería una novedad absolutamente necesaria⁴⁷.

Desde una perspectiva *antitrust*, en materia de acciones ejercitables, parece relevante destacar que el art. 341-1 omite toda referencia a la publicidad de la sentencia estimatoria, que el actual art. 32.2 de la LCD regula a modo de tutela complementaria o

⁴⁵ La CNMC (*op. cit.*, punto III.1.1), es de otra opinión, pues considera que el ámbito subjetivo del art. 301-3 del Anteproyecto no resulta coincidente con el concepto de operador económico del Derecho de la competencia, “tanto por exceso como por defecto”, por lo que recomienda su sustitución por éste último.

⁴⁶ Creemos que es de esta opinión MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 20, cuando afirma que esta referencia debe servir para asegurar que las normas de competencia se siguen aplicando a las administraciones públicas cuando se procuran bienes y servicios, a las asociaciones empresariales y profesionales o a los sindicatos y a los llamados responsables de los códigos de conducta. La CNC consideró aplicable el art. 1 de la LDC a la Administración por una conducta de fomento de un cártel en las Resoluciones de 6 de octubre de 2011 (Expte. S/0167/09, Productores de Uva y Vinos de Jerez) y de 27 de septiembre de 2013 (Expte. S/0314/10, Puertos de Valencia). La SAN de 16 de julio de 2013 (Roj: SAN 3472/2013; pendiente de casación) anuló la primera Resolución en relación con la imputación de la Administración. Para un comentario crítico a la Resolución de la CNC: MARCOS, F., «El ámbito de aplicación subjetivo de la LDC y la condena de la Junta de Andalucía en el cartel de la uva y del mosto de Jerez: Comentario a la RCNC de 6 de octubre de 2011, Exp. S/0167/09», *Rcd* núm. 11, 2012, pp. 253 a 276.

⁴⁷ MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 34, la actual ausencia de regulación de las acciones derivadas de ilícitos *antitrust* no está salvada ni por la disposición adicional segunda de la LDC, ni por el recurso a la violación de normas desleal.

accesoria de la acción declarativa, de remoción, de rectificación y de rectificación. Una previsión legal que ha sido calificada por la doctrina como no estrictamente necesaria o, incluso, ociosa y hasta perturbadora, por cuanto, según el caso, puede ser la mejor medida de indemnización de determinados daños no cuantificables, o la forma de tutela adecuada para la remoción o rectificación de los efectos persistentes producidos por el ilícito, pero que al contemplarse como una modalidad de tutela autónoma facilita su adopción al no exigir al actor argumentar que es un instrumento idóneo para la tutela solicitada⁴⁸. A este respecto, es de reseñar que, en el ámbito de la aplicación pública, la AN ha resuelto que la AdC no puede imponer al infractor la publicación de la resolución sancionadora, pese a que la LDC prevé como contenido posible de la resolución la orden de remoción de los efectos producidos por la práctica prohibida (art. 53.2.c) de la LDC), bajo el argumento de que, a diferencia de la Ley 16/1989, la vigente LDC no prevé expresamente esta medida⁴⁹.

En lo que se refiere a la legitimación activa (art. 341-2), la CNMC es de la opinión que la letra c) del ordinal 2 de dicho precepto puede generar dudas sobre si estaría legitimada para ejercitar la acción en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios en un orden concurrencial eficiente. Y afirma que de estar legitimada, este instrumento no puede ir en menoscabo de su actual capacidad para intervenir como *amicus curiae* (art. 16 de la LDC y 15 bis de la LEC). Además, considera que la legitimación activa a entidades administrativas de consumo y al Ministerio Fiscal para entablar acciones por conductas restrictivas de la competencia puede generar riesgos indeseables de redundancia y descoordinación con la aplicación pública⁵⁰. En nuestra opinión, las AdC (nacional y autonómicas) no se pueden considerar incluidas en el ámbito subjetivo del art. 341-2 en una interpretación literal, sistemática y teleológica del precepto. Por otra parte, el apuntado riesgo de descoordinación entre la aplicación pública y privada del Derecho *antitrust* no parece mayor que el existente cuando se ejercitan acciones de grupo por asociaciones profesionales o se entablan acciones individuales.

En materia de legitimación pasiva, dos cuestiones destacan en del texto del art. 341-3 en el ámbito del Derecho *antitrust*. Por una parte, como ya prevé el art. 34.1 de la LCD, el precepto proyectado permite dirigir la acción contra el autor material de la conducta infractora, y también frente a quien la haya ordenado, previsión está última que permitiría demandar también a la matriz que controla a la filial participante en la conducta restrictiva de la competencia. Por otro lado, a diferencia del art. 34.1 de la LCD, el art. 341-3 especifica cuándo es posible dirigir la acción de represión frente a quien haya cooperado en la infracción “por medio de la realización de una conducta

⁴⁸ En este sentido, HERRERA PETRUS, C., en TATO PLAZA, A. / FDEZ. CARBALLO CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., *op. cit.*, pp. 401 – 409. También MASSAGUER, J., *op. cit.*, p. 34.

⁴⁹ SAN de 15 de octubre de 2012 (Roj: SAN 4315/2012) y SAN de 28 de mayo de 2014 (Roj: SAN 2511/2014). No compartimos esta doctrina jurisprudencial. La publicidad de la resoluciones que ordenaba el derogado art. 27 de la LDC y hace el art. 23 del RDC constituye una modalidad de cumplimiento del deber de transparencia al que están sujetas las Administraciones, incluía la AdC, pero esta forma de publicidad puede no ser adecuada para remover o revertir los efectos anticompetitivos y contrarios al interés público que puedan haberse producido. En este sentido, la CNMC, *op. cit.*, punto III.3.3, recomienda su recuperación.

⁵⁰ CNMC, *op. cit.*, punto III.2.3.

específicamente encaminada a posibilitar la realización de la conducta ilícita”. Una previsión que, en el ámbito *antitrust*, se podría utilizar frente a quién haya actuado como «facilitador» del cártel o de la conducta anticompetitiva, y quizá también frente a los directivos o representantes legales de la persona jurídica infractora que hayan tenido un papel especialmente activo y relevante en la infracción, y en sintonía con lo previsto en el ámbito administrativo en el art. 63.2 de la LDC⁵¹.

Por último, en materia de prescripción y con algunas modificaciones técnicas, el art. 341-4 extiende al ámbito de las prácticas restrictivas de la competencia el doble régimen de prescripción del art. 35 de la LCD. No obstante, este régimen jurídico resulta incompatible con el previsto en la «Directiva de daños por infracciones *antitrust*», que obliga a los Estados miembros a establecer un plazo de prescripción de, al menos, cinco años, y unas reglas de determinación del *dies a quo* que no coinciden con las señaladas, como tampoco con la regla que rige la interrupción con carácter general en el Código Civil⁵². Estas reglas de la Directiva⁵³, y otras de importante trascendencia para nuestro Derecho general de daños, sólo son de aplicación a las acciones de indemnización basadas en una infracción que afecte a los intercambios comerciales intracomunitarios en el sentido de los arts. 101 o 102 del TFUE, pero no tendría sentido que no fuesen de aplicación también a los ilícitos cuyos efectos se limitan a territorio nacional, como tampoco que no se hagan extensivas a las demás acciones ejercitables. Y, llegado el momento de la trasposición, el legislador tendrá que decidir si extiende el régimen que impone la Directiva a las acciones por actos de competencia desleal, que sería lo razonable en nuestra opinión.

⁵¹ Este precepto permite imponer a estos sujetos multas de hasta 60.000 €. Vid., Resolución de la CNC de 26 de septiembre de 2012 (Expte. S/0335/11, CEOE), anulada por SAN de 11 de diciembre de 2013 (Roj: SAN 5457/2013). En la doctrina, para actos de competencia desleal realizados por la Administración pública: HERRERA PETRUS, c., *op. cit.*, p. 465.

⁵² Art. 10 de la Directiva. El plazo de transposición concluye el 27 de diciembre de 2016.

⁵³ En cierta forma anticipadas por el Tribunal Supremo en las STS de 4 (Roj: STS 4739/2013) y 7 de septiembre de 2013 (Roj: STS 5819/2013). Para una anotación a la primera STS, vid. COSTAS COMESAÑA, J., «Prescripción de la acción de responsabilidad por daños derivados de una infracción *antitrust*», 34 *ADI* (2013-2014), pp. 634 a 637), y comentando la segunda STS citada: ROBLES MARTÍN LABORDA, A., «Las reclamaciones de daños y perjuicios causadas por infracciones de Derecho de la competencia», 34 *ADI* (2013-2014), pp. 519 a 534), y MARCOS, F., «Compensación por daños provocados por el cártel del azúcar», *Anuario de la Competencia 2014*, Fundación ICO, pp. 185 a 200.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE INTERPRETACIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL EN EL NUEVO CÓDIGO MERCANTIL

JUAN P. GARBAYO BLANCH*

Resumen

El Libro III del nuevo Código Mercantil, “Del Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial”, encierra tres disciplinas mercantiles que son, en la práctica, parte de los pilares principales de la empresa. A saber: el derecho de la competencia; la competencia desleal y los activos de propiedad industrial. Tales activos inmateriales –la propiedad industrial- cierran el presente Libro III a través de su Título VI que, rubricado “De la propiedad industrial” ocupa, bajo el sistema de Código Europeo, del artículo 360-1 a 360-13. Los principios generales de interpretación relativos a la propiedad industrial, se consagran en el artículo 360-12 el cual se desarrolla en cuatro apartados que constituyen el objeto del presente estudio.

Contenido

1. Introducción. – 2. La realidad económica, la realidad política y la propiedad industrial. – 3. La mala fe como objetivo delimitador interpretativo. – 4. La función de las diversas modalidades de la propiedad industrial. – 5. La comparación entre marcas como pilar ante una eventual infracción. – 6. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Durante la vigencia de más de ciento treinta años del Código de 1885, han sido promulgadas, principalmente, a partir de 1980, multitud de normas especiales que, por la dinámica de nuestro Derecho Mercantil¹, eran precisas.

Tal nueva normativa en los últimos tiempos ha dado lugar, sin género de dudas, a un nuevo derecho mercantil caracterizado por la institucionalización de un mercado de libre competencia, por la incidencia tecnológica y de los bienes intangibles y la internacionalización del mercado².

Sin embargo, tal promulgación se viene produciendo sin reparo -a veces en exceso por razones de políticas aceleradas³- de una parte, para la adecuación de la normativa e instituciones existentes a la realidad económica y social y, por ende,

* JUAN P. GARBAYO BLANCH. Prof. Asociado de D^a Mercantil. Universidad Carlos III. Director General Novit Legal. Madrid.

¹ BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, A., *Apuntes de derecho mercantil*, Aranzadi. Pamplona. 2001, p. 46 y ss. Vid. el apartado i.5 de la exposición de motivos del proyecto de nuevo Código Mercantil.

² BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, A., *Apuntes de derecho ...*, op. cit. p. 50.

³ OLIVENCIA, M. “*Conferencia en la Jornada de Derecho Concursal*”. Canarias. 2012.

operando a través de incontables reformas; de otra, mediante la promulgación de normas que innovan sobre determinadas instituciones que carecían, hasta la fecha, de regulación.

Así aconteció en materia de la Propiedad Industrial cuya primera norma con mayúsculas –la Ley de 16 de mayo de 1902- se promulgó bajo el reinado de Alfonso XIII, recopilando todas sus modalidades⁴.

El mismo sistema se acogió en el Estatuto de la Propiedad Industrial (EPI) de 1929, segunda norma promulgada, hasta la Ley de Patentes de Invención de 1986 la cual acoge a dos modalidades en el seno de la propiedad industrial: la patente de invención y el modelo de utilidad. Deja, sin embargo, bajo la vigencia del EPI los signos distintivos, los dibujos y los modelos Industriales cuya vigencia se sucede hasta la promulgación de la Ley de Marcas 32/1988, de 10 de noviembre y la Ley Protección Jurídica del Diseño Industrial 20/2003 de 7 de julio.

En punto a los signos distintivos –marcas, nombres comerciales y rótulos de establecimiento- su regulación consagrada en la Ley de Marcas 32/1988, de 10 de noviembre se vio superada por la actual y vigente Ley 17/2001, de 7 de diciembre que deroga su anterior. Ahora tan solo regula la marca y el nombre comercial toda vez que se suprime la modalidad del rótulo de establecimiento el cual se somete, en aras a su protección, al Derecho de la Competencia Desleal⁵.

Con todo, tal normativa tiene su origen principal, como elemento inspirador, en el Convenio de la Unión de París (CUP)⁶. El CUP se divide en cuatro grandes grupos normativos. El primero, se orienta a las disposiciones de derecho internacional público. El segundo, contiene disposiciones relativas a las exigencias o permisividades de legislar a los Estados miembros. El tercero y cuarto se refieren a la legislación sustantiva, en la que destaca su artículo 2 en tanto que proclama el principio del “trato nacional” o “asimilación con los nacionales” en virtud del cual cada Estado miembro de la Unión debe aplicar a los nacionales de otros Estados miembros el mismo trato que a sus propios nacionales⁷.

A su vez, como no podía ser de otra forma, el CUP sirve de inspiración, a su vez, a la primera y segunda Directiva en materia de Marcas⁸ así como a diversa normativa

⁴ Hasta la promulgación de la Ley de 16 de mayo de 1902, la regulación de la propiedad industrial en España venía acotada a través de Reales Cédulas de Privilegio –la primera de 18 de agosto de 1522- Reales Ordenes –la primera de 17 de mayo de 1785- o Reales Cédulas –la primera de 20 de mayo de 1788-, en <http://historico.oepm.es/archivohistoricow3c/index.asp> (consultada por última vez el 30 de julio de 2014 a las 19:30.)

⁵ Vid. la Disposición transitoria tercera de la Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre.

⁶ El CUP se firmó inicialmente por once Estados, entre los cuales se encontraba España, en una Conferencia celebrada en París en 1883. El CUP entró en vigor –tras los instrumentos de adhesión- el 7 de julio de 1884. El CUOP ha sufrido sucesivas revisiones –la última en Estocolmo en 1967-.

⁷ BODENHAUSEN, G.H.C. *Guía para la aplicación del Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial*. WIPO, 1969, p. 10 y ss.

⁸ El considerando duodécimo (12) de la primera Directiva de Marcas 89/104/CEE de 21 de diciembre dispone, tras reconocer que todos los Estados miembros de la Unión son signatarios del CUP, la necesidad de que el texto de la presente directiva este “en completa armonía” con las disposiciones del CUP. En el mismo sentido se manifiesta el considerando decimotercero (13) de la segunda Directiva de Marcas 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008 [DOUE n° L 299 de 8 de noviembre de 2008]. Al CUP también hace referencia la Directiva 98/71/CE del Parlamento

comunitaria⁹ e internacional¹⁰ y de derecho comparado en materia de Propiedad Industrial.

2. LA REALIDAD ECONOMICA, LA REALIDAD POLÍTICA Y LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Como adecuadamente reconoce el pretendido nuevo Código Mercantil¹¹, tal y como apuntábamos, el Código de 1885 es inadecuado para su aplicación conforme a la realidad social, política y económica actual precisando ser íntegramente renovado, de una parte, para tal adecuación y, de otra, por mayor seguridad jurídica la cual es necesaria como consecuencia de la dispersión normativa existente en exceso producto de aquélla inadecuación.

En términos generales, la redacción unificadora del proyecto del nuevo Código Mercantil –basada en el Código francés de 2000- nace y se hace bajo el postulado de nuestra constitución económica y, por ende, bajo el marco de una economía y unidad de mercado siendo lo más nocivo a tales fines, en términos del proyecto¹², la gran pluralidad normativa jurídico mercantil. Resulta curiosa tal apreciación por cuanto el proyecto, pese a su fanático intento, no evitará, como de hecho no evita, por su propia esencia mercantil, el mantener y el surgir de nuevas y diversas normas a lo que se unirá –como ya ha acontecido- sus reformas. Hemos de ser consecuentes con la realidad, la unificación absoluta de un derecho tan dinámico¹³ es ardua labor que, por no decir imposible, ha venido ya sufriendo la Comisión General de Codificación durante la redacción del Proyecto del nuevo Código.

Por su parte, la propiedad industrial –como parte integrante del derecho mercantil¹⁴- tiene su razón ser en las premisas anteriormente citadas: la economía y la

Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1998 sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos – artículo 11.2.c)- [DOUE nº L 289 de 13 de octubre de 1998].

⁹ El Reglamento nº 207/2009 del Consejo de 26 de febrero sobre la Marca Comunitaria –versión codificada del su anterior- [DOUE nº L 78 de 24 de marzo de 2009] y el Reglamento nº 6/2002 del Consejo de 12 de diciembre de 2001 sobre los dibujos y modelos comunitarios [DOUE nº L 3 de 5 de enero de 2002].

¹⁰ El Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas de 14 de abril de 1891, que resultó modificado en múltiples ocasiones –la última el 28 de septiembre de 1979- , hace referencia explícita al CUP en los artículos 2, 9 ter, 14 y el Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid de 27 de junio de 1989 modificado en dos ocasiones -la última el 12 de noviembre de 2007-. Anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio: Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio –Acuerdos ADPIC- de 15 de abril de 1994, ratificado por España el 30 de diciembre de 1994 (BOE nº de 24 de enero de 1995) –artículo 2-. Convenio de Munich sobre Concesión de Patentes Europeas, de 5 de octubre de 1973 y al que se adhirió España el 10 de julio de 1986 [BOE núm. 234 de 30 de septiembre de 1986) –en su versión consolidada-constituyéndose éste Convenio como Acuerdo especial a tenor del artículo 19 del CUP. El Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) celebrado en Washington el 19 de junio de 1970 –revisado por última vez en 2001-.

¹¹ Vid. El considerando I.5 de la Exposición de Motivos del proyecto del nuevo Código Mercantil.

¹² Vid. El considerando I.7 de la Exposición de Motivos del proyecto del nuevo Código Mercantil.

¹³ BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, A., *Apuntes op. cit.* p. 51.

¹⁴ OTERO LASTRES, J.M., *Manual de la propiedad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 49.

unidad de mercado. Un mercado sujeto a la libre competencia¹⁵ que exige la regulación de los principios básicos que deben regir el mercado. A saber: principio de competencia -donde entronca la normativa relativa a la defensa de la competencia, las normas de la competencia desleal y de la publicidad- el principio de transparencia de mercado y el principio de protección al consumidor¹⁶. La propiedad industrial, entendemos, entronca y se sitúa, en mayor o menor medida, en los tres anunciados principios.

El artículo 38 de nuestra carta magna, reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. Tal principio, constituye, a priori, que todo empresario –operador económico- puede acudir al mercado para ofertar y demandar cualesquiera bienes y/o servicios dentro de los límites de la lealtad y de la competencia. Es por ello, que la propiedad industrial es encuadrada y no en pocas ocasiones, en el ámbito del derecho de la competencia¹⁷.

Con todo, tal libertad empresarial goza de unos límites impuestos como consecuencia de los derechos de exclusividad y de exclusión¹⁸ que se proclaman en el seno del derecho industrial, de la propiedad industrial como uno de sus principales pilares.

Propiedad ésta que, esencialmente privada, recae sobre bienes inmateriales explotados como activos empresariales y que se constituyen como elementos esenciales en una economía de mercado caracterizada por la libre competencia.

Derechos o propiedades que se sustraen del principio de la libertad de competencia por cuanto cualquier operador económico debe respetarlos ya que como derechos y/o propiedad pertenecen, entre tanto se mantenga su vigencia, a la esfera dominical de su legítimo titular.

Derechos o propiedades que recaen sobre un tipo especial de bienes: los bienes intangibles. Se entiende por bienes intangibles aquéllas creaciones producto del intelecto humano que se hacen perceptibles y que son utilizados en las relaciones sociales y que, por su trascendencia, deben gozar -como gozan- de una especial protección¹⁹ consecuencia de su utilidad comercial²⁰.

El nuevo Código, a tal efecto, se preocupa, de una parte, por delimitar el ámbito de los derechos que deben incluirse en la propiedad industrial generalizando algunas normas que resultan comunes a sus diversas modalidades. En efecto, así ocurre, por ejemplo, con el principio de prioridad, el principio de oponibilidad, el principio de exclusividad o el principio del agotamiento del derecho²¹. De otra, introduce principios que no reglados son impuestos por nuestra doctrina más especializada y por las diversas

¹⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, A., *Apuntes ...*, op. cit. p. 50.

¹⁶ Ibidem. pág. 52 y 53.

¹⁷ OTRO LASTRES, J.M., *Manual ...*, op. cit. p. 49.

¹⁸ Así lo reconocen los artículos 50 y 152.1 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo de Patentes; artículos 34 y 90 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre de Marcas y el artículo 45 de la Ley 20/2003, de 7 de julio relativa a la Protección Jurídica del Diseño Industrial. En el mismo sentido opera el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996.

¹⁹ GOMEZ SEGADÉ, A., *El secreto industrial. Know How*, Tecnos, Madrid, 1974. p. 73.

²⁰ Ibidem. Pág. 75.

²¹ Vid. el considerando IV-13 de la Exposición de Motivos del proyecto del nuevo Código Mercantil.

resoluciones judiciales. Así acontece, por ejemplo, con el principio de indivisibilidad y la unidad registral²².

En más, tal y a como acoge el preámbulo del nuevo Código²³, resulta relevante la articulación de las limitaciones en el ejercicio de los derechos de la Propiedad Industrial ante prácticas anticompetitivas abordando, por demás, ante los eventuales daños al consumidor, una responsabilidad solidaria entre el titular de la tecnología que sea objeto de un derecho exclusivo y el fabricante de los productos resultantes de la ejecución de tal tecnología y su derecho protegido.

Finalmente, la propiedad industrial en aras a su adecuada aplicación y conjugación con la realidad social y económica, debe ser interpretada bajo unos principios generales acordes con la función y naturaleza de las distintas modalidades que la constituyen.

En efecto, así lo reconoce el artículo 360-12, número 1, al consagrar como primer principio interpretativo de las diversas modalidades de la Propiedad Industrial en la función que cada una de tales modalidades ofrece lo que debe extenderse desde su titularidad al destinatario final –el consumidor-. Interpretación que necesariamente debe realizarse atendiendo al marco de cada una de las legislaciones especiales que la vienen a regular.

Así la función de la Patente de Invención se corresponde e identifica con aquella invención que siendo nueva implica una actividad inventiva siempre que sea susceptible de aplicación industrial. Función que, salvo en lo relativo a la aplicación industrial, resulta extensible a la reconocida como Patente menor o Modelo de Utilidad²⁴.

En punto al signo distintivo –marca y nombre comercial- su funcionalidad responde, de una parte, a la debida identificación del producto o del servicio con el que se designa y, de otra, a la identificación del origen empresarial ya sea ésta directa o indirecta. Sin embargo, se circunscribe la función del nombre comercial a la distintividad de una empresa para y con respecto de las demás ubicadas en el mismo mercado que aquélla²⁵.

Finalmente, en cuanto al diseño industrial se refiere, su función viene atribuida a la apreciación o apariencia, total o parcial, de un artículo industrial o artesanal²⁶.

3. LA MALA FE COMO OBJETIVO DELIMITADOR INTERPRETATIVO

El artículo 360-12, acto seguido, en su número 2 y delimitado a la marca -cual podría haberse extendido a todas las modalidades de la Propiedad Industrial- consagra como principio interpretativo de éstas la mala fe.

²² Vid. el considerando IV-14 de la Exposición de Motivos del proyecto del nuevo Código Mercantil.

²³ Vid. el considerando IV-15 y IV-16 de la Exposición de Motivos del proyecto del nuevo Código Mercantil.

²⁴ Vid. artículo 4, apartado 1 y artículo 143, apartado 1 de la Ley de Patentes 11/1986.

²⁵ Vid. artículo 4, apartado 1 y artículo 87, apartado 1 de la Ley de Marcas 17/2001

²⁶ Vid. artículo 1, apartado 2 de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial.

Tal mala fe se orienta, de nuevo, como no podía ser de otra forma, en pro de la economía de mercado consagrada en nuestra carta magna. En efecto, en este caso se postula la concurrencia de la mala fe ante quien registra una marca no el ánimo de obtener la exclusividad para su uso real y efectivo -impidiendo, en consecuencia, que su competencia pueda dar uso a un signo idéntico o semejante ajeno- sino en aquél que efectúa tal registro, obteniendo su derecho de exclusividad y exclusión, bajo la única intención de prohibir que la pueda utilizar quien venía efectivamente usándola con anterioridad y, por ende, bajo la pretensión de que tal eventual titular pueda dar continuidad al uso que de la misma venía realizando.

En otras palabras, tal principio interpretativo se orienta, a nuestro entender, en pro de que por la vía del registro de una marca ajena –sin ser objeto de uso propio- no se pueda dar lugar a la eliminación de la competencia –de un competidor- ya que tal regla –tal registro- se entenderá efectuado de “mala fe”.

A tal efecto, sin perjuicio de tal elemento interpretativo, las legislaciones comunitarias y nacionales –como nuestra Ley de Marcas- abren así un haz de acciones contra quien de mala fe efectúa tal registro.

En otras palabras, si orientamos tal principio como protector de la competencia hemos de entender que tal actuación de mala fe debería encontrar y encuentra su propia sanción en la propia legislación especial marcara.

A tal efecto, en primera instancia, tal mala fe encontraría su ubicación en la aplicación del artículo 2.1 de la Ley de Marcas (LM) donde se vincula y condiciona la legítima obtención de la titularidad de la marca a que su registro, ante el órgano competente, se hubiere obtenido “válidamente” de tal forma que no siendo así, se apertura la facultad de que tal derecho indebidamente adquirido pudiera ser reivindicado por su legítimo titular –por quien lo hubiere usado con anterioridad- ex artículo 2.2 de la LM bajo el tipo de ser tal marca solicitada en “fraude de los derechos de un tercero”.

En efecto, como señala el profesor FERNANDEZ NOVOA²⁷ la acción reivindicatoria posibilita el que una persona perjudicada por la conducta dolosa o desleal del titular o solicitante de una marca se subrogue en la posición jurídica que detenta el solicitante o titular de la marca indebidamente solicitada o concedida.

En tal caso, el demandante deberá probar la “mala fe” vinculada a haberse efectuado el registro de la marca en “fraude de sus derechos” resultando éstos la pieza clave objeto de prueba -conforme al principio tratado- a lo que se une la mera falta de uso por quien así la solicitó o, caso de ser concedida, registró.

Es más, en segunda instancia, podría entrar en juego la causa de nulidad que “ex novo” nos aportó la vigente LM en su artículo 51, apartado 1, letra b)²⁸.

Una nueva sanción a tal efecto, la encontramos ante la falta de uso de la marca por quien de mala fe, siguiendo el postulado de la norma, hubiere efectuado tal registro sin intención de hacer uso de tal signo adentrando, transcurridos cinco años, en la sanción de la caducidad del signo ex artículo 12 de la Directiva 2008/95/CE de 22 de octubre de 2008 y artículo 55, apartado 1, letra c) y artículo 58 de la Ley de Marcas

²⁷ FERNANDEZ NOVOA, C., *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Marcial Pons, 2004, p. 94.

²⁸ Vid. por todos FRAMIÑAN SANTAS, J., *La nulidad de la marca solicitada de mala fe*, Comares, Granada, 2007, p. 49 y ss.

17/2001. En el mismo sentido se pronuncia el Reglamento de la Marca Comunitaria en su artículo 51, apartado 1, letra a).

Con todo, de la mano de FRAMIÑAN SANTAS, la norma encierra dos grupos o categorías de registro de la marca. En el primero, se encuentran las marcas que son registradas para una amplitud de productos o servicios de tal forma que “ab initio” se advierte que su titular no efectuará, ni agotará tal uso para todos los productos o los servicios para los que la marca ha sido reivindicada. En el segundo, se comprende todo lo contrario; es decir, cuando la marca es registrada para un concreto y determinado producto o servicio pero con la mera intención de no usarla bien para evitar la entrada de un competidor en un concreto mercado, bien como mero objeto especulativo²⁹.

El tipo que encierra la norma analizada –el artículo 360, apartado 12, apartado 2– comprende sendos casos sin perjuicio de no limitarse a los mismos tras efectuar una mera definición o concepción de la mala fe en el marco de la legislación marcaria.

No obstante, entendemos que la mala fe, en cualquiera de los casos, no debe limitarse al registro de una marca vinculada a su no uso intencionado ya que podría extenderse a otras tantas eventuales situaciones tales como quien con mala fe solicita tal registro de marca en el ánimo de hacer uso de la misma para aprovecharse, indebidamente, del prestigio ajeno³⁰.

4. LA FUNCIÓN DE LAS DIVERSAS MODALIDADES DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

En punto a la función de las diversas modalidades constitutivas de la propiedad industrial, sin perjuicio de su distinta naturaleza, encuentran su nexo de unión al tratarse de un tipo especial de propiedad que recae en todos los casos –como ya hemos avanzado– sobre bienes inmateriales destinados a ser explotados como activos empresariales en un mercado de bienes y de servicios. Se une el ser instrumentos esenciales para una economía de mercado donde encuentran su razón de ser a través de la libre competencia.

Ahora bien, cada modalidad debe cumplir con su propia función y en aras a tal respeto sus respectivos titulares deben someterse, según el caso, a su debido registro y procedimiento y no actuar en fraude de Ley.

El apartado 3 del artículo 360, pretende, a nuestro juicio, justificar y delimitar esa función y protección del signo distintivo acotándolo a su propia naturaleza jurídica y, por ende, a su finalidad.

En efecto, tal precepto prohíbe que un signo distintivo, marca o nombre comercial, pueda adquirir un monopolio sobre las soluciones técnicas o características propias del producto sobre el que tal signo se aplique.

²⁹ FRAMIÑAN SANTAS, J., *La nulidad ...*, op. cit. pp. 69 y ss.

³⁰ SAP de Albacete, Sección Primera, de 1 de febrero de 2010.

El monopolio sobre el signo distintivo se adquiere, como regla general³¹, a través de su registro validamente efectuado y, por ende, mediante el depósito de su solicitud ante el organismo público competente cual es, en nuestro caso, la OEPM. Solicitud que, tras la tramitación de un procedimiento administrativo relativamente sencillo³², podrá culminar con el reconocimiento público del signo a favor de su legítimo titular desplegando en beneficio de éste los efectos que le son propios: el derecho de exclusividad y el derecho de exclusión.

Ahora bien, hemos de preguntarnos hasta donde alcanza tal protección. Tal protección debe recaer sobre la relación “ab inito” de tal signo aplicado sobre el producto o servicio reivindicado de tal forma que no puede ir más allá; es decir, tal signo será objeto de protección para la distinción de ese producto o de ese servicio salvo que nos encontremos frente a una marca renombrada o notoria en cuyo caso no prima, en mayor o menor medida, el principio de especialidad.

Esa protección, por tanto, no puede alcanzar otra finalidad tal como la solución técnica que queda reservada a otras modalidades de la Propiedad Industrial –patente de invención o modelo de utilidad- así como tampoco –propone el artículo 360, apartado 12, número 3 del proyecto de nuevo Código Mercantil- a las características prácticas del producto. Es decir, que el registro del signo no atribuye a su titular un monopolio sobre “las características prácticas del producto”.

Hacemos notar el empleo por el legislador del término “prácticas”. Tal expresión, entendemos, vuelve, en cierta medida, sobre las posibles soluciones técnicas lo que no quiere decir que la forma del producto en sí misma apreciada no sea objeto de protección pero eso sí delimitada a la forma y no a la practicidad, al resultado que de esa forma se derive por cuanto tal protección no es propia de la funcionalidad del signo distintivo.

Forma del producto que sí es objeto de protección como signo así, principalmente, a través de la denominada “marca tridimensional” por cuanto éste tipo de marca, este signo, viene a proteger tal representación del producto como signo propio del mismo pero no el resultado práctico que podría ser obtenido como consecuencia de tal forma.

En efecto, así lo reconoce nuestra Ley de Marcas en su artículo 4, apartado 2, letra d) que reconoce como protección de la marca las formas tridimensionales ejemplificando los envoltorios, los envases, la forma del producto o su representación³³. Listado que no debe entenderse como “numeros clausus”.

³¹ La vigente Ley de Marcas de 2001 viene a reconocer una especial doble protección a la Marca Notoria y Renombrada. De una parte en sede de prohibiciones (artículo 8) y, de otra, en sede de la aplicación del “ius prohibendi” (artículo 34, apartado 5) cuyos titulares pueden, sin precisar de su registro, ejercitar todas y cada una de las acciones que se prevén legalmente en pro de la aplicación de los derechos de exclusividad y exclusión. Preceptos, los citados, que dimanar de la trasposición de los artículo 4, apartado 4, letra a) y 5, apartado 2 de la Directiva 89/104/CEE. Marcas notorias o renombradas que podrán verse afectas por su propia “dilución” tal y como señala el profesor LEMA DEVESA, C., *La dilución de la marca*, Estudios de Derecho Mercantil, Marcial Pons, Madrid, 2013.

³² Vid. FERNANDEZ NOVOA, C. *Tratado ...*, op. cit. p. 103 y ss.

³³ La forma del producto o su presentación por la forma es admitida tanto por la Directiva de Marcas 2008/95/CE de 22 de octubre así como por el Reglamento de la Marca Comunitaria en sus artículos 2 y 4.

Marca constituida por la forma del producto que también puede ser bidimensional como han puesto de relieve diversas resoluciones judiciales en sede comunitaria³⁴.

Con todo, no podemos perder de vista que la legislación especial en materia marcaria, tanto comunitaria como nacional, atribuye en sede de prohibiciones absolutas la imposibilidad de obtener el monopolio, a través de una marca, bien de la forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico; bien de la forma impuesta por la propia naturaleza del producto o bien aquella forma que de un valor sustancial al producto³⁵.

Sin embargo, la naturaleza jurídica de éste tipo de marcas y su registro y, por ende, la obtención de su monopolio resulta un tanto más complicado si lo comparamos con las marcas meramente denominativas o verbales.

La marca, por sí misma, debe cumplir con su primordial función: la distinción del origen empresarial ante y para el consumidor permitiéndole a éste distinguir sin dificultad el producto o el servicio vinculado a su legítimo titular de su propia competencia. Por tanto, es la aptitud y la capacidad distintiva el elemento esencial de la concepción de la marca para cumplir con su función en un mercado de libre competencia³⁶.

En otras palabras, el registro y el monopolio de una marca o nombre comercial recae, en cualquiera de los casos, en el signo distintivo y no en el producto y sus características de tal forma que la protección que se pretende que recaiga, que se constituya o que se incorpore a una marca o nombre comercial sobre una protección técnica o estética estará prohibida de tal forma que deberá acudir, necesariamente, al registro de una patente de invención, modelo de utilidad o diseño industrial pero no al registro de un signo distintivo.

El signo distintivo, deberá cumplir dos requisitos esenciales: tener capacidad distintiva y respetar las prohibiciones marcarias las cuales, velan por evitar que a través de una marca –especialmente tridimensional- se adquiera el monopolio de soluciones técnicas o características prácticas que no son propias del signo distintivo sino, como apuntábamos, de otras modalidades de la propiedad industrial que por mor de su protección temporal dejan paso a la evolución técnica evitándose su protección indefinida a través de la marca. Esta es la “ratio legis” del precepto analizado.

³⁴ Vid. STJUE de 22 de junio de 2006, C-25/05, Sotck versus OAMI y STJUE de 20 de septiembre de 2007, C-371/06. Benetton versus G-star.

³⁵ Vid. artículo 3, apartado 1, letra e) de la Directiva sobre Marcas 2008/95/CE; artículo 7, apartado 1, letra e) del Reglamento de Marcas Comunitarias y artículo 5, apartado 1, letra e) de la Ley de Marcas 17/2001.

³⁶ Vid. por todas la STJUE de 14 de septiembre de 2010. C-48/09. Lego versus OAMI.

5. LA COMPARACIÓN ENTRE MARCAS COMO PILAR ANTE UNA EVENTUAL INFRACCIÓN

El nuevo Código Mercantil se ocupa finalmente, en el artículo 360, apartado 12, número 4 del criterio interpretativo para determinar cuando una marca –que pese a su silencio entendemos que es extensiva al nombre comercial- infringe otra previamente registrada.

En primer término, delimita, como no podía ser de otra forma, la comparación entre el signo –la marca- tal cual ha sido registrada en el organismo público competente con el signo –la marca- conforme al uso realizado por su eventual infractor.

En segundo término, sin embargo, no delimita como debe realizarse tal comparación por lo que deberemos entrar en los cánones clásicos comparativos. A saber: el principio de especialidad y la comparación gráfica y denominativa.

El principio de especialidad implica la necesidad de atender al tipo de productos o servicios presentados con sendos signos –el registrado y el eventual infractor- de tal forma que la identidad o el grado de semejanza entre tales productos o servicios detonará o no la presencia y la existencia de éste primer requisito. Requisito del que, sin embargo, podrá prescindirse al encontrarnos ante una marca renombrada o podrá graduarse en mayor o menor medida ante la presencia de una marca mayor o menormente notoria³⁷.

Desde la perspectiva comparativa de los signos en si mismos, debemos atener al grado de identidad o semejanza de su reproducción; atenderemos así a su configuración gráfica y denominativa desplegándose sobre ésta última su apreciación visual, cacofónica o conceptual bastando la existencia de una cualquiera de estas apreciaciones para concluir la posible existencia de su identidad o semejanza.

Así las cosas, nuestra legislación –con origen en la europea- aprecia las siguientes tres posibilidades: doble identidad –cuando concurre la identidad entre los signos y los productos o servicios reivindicados- identidad aplicativa conjugada con la semejanza denominativa o viceversa, es decir, la semejanza entre los productos y servicios y la identidad denominativa³⁸. Tres posibles comparaciones que denotarán la existencia, al caso, de la infracción.

Con todo, sin embargo la norma objeto de debate parte de un hecho trascendental en cuanto a cómo debe realizarse tal equiparación. Debemos atender necesariamente al signo, a la marca, tal cual ha sido registrada y compararla con la marca –el signo- tal cual ha sido utilizada por el infractor no siendo, por tanto, válida la conjugación ante otros parámetros y tanto es así porque solo con tal comparación podremos advenir si existe el prohibido riesgo de confusión –que comprende el riesgo de asociación- con sus consecuencias.

³⁷ La Directiva 89/104/CEE aludía al principio de especialidad en su propia exposición de motivos al poner de relieve *“la protección conferida por la marca registrada, cuyo fin es primordialmente garantizar la función de origen de la marca, es absoluta en caso de identidad entre la marca y el signo y entre los productos o servicios”*. En el mismo sentido, en sede de prohibiciones, se manifestaba su artículo 4, apartado 1, letra a). Igualmente, así lo concibe el artículo 16, apartado 1 del ADPIC al tratar sobre la probabilidad de la confusión de dos signos. A idéntica solución llega la Directiva 2008/95/CE en su también artículo 4, apartado 1.

³⁸ Vid por todos FERNANDEZ NOVOA, C., *Tratado ...*, op. cit., p. 244 y ss.

Especial referencia debe hacerse al riesgo de confusión, por cuanto el mismo es el fin que proclama la norma. Con ello se pretende evitar que el infractor, por el uso de una marca que es contraria a la previamente registrada y que goza en su beneficio de los derechos de exclusividad y exclusión, se vea beneficiado por el prestigio de la marca registrada y, por ende, beneficiarse de la reputación ajena -aprovechamiento indebido-.

Con todo, tras la debida equiparación de los signos, el titular de la marca registrada podrá desplegar un haz de acciones para evitar la continuidad de la usurpación sufrida provocando, a través de tales acciones, la inmediata retirada del signo infractor y, caso de estar registrado tal signo usurpador, provocar su nulidad con plenos efectos “ex tunc”.

Siguiendo al profesor FERNANDEZ NOVOA³⁹ tal comparación debe ser realizada sin perder de vista la perspectiva del consumidor medio. Se entiende por éste, el consumidor normalmente informado, perspicaz y razonablemente atento⁴⁰; es decir, aquél consumidor que no destaca por sus conocimientos técnicos ni por ser especialmente ignorante⁴¹ de suerte que el consumidor medio no repara a la hora de comparar las marcas existentes en el mercado, en detalles superfluos configurando la apreciación de la marca como un todo⁴².

Así las cosas, la comparación denominativa, a efectos de apreciar la existencia o no de la infracción denunciada, debe pasar necesariamente por una equiparación de conjunto entre las marcas enfrentadas⁴³ lo que implica adentrar en su apreciación conceptual⁴⁴ –criterio que al principio era meramente complementario- en su comparación fonética⁴⁵ –que se despliega en la sílaba tónica, la configuración de las vocales presentadas, el factor tónico y la transposición de los elementos integrantes en las denominaciones presentadas- y la presentación visual⁴⁶ –atendiendo especialmente al elemento predominante- todo lo cual deberá configurarse en atención al tipo o modalidad de las marcas enfrentadas: denominativas, mixtas o gráficas.

6. CONCLUSIÓN

Tal y como señala la exposición de motivos del nuevo Código Mercantil, se impone la derogación del actual y vigente Código de 1885 tanto por su inadecuación a la realidad

³⁹ FERNANDEZ NOVOA, C., *Tratado ...*, op. cit., p. 280 y 281.

⁴⁰ Vid. por todas la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de fecha 16 de julio de 1998. DOOAMI 3/1999. pág. 560 y ss.

⁴¹ STS, Sala Cuarta, de 1 de marzo de 1973 y de 14 de enero de 1975 analizadas en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, n. 1 y 2, 1974 y 1975, pp. 448 y 524 respectivamente.

⁴² STJUE de fecha 22 de junio de 1999. Lloyds versus Klijsen. Rec. 1999. pp.I-3830 y ss.

⁴³ STJUE de fecha 11 de noviembre de 1997. Sabel versus Puma. Rec 1997. pp I-6214.

⁴⁴ STS, Sala Tercera, de 13 de abril de 1994 en ADI número 16. 1994-1995. pág. 463 y ss.

⁴⁵ STS, Sala Primera, de 2 de diciembre de 1989 (caso Petit Suisse), 30 de julio de 1992 (caso Etxekopaxarana), 12 de noviembre de 1993 (caso Espetec), 17 de marzo de 1997 (caso Carajitos), 9 de mayo de 2002 (caso Puente Aéreo), 31 de diciembre de 2002 (caso Clips), 26 de febrero de 2004 (caso Multiactive) y 14 de mayo de 2012 (caso Donuts). STJUE de 28 de septiembre de 1998 (C-39/97), 22 de junio de 1999 (C-342/97), 9 de enero de 2003 (C-292/00) y 23 de octubre de 2003 (C-408/01).

⁴⁶ STJUE de fecha 11 de noviembre de 1997. Rec 1997. pp. I-6214.

política y económica como por su asiduo vaciamiento consecuencia de intentar salvar su citada inadecuación.

Así, en unas ocasiones su vacío dimana de la promulgación de leyes especiales desgajadas de su propio contenido –como acontece con la legislación en materia de Propiedad Industrial- y en otras por la derogación de su articulado lo que ha provocado una dispersión normativa que tiene por efecto la inseguridad jurídica e inadecuación a la realidad del mercado tendente a la integración normativa mercantil bajo el objetivo de adaptarse a una economía de mercado.

Sin embargo, recapitular, tras la encomienda de gestión del Ministerio de Justicia, toda la legislación mercantil competencia exclusiva del Estado en un único código es una labor que imposibilitaría tal encomienda no ya solo por dar lugar a un Código interminable sino por su manifiesta imposibilidad consecuencia de la propia dinámica de nuestro Derecho Mercantil en constante evolución.

De suerte que la Comisión, tras regular en el nuevo Código la gran mayoría de las instituciones mercantiles se remite para su desarrollo a la legislación especial regulando, en tales ocasiones, las bases mínimas de tales instituciones como acontece con la Propiedad Industrial atendiendo a sus postulados principales.

Con todo, se constituye como un auténtico Código Europeo de fácil adecuación legislativa ante las venideras necesidades de nuestro Derecho Mercantil.

LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES CON LOS CONSUMIDORES EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

LUIS ALBERTO MARCO ARCALÁ*

Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar las normas en materia de competencia desleal en la Propuesta de Código Mercantil de 17 junio 2013 y en el posterior Proyecto de 30 mayo 2014, puestos en relación con la vigente Ley española de Competencia Desleal y con el Derecho de la UE, especialmente la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales (2005/29/UE). Finalmente, se formula una evaluación de los cambios propuestos en este ámbito.

Contenido

1. La peculiar evolución de la legislación española sobre competencia desleal. – 1.1. La tardía regulación de la competencia desleal en nuestro ordenamiento: la ley 3/1991. – 1.2. La incidencia de la normativa de la unión europea: en particular, la directiva 2005/29/ue y la ley 29/2009. – 1.3. La impronta marcada por esta evolución: en particular, las normas en fase de propuesta. – 2. El proyectado régimen de la competencia desleal en la propuesta de código mercantil. – 2.1. Preliminar: la proyectada codificación mercantil y su extensión a la regulación del mercado. – 2.2. La ubicación sistemática del régimen de la competencia desleal: en particular, la incidencia de los principios generales en materia de competencia. – 2.3. La prohibición general de la competencia desleal: la cláusula general. – 2.4. La dicotomía entre actos de competencia desleal y prácticas comerciales desleales con los consumidores: el nuevo enfoque de la cuestión en la proyectada codificación mercantil. – 2.5. Breve referencia a las acciones derivadas de la competencia desleal. – 3. Las prácticas comerciales desleales con los consumidores en la propuesta de código mercantil. – 3.1. La delimitación de la figura: de nuevo sobre la cláusula general prohibitiva. – 3.2. Las prácticas comerciales desleales con los consumidores de carácter engañoso. – 3.3. Las prácticas comerciales desleales con los consumidores de carácter agresivo. – 4. Valoración final y perspectivas de futuro.

* Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho de Zaragoza.

1. LA PECULIAR EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE COMPETENCIA DESLEAL

La competencia desleal forma parte de nuestro Derecho, pero no ha sido siempre así, y se observa en esta materia una historia compleja y poco habitual en comparación con otros ordenamientos¹.

1.1. La tardía regulación de la competencia desleal en nuestro ordenamiento: la Ley 3/1991

La competencia desleal comenzó a verse regulada como tal en algunos ordenamientos comparados a principios del s. XX². Durante el mismo periodo, la competencia desleal en España sólo se vio contemplada de forma muy limitada en el Tít. X (arts. 131 y 132) de la Ley de Propiedad Industrial (LPI) de 16 mayo 1902 (Gaceta 138, de 18 mayo 1902), sobre la competencia ilícita, en una normativa circunscrita a la vulneración de los derechos de propiedad industrial (así, en los arts. 138 y 139 LPI se relacionaba expresamente la competencia ilícita con las falsificaciones y usurpaciones de la propiedad industrial) o a las conductas enumeradas en el referido art. 132 LPI³. Ello dio lugar a que las eventuales pretensiones indemnizatorias derivadas de tales conductas hubiesen de ser basadas en la aplicación de disposiciones generales, como, por ejemplo, los arts. 7.2 y 1902 CC, en materia de abuso de derecho y de responsabilidad civil extracontractual⁴, respectivamente, o bien de disposiciones más específicas en ámbitos

¹ Al respecto, *vid.* MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, 1ª ed., Civitas, Madrid 1988, y BERCOVITZ, A., "Nociones introductorias", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* (VV.AA; Dtor., BERCOVITZ, A.), 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor 2011, pp. 39-69 (47-52), GARCÍA PÉREZ, R., *Libre circulación de mercancías y competencia desleal en la Comunidad Europea*, 1ª ed., Marcial Pons y Fundación Caixa Galicia, Madrid 2005, pp. 125-136, y GARCÍA-CRUCES, J. A., "Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de competencia desleal. La cláusula general de deslealtad competitiva", en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, t. I y II, (VV.AA; Dtor.: GARCÍA-CRUCES, J. A.), 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, t. II, pp. 1091-1206 (1109-1114).

² Así, la Ley alemana sobre competencia desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) data de 7 junio 1909 (*RGBl.*, I-1909, p. 499; disponible, en su versión consolidada, en <http://www.gesetze-internet.de/>), y sigue vigente con numerosas reformas; sobre la misma y su evolución reciente, *vid.* REIMER, D., *La répression de la concurrence déloyale - Allemagne*, 1ª ed., Economica, París 1978, t. III de la obra (VV.AA; Coord.: ULMER, E.), *La répression de la concurrence déloyale dans les États membres de la CEE*, ROSENTHAL A., *Gesets gegen den unlauteren Wettbewerb*, 9ª ed. (actualizada por LEFFMANN, E.), Franz Vahlen GmbH, Berlín y Frankfurt 1969, FEZER, K. H., *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, t. I y II, 2º ed., C. H. Beck, Munich 2010, KÖHLER, H. y BORKMANN, J., *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 31ª ed., C. H. Beck, Munich 2013, GARCÍA PÉREZ, R., *Libre circulación de mercancías...*, *cit.*, pp. 118-121, y del mismo autor, "Nuevo Texto de la Ley de Competencia Desleal Alemana (UWG): traducción con anotaciones", en ADI, 29 (2008-2009), pp. 669-726.

³ Sobre el particular, *vid.* MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, *op. cit.*, pp. 38-63, y BERCOVITZ, A., *ibidem*.

⁴ Al respecto, *vid.* MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, *op. cit.*, pp. 85-91 y 108-109, y BERCOVITZ, A., *ibidem*. Por lo demás, está ha venido siendo la opción de otros ordenamientos, como el francés, en cuyo Derecho la persecución de la competencia desleal se basa en los arts. 1382 a 1384 de su Código Civil, de 2 septiembre 1804 (disponible, en su versión consolidada, en

muy determinados, como la publicidad, atendiendo a la prohibición de la actividad publicitaria desleal prevista en el art. 10 del Estatuto de la Publicidad⁵ (EP), aprobado por la Ley 61/1964, de 11 junio (BOE 143, de 15 junio 1964). Mucho después, la antigua Ley 32/1988, de 10 noviembre (BOE 272, de 12 noviembre 1988), de Marcas (ALM), incluyó toda una y sorprendente novedad (sobre todo por su ubicación al final de una Ley sobre signos distintivos), como fue la tipificación como ilícita de la competencia desleal en sus arts. 87 a 89, a tenor de la cláusula general prohibitiva establecida en el primero de estos preceptos, hoy derogados, al igual que la propia ALM, sustituida por la actual Ley 17/2001, de 7 diciembre (BOE 294, de 17 diciembre 2001), de Marcas⁶ (LM). Además, se promulgó a renglón seguido la todavía vigente Ley 34/1988, de 11 noviembre (BOE 274, de 15 noviembre 1988), General de Publicidad⁷ (LGP), cuyo Tít. II (arts. 3 a 6) versa aún en el momento presente sobre la publicidad ilícita y de las acciones para hacerla cesar, si bien con un régimen sensiblemente diferente al inicial tras los notables cambios que fueron introducidos mediante la Ley 29/2009, de 30 diciembre (BOE 315, de 31 diciembre 2009), por la que se modificó el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (LRLCD).

Sin embargo, habría que esperar a la actual Ley 3/1991, de 10 enero (BOE 10, de 11 enero 1991), de Competencia Desleal⁸ (LCD), para contar en nuestra legislación

<http://www.legifrance.gouv.fr>), que han sido objeto de un amplio desarrollo jurisprudencial en este punto (al respecto, *vid.* PICHOT, O., *De la concurrence déloyale et de la contrefaçon en matière commerciale et industrielle*, 1ª ed., Rousseau & Cie, París 1924, KRAßER, R., *La répression de la concurrence déloyale - France*, 1ª ed., Dalloz, París 1972, t. IV de *La répression de la concurrence déloyale dans les États membres de la CEE*, *op. cit.*, y GARCÍA PÉREZ, R., *Libre circulación de mercancías...*, *cit.*, pp. 117-118; en cambio, en Italia, la base de la represión de la competencia desleal se halla también en el Código Civil, aprobado por *Regio Decreto* 262, de 16 marzo 1942 (*Gazetta Ufficiale* 79 y 79 bis, de 4 abril 1942; disponible, en su versión consolidada, en "<http://www.normattiva.it>"), pero con preceptos específicos sobre esta materia, en concreto los arts. 2598 a 2601 (al respecto, *vid.* SCHRICKER, G., *La répression de la concurrence déloyale - Italie*, 1ª ed., Dalloz, París 1975, t. V de *La répression de la concurrence déloyale dans les États membres de la CEE*, *cit.*, y GARCÍA PÉREZ, R., *Libre circulación de mercancías...*, *cit.*, pp. 123-125); sobre los ordenamientos comparados en torno a la competencia desleal, *vid.* VV.AA (Coord.: HENNING-BODEWIG, F.), *International handbook on unfair competition*, 1ª ed., Beck, Hart & Nomos, Munich 2013.

⁵ Al respecto, *vid.* MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, *op. cit.*, pp. 91-94, y BERCOVITZ, A., *ibidem*.

⁶ Sobre la LM, *vid.* FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Tratado sobre Derecho de marcas*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid 2004, VV.AA, (Dtors.: BERCOVITZ, A. y GARCÍA-CRUCES, J. A.), *Comentarios a la Ley de Marcas*, t. I y II, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona 2009, VV.AA, (Coord.: ALONSO ESPINOSA, F. J.), *El nuevo Derecho de Marcas (Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas)*, 1ª ed., Comares, Granada 2002, VV.AA (Coord.: GONZÁLEZ-BUENO, C.), *Comentarios a la ley y al Reglamento de Marcas*, 1ª ed., Thomson Civitas, Madrid 2003, y LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, 2ª ed., Thomson Civitas, Madrid 2007.

⁷ Sobre la LGP, *vid.* DE LA CUESTA RUTE, J. M., *Curso de Derecho de la publicidad*, 1ª ed., EUNSA, Pamplona 2002, VV.AA, (Coord.: LÁZARO SÁNCHEZ, E. J.), *Comentario a la Ley General de Publicidad*, 1ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor 2009, VV.AA (Coord., LÁZARO SÁNCHEZ, E. J.), *Derecho de la publicidad*, 1ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor 2012, y VV.AA, *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, *op. cit.*

⁸ Sobre la LCD, *vid.* VV.AA (Coord.: BERCOVITZ, A.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991* 1ª ed., BOE y CCI de Madrid 1992, MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de competencia desleal*, 1ª ed., Civitas, Madrid 1999, del mismo autor, *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, 1ª ed., Thomson-Civitas, Madrid 2006, VV.AA (Dtor.: MARTÍNEZ SANZ, F.),

con una regulación amplia y detallada al respecto, en una línea similar a la de otros ordenamientos. Con todo, ni fue entonces ni es ahora la única norma a tener en cuenta en esta materia, puesto que se ha mantenido la vigencia de otras como, entre otras, la LGP, cuyas disposiciones sobre publicidad ilícita han venido planteado diversos problemas de conciliación normativa con la propia LCD durante más de una década y hasta fechas recientes⁹, en concreto hasta la modificación de ambas mediante la LRLCD (y puede decirse que se mantiene actualmente¹⁰), que obedeció, desde luego, a motivos adicionales.

1.2. La incidencia de la normativa de la Unión Europea: en particular, la Directiva 2005/29/UE y la Ley 29/2009

Aunque la LCD ya había sido objeto de otras modificaciones, lo cierto es que la más profunda y relevante de cuantas se han producido hasta la fecha fue la realizada mediante la LRLCD, *cit.* Esta reforma permitió paliar algunos defectos puntuales del régimen de la competencia desleal en nuestro ordenamiento¹¹, por ejemplo en cuanto a la referida coordinación normativa entre la LCD y la LGP. Sin embargo, la finalidad

Comentario práctico a la Ley de competencia desleal 1ª ed., Tecnos, Madrid 2007, VV.AA (Dtor.: RUIZ PERIS, J. I.), *La reforma de la Ley de competencia desleal (Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia 2010, la obra colectiva, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, op. cit.*, TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 1ª ed., La Ley, Madrid 2010, en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad, op. cit.*, t. II, pp. 1091-1206, y VV.AA (Dtor.: LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y los consumidores. Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009*, 1ª ed., Bosch, Barcelona 2012.

⁹ Al respecto, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, (recopilación de las jornadas "Las claves del nuevo Código Mercantil", Madrid, 24-25 junio 2014) [VV.AA; Coord., BERCOVITZ, A.], 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2014, pp. 257-277 (268), y "La regulación del Derecho de la Competencia en el Anteproyecto de Código Mercantil", en RDM, 293 (2014), pp. 13-36 (25), VICENT CHULIÁ, F., "Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal", en RGD, 589-590 (1993), pp. 9975-10017, MARTÍNEZ SANZ, F., "Comentario al artículo 5", en *Comentario práctico...*, *op. cit.*, pp. 61-77, QUINTANA CARLO, I., "La competencia desleal", en *I Congreso nacional de Derecho Mercantil. Veinte años de España en la Unión Europea: Balance y Perspectivas* (VV.AA; Coord.: ARROYO MARTÍNEZ, I.), 1ª ed., Thomson Civitas, Madrid 2007, pp. 59-72, y "Comentario al artículo 18. Publicidad Ilícita", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, cit.*, pp. 499-514, DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M., "Consideraciones sobre los <<actos de engaño>> y <<la participación en el mercado con fines concurrenciales>> al hilo de la Sentencia de la AP de Islas Baleares de 19 de octubre de 2011 (Sección 5ª)", en ADI, 32 (2011-2012), pp. 501-526 (504-507), y MARCO ARCALÁ, L. A., "El ilícito publicitario y el ilícito concurrencial: sus zonas de superposición", en CJ, 14 (1993), pp. 6-17.

¹⁰ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., *ibidem*, cuando comenta la proyectada supresión de los vigentes arts. 18 LCD y 3 e) LGP, y la subsunción de los supuestos de publicidad ilícita en los actos de competencia desleal sobre conductas desleales engañosas o agresivas, o en la violación de normas de la actividad concurrencial tipificada en el art. 322-13.2 *in fine* PCM 2013 y ACM 2014, en lo que hace a la publicidad que contravenga las normas publicitarias especiales.

¹¹ De hecho, también fueron modificadas mediante la LRLCD, además de la LCD y la LGP, las Leyes 7/1996, de 15 enero (BOE 15, de 17 enero 1996), de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), y el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (TrLGDCU), aprobado por RDleg. 1/2007, de 16 noviembre (BOE 287, de 30 noviembre 2007).

fundamental de la LRLCD fue la incorporación a nuestro Derecho interno de las Directivas que se fueron adoptando tímida y paulatinamente en esta materia, en concreto la famosa Directiva 2005/29/CE, del PE y del Consejo, de 11 mayo 2005 (DOUE L 149, de 11 junio 2005), sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores (DPCDC), y la Directiva 2006/114/CE, del PE y del Consejo, de 12 diciembre 2006 (DOUE L 376, de 27 diciembre 2006), sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DPE), en su versión codificada. A su vez, el objetivo básico atribuido a la armonización llevada a cabo mediante la DPCDC y la DPE consistió¹² en conciliar la aplicación efectiva y el buen funcionamiento del mercado único interior en la UE con el principio de la protección de los consumidores y usuarios, reconocido con el máximo rango normativo¹³. No obstante, tan ambiciosa coordinación de extremos tan dispares requiere un complejo y delicado equilibrio entre ambos, por lo que no ha resultado sencilla la incorporación de estas Directivas, y tampoco puede decirse que se haya producido de la forma más adecuada desde una perspectiva estrictamente técnico-legislativa, de modo que esta reforma de nuestra legislación sobre competencia desleal

¹² *Vid.* los aps. 1 y 3 del Preámbulo de la DPCDC, y 1 a 3 del Preámbulo de la DPE, así como el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la protección de los consumidores y usuarios en la UE. de 2 octubre 2001 (Doc. [COM] 2001, 531 final, especialmente el ap. 23, pp. 6 a 8 [disponible en <http://europa.eu>]).

¹³ Así, *vid.* el art. 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en su versión consolidada tras su modificación mediante el Tratado de Lisboa de 13 diciembre 2007 (Instrumento de Ratificación de España de 26 septiembre 2008 [BOE 286, de 27 noviembre 2009]), por el que se modifica igualmente el Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en Maastricht el 7 febrero 1992 (Instrumento de Ratificación de España de 29 diciembre 1992 [BOE 11, de 13 enero 1994]), en su actual versión consolidada (ambos disponibles en <http://europa.eu>), y el art. 51.3 de la Constitución Española (CE) de 27 diciembre 1978 (BOE 311, de 29 diciembre 1978); al respecto, *vid.* BERCOVITZ A., "La Protección de los Consumidores, La Constitución Española y el Derecho Mercantil", en *Estudios Jurídicos sobre Protección de los Consumidores* [VV.AA; coords.: BERCOVITZ, A. y R.], 1ª ed. Tecnos, Madrid 1987, pp. 22-43, también publicado en *Lecturas sobre la constitución Española*, vols. I y II [VV.AA; coord. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.], vol. II, UNED, Madrid 1978, pp. 9-37, BERCOVITZ, R., "Comentario al artículo 1. Principios Generales", en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007* [VV.AA; coord.: BERCOVITZ, R.], 1ª ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor 2009, pp. 77-80, GARCÍA-CRUCES, J. A., "La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores como principio general del ordenamiento español", en EC, 48 (1999), pp. 131-145, del mismo autor, "La protección de los consumidores en la CEE", en EC, 17 (1999), pp. 94-111 [disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2867762>], GÓMEZ CALERO, J., *Los Derechos de los Consumidores y Usuarios*, 1ª ed. Dykinson, Madrid 1994, pp. 24-28, GUILLÉN CARAMÉS, J., *El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración*, 1ª ed., Civitas, Madrid 2002, pp. 185-252, del mismo autor, "El marco jurídico de la política comunitaria de protección de los consumidores", en RDUE, 5 (2003), pp. 233-279 [disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=638269>], ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, 1ª ed., Comares, Granada 2003, pp. 7-44, MIRANDA SERRANO, L. M., "Competencia desleal y protección de los consumidores", en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores* [VV.AA; Coords.: BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M.], 1ª ed., McGrawHill, Madrid 1999, pp. 47-76, QUINTELA GONÇALVES, M. T., *La Protección de los Consumidores y usuarios y la Constitución Española de 1978*, 1ª ed., INC, Madrid 1986, pp. 50-93, y 201-223, PALAO MORENO, G., "La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo", en *Derecho privado de consumo* [VV.AA; coord.: REYES LÓPEZ, M. J.], 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia 2004, pp. 73-94, y BOUSSIS, P., "La protección de los consumidores ante las prácticas comerciales desleales", en RUE, 4 (2007), pp. 13-20 (11-12).

ha venido siendo objeto de numerosas críticas, por lo demás justificadas en buena medida¹⁴.

1.3. La impronta marcada por esta evolución: en particular, las normas en fase de propuesta

La situación así creada no puede ser favorablemente valorada. Era cierta la necesidad de incorporar la DPCDC y la DPE, y quizá sea este uno de los escasos elementos positivos a destacar en la LRLCD. Sin embargo, lo cierto es que esta Ley ha sumado a la relativa dispersión normativa que ya se observaba en nuestra legislación sobre competencia desleal una cierta sensación de desazón por haber dado lugar a un retroceso en cuanto a la idoneidad técnico-legislativa de sus disposiciones. De ahí la conveniencia de una nueva modificación que elimine estas disfunciones manteniendo la completa incorporación de la normativa comunitaria. Pues bien, semejante afán ya se ha visto materializado y se ha formulado una propuesta nada desdeñable al respecto, si bien en el marco de una reforma de mayor calado y profundidad y de alcance general, que va mucho más allá del Derecho de la competencia, y abarca todos los sectores de nuestro ordenamiento jurídico-mercantil.

2. EL PROYECTADO RÉGIMEN DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

La referida y proyectada reforma de nuestra legislación sobre competencia desleal se ha planteado como una parte incluida en el futuro Código Mercantil que vendría a sustituir al vigente Ccom. y a algunas de las más relevantes Leyes mercantiles, en todo un encomiable esfuerzo de modernización y de integración, no ya del Derecho de la Competencia, sino de toda la materia mercantil en su conjunto.

¹⁴ *Vid.* BERCOVITZ, A., "Nociones introductorias", *cit.*, pp. 59-69, GARCÍA-CRUCES, J. A., "Finalidad...", *cit.*, pp. 1138-1148, RUIZ PERIS, J. A., "Panorámica de la reforma en materia de competencia desleal", en *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI [Libro homenaje al Prof. Dr. D. Carlos FERNÁNDEZ NOVOA en su octogésimo cumpleaños]* - VV.AA.; Eds.: GÓMEZ SEGADÉ, J. A. y GARCÍA VIDAL, A. -, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid 2010, pp. 389-390, publicado como "Una reforma consumerista de la Ley de Competencia Desleal o reforma no siempre significa mejora", en *La reforma de la Ley de competencia desleal...*, *cit.*, pp. 13-35, TATO PLAZA, A., "Prácticas comerciales desleales con los consumidores", en ADI, vol. 29, 2008-2009, pp. 529-572 (530-532), y "La reforma del Derecho español contra la competencia desleal: rasgos generales", en ADI, 30 (2010), pp. 455-472, del mismo autor, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma... op. op. cit.*, pp. 43-58, y MAMBRILLA RIVERA, V., "Prácticas comerciales y competencia desleal: estudio del Derecho comunitario europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno - incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal -" [I], [II] y [III], en RCD, 4, 5 y 6 (2009), pp. 89-120 (92-97 y 119-120), 107-151 (150-151), y 75-116, respectivamente, así como el Dictamen del CES 1/2008, de 30 septiembre 2008, sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, previo a la actual LRLCD - 1ª ed., Madrid 2008 (disponible en <http://www.ces.es/documents/10180/18507/Dic012008>), pp 6-11.

2.1. Preliminar: la proyectada codificación mercantil y su extensión a la regulación del mercado

El proceso de elaboración del nuevo Código Mercantil comenzó con el encargo por parte del entonces Ministro de Justicia, Sr. D. Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, a la Sección de Derecho Mercantil (SDM) de la Comisión General de Codificación (CGC), presidida por el Profesor D. Alberto BERCOVITZ, para que redactase un borrador de dicho Código. Este encargo culminó en la Propuesta de Anteproyecto de Código Mercantil (PCM 2013), presentada por la propia CGC al nuevo Ministro de Justicia, Sr. D. Alberto RUIZ GALLARDÓN en Madrid el 17 junio 2013 (1ª y 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid 2013, disponible en "<http://www.mjusticia.gob.es>"), en cumplimiento del mandato normativo en el que se recogió dicha encomienda mediante la OM de 7 noviembre 2006¹⁵. Posteriormente, y tras las oportunas consultas entre los diversos sectores interesados, se introdujeron una serie de importantes modificaciones en la PCM 2013, de forma que el nuevo texto pasó a verse aprobado como Anteproyecto de Ley del Código Mercantil en el Consejo de Ministros de 30 mayo 2014 (ACM 2014), actualmente en tramitación¹⁶.

Con carácter general, la delimitación de la materia mercantil establecida tanto en la PCM 2013 como en el ACM 2014 ha venido a responder a la evolución y a las necesidades actuales de la realidad del tráfico económico¹⁷. De ahí que se hayan superado los planteamientos más clásicos propios del vigente Ccom. y de la época en la que fue promulgado, a finales del s. XIX, y se haya optado por un criterio basado en el mercado y en la participación en el mismo como objeto de este futuro cCódigo. Un criterio semejante ha de gravitar sobre la figura de los operadores de mercado, más global y omnicomprendiva que el concepto más limitado de empresario, concebidos aquéllos como quienes intervienen en actividades de producción o intercambio de bienes o servicios en el mercado¹⁸.

Atendiendo a la evidente y estrecha ligazón de la competencia y de su régimen jurídico al mercado y a su actividad, asumir tales elementos a modo de nuevos criterios delimitadores de la materia mercantil implicaba incluir en el futuro Código mercantil la

¹⁵ Reproducida en PCM 2013, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶ Sobre ambos textos, *vid.* BERCOVITZ, A., "La Propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación", en RDM, 289 (2013), pp. 35-42, ILLESCAS ORTIZ, R., "La Propuesta de Código Mercantil de 2013 (editorial)", en DN, 270 (2013), pp. 5-6, y VV.AA, *Hacia un nuevo Código...*, *cit.*

¹⁷ En este sentido, *vid.* BERCOVITZ, A., "Presentación del Anteproyecto de Código Mercantil", y OLIVENCIA, M., "Delimitación de la materia mercantil", ambos en *Hacia un nuevo Código...*, *op. cit.*, pp. 37-54 (42), y pp. 57-67 (58), respectivamente.

¹⁸ Así se indica en el ap. 5) *Empresarios y operadores del mercado*, parágrafo I-23, del epígrafe I.- *Consideraciones generales*, y en el ap. 1) *Derecho de la competencia y moderno Derecho mercantil*, parágrafos IV-1 y IV-2, del epígrafe IV.- *Libro Tercero: del Derecho de la Competencia y de la propiedad industrial*, y en sus arts. 001-1 a 001-3, de la E. de M. PCM 2013 y de la E. de M. ACM 2014; al respecto, *vid.* BERCOVITZ, A., "Presentación", *op. cit.*, pp. 41-43, y OLIVENCIA, M., "Delimitación...", *op. cit.*, pp. 61-67.

regulación de la competencia en sus diferentes facetas¹⁹. Nuestras actuales normas del Derecho de la competencia se establecen en Leyes mercantiles especiales, tales como la propia LCD y la Ley 15/2007, de 3 julio (BOE 159, de 4 julio 2007), de Defensa de la Competencia (LDC)²⁰, entre otras. De hecho, la pretensión de los redactores²¹ de esta parte de la PCM 2013 y del ACM 2014 ha consistido básicamente en compilar con una sistemática más global y adecuada las disposiciones de dichas Leyes alterando sus mandatos lo menos posible, en lo que se ha dado en denominar como una suerte de "consigna ... de <<intervención mínima>>"²². El resultado de esta labor ha sido el Libro III de ambos textos prenormativos, que agrupa los preceptos sustantivos relativos a la competencia en su más amplio sentido bajo la rúbrica "Del Derecho de la competencia y de la propiedad industrial", estructurados en varios Tít., a saber, I.- De los principios generales en materia de competencia (arts. 310-1 a 310-3), II.- De la competencia desleal (arts. 321-1 y 322-1 a 322-15)²³, III.- De la defensa de la competencia (arts. 330-1 a 330-2 [arts. 331-1 a 331-8, 332-1 a 332-16 y 333-1 PCM 2013])²⁴, IV.- De las acciones derivadas de la Competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia (arts. 341-1 a 341-4 y 342-1 [arts. 341-1 a 341-4 y 342.1 a 342-2 PCM 2013]), V.- De los códigos de conducta (arts. 350-1 a 350-2), y VI.- De la propiedad industrial (arts. 360-1 a 360-13)²⁵. Como se desprende de todo ello, se han añadido asimismo una serie de previsiones generales en torno a la propiedad industrial (dejando que cada una de sus diversas modalidades sigan viéndose contempladas en sus propias Leyes especiales) en el reiterado Tit. VI, en una opción no exenta de discusión²⁶, pero que confirma la fuerte vinculación de ambos sectores jurídicos

¹⁹ Así se indica en el ap. 4) *Derecho mercantil y Derecho de la competencia*, párrafo I-2, del epígrafe I.- *Consideraciones generales*, y en el ap. 1) *Derecho de la competencia y moderno Derecho mercantil*, párrafo IV-1 del epígrafe IV.- *Libro Tercero: del Derecho de la Competencia y de la propiedad industrial*, de la E. de M. PCM 2013, y en los mismos aps., párrafos I-27 y IV-1, de los mismos epígrafes de la E. de M. ACM 2014; en el mismo sentido, *vid.* BERCOVITZ, A., "Presentación", *cit.*, pp. 47-52, y PAZ-ARES, C., "La codificación del Derecho de la competencia: valoración general", en *Hacia un nuevo Código...*, *op. cit.*, pp. 251-256 (251).

²⁰ Sobre la LDC, *vid.* VV.AA (Dtors.: FOLGUERA CRESPO, J., GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., MASSAGUER, J., y SALA ARQUER, J. M.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 3º ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor 2012, y VV.AA (Coord.: LOMA-OSORIO LERENA, D.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, 1º ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2013.

²¹ La elaboración de esta parte de la PCM 2013 y del ACM 2014 fue encomendada al Grupo de Derecho de la Competencia creado a tales efectos dentro de la propia SDM de la CGC, e integrado por los Profs. D. J. MASSAGUER, D. J. ALFARO y D. C. PAZ-ARES, como expresamente indica éste último en "La codificación...", *op. cit.*, p. 251.

²² En este sentido, *vid.* PAZ-ARES, C., "La codificación...", *op. cit.*, pp. 251-252.

²³ Al respecto, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, pp. 257-277, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 21-31.

²⁴ Al respecto, *vid.* MASSAGUER, J., "La regulación...", *op. cit.*, pp. 31-33.

²⁵ Al respecto, *vid.* MACÍAS MARTÍN, J., "La propiedad industrial en la propuesta de Código Mercantil", en *Hacia un nuevo Código...*, *op. cit.*, pp. 279-295.

²⁶ Al respecto, *vid.* BERCOVITZ, A., *ibidem*, y MACÍAS MARTÍN, J., "La propiedad industrial...", *op. cit.*, pp. 279-280, a favor de esta opción, y PAZ-ARES, C., "La codificación...", *op. cit.*, pp. 252-256, mucho más crítico.

asumida por la mejor doctrina dentro y fuera de nuestras fronteras²⁷. Esta es, pues, la perspectiva de fondo que ofrece el proyectado Código Mercantil en este ámbito.

2.2. La ubicación sistemática del régimen de la competencia desleal: en particular, la incidencia de los principios generales en materia de competencia

La mera inclusión de la competencia desleal en el Libro III PCM 2013 y ACM 2014 ya representa, en sí misma, un dato de consecuencias nada desdeñables: En concreto, supone que, como es obvio, las disposiciones a este respecto, contenidas en el Tít. II de este Libro III PCM 2013 y ACM 2014, han de verse interpretadas y aplicadas en el contexto delimitado por los preceptos de su Tít. I, sobre los principios generales en materia de competencia. Tal vez esta declaración resulte algo inexacta, puesto que lo que verdaderamente se contempla en los arts. 310-1 a 310-3 PCM 2013 y ACM 2014 son los intereses protegidos mediante este sector del ordenamiento, así como su ámbito objetivo y subjetivo, respectivamente²⁸. No obstante, lo que quizá pretendía expresar el prelegislador era su voluntad de someter a un marco común las diversas disciplinas del Derecho de la competencia *latu sensu*, a saber, Derecho de la libre competencia, Derecho de la competencia desleal y propiedad industrial²⁹. Ello se ha hecho mediante la traslación a dichos arts. 310-1 a 310-3 de los mandatos actualmente establecidos en los arts. 1 a 3 LCD, con los que guardan un marcado paralelismo³⁰, lo que recalca la vocación generalista de la competencia desleal respecto de las otras dos ramas del Derecho de la competencia³¹, pese a la relativa contradicción que ha supuesto a tales efectos la salida del futuro Código Mercantil de la mayor parte del régimen de defensa

²⁷ En este sentido, *vid.* BERCOVITZ, A., "La formación del Derecho de la competencia", en ADI, 2 (1975), pp. 61-81, así como ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales* (trad. de E. VERDERA y L. SUAREZ-LLANOS), 1ª ed., Bosch, Barcelona 1970, especialmente pp. 47-56, y MASSAGUER, J., "Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales", en RGD, 544.545 (1990), pp. 245-263.

²⁸ *Vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, p. 259, y "La regulación...", *cit.*, pp. 16-17.

²⁹ Así se indica en el ap. 3) *Disposiciones generales del Derecho de la competencia*, parágrafo IV-4, del epígrafe IV.- *Libro Tercero: del Derecho de la Competencia y de la propiedad industrial*, de la E. de M. PCM 2013, y en los mismos ap., parágrafo y epígrafe de la E. de M. ACM 2014.

³⁰ Así se indica igualmente en el ap. 3) *Disposiciones generales del Derecho de la competencia*, parágrafo IV-4, del epígrafe IV.- *Libro Tercero: del Derecho de la Competencia y de la propiedad industrial*, de la E. de M. PCM 2013, y en los mismos ap., parágrafo y epígrafe de la E. de M. ACM 2014; en el mismo sentido, *vid.* MASSAGUER, J., *ibidem*. Sobre los vigentes arts. 1 a 3 LCD, *vid.* BERCOVITZ, A., "Artículo 1. Finalidad.", "Artículo 2. Ámbito Objetivo.", y "Artículo 3. Ámbito Subjetivo.", todos ellos en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, *cit.*, pp. 73-77, 79-84, y 85-90, respectivamente, GARCÍA-CRUCES, J. A., "Finalidad...", *cit.*, pp. 1148-1165, y LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., "Artículo 1. Finalidad.", "Artículo 2. Ámbito Objetivo.", y "Artículo 3. Ámbito Subjetivo.", todos ellos en *Prácticas comerciales desleales...*, *op. cit.*, pp. 41-45, 45-54, y 54-60, respectivamente.

³¹ Al respecto, *vid.* MASSAGUER, J., *ibidem*, GARCÍA PÉREZ, R., "La reforma del Derecho contra la competencia desleal: ¿Hacia el Derecho de la lealtad?", y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "La ampliación del concepto de competencia desleal", ambos en *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI [Libro homenaje al Prof. Dr. D. Carlos FERNÁNDEZ NOVOA en su octogésimo cumpleaños]* - VV.AA.; Eds., GÓMEZ SEGADE, J. A. y GARCÍA VIDAL, A. -, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid 2010, pp. 323-329 (324-325), y pp. 391-399 (392-393), respectivamente.

de la competencia³², reducido en el ACM 2014 a unas mínimas prohibiciones más bien programáticas, a desarrollar en la actual LDC³³, que permanecería vigente y fuera de la codificación mercantil. Por lo demás, se trata de una más de las diversas modificaciones del Libro III tras su paso de la PCM 2013 hasta el ACM 2014, y que han afectado en alguna medida a los reiterados arts. 310-1 a 310-3 de ambos textos prenormativos.

La primera de estas modificaciones se observa en la tipificación de los intereses protegidos mediante las normas de competencia que se establece en el art. 310-1 ACM 2014, según el cual dichas normas tienen por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios. Comparando esta redacción con la de la PCM 2013, destaca como elemento positivo la concepción más detallada del bien jurídico a proteger a través de esta rama del ordenamiento, es decir, la competencia como principio básico rector de la ordenación del tráfico económico y del mercado, en línea con la configuración de la materia mercantil llevada a cabo en el art. 001-1 ACM 2014³⁴. Sin embargo, la principal disfunción de la que adolece el art. 310-1 radica, justamente, en su deficiente delimitación de los referidos intereses protegidos mediante la normativa sobre competencia, cuando era esta la finalidad fundamental de esta disposición: Si en la PCM 2013 se pretendía atender a los intereses de todos los partícipes en el mercado, el referido precepto *in fine* sólo alude a los intereses de los consumidores y usuarios, lo que tiene poco sentido, no sólo por ser muy numerosos los ilícitos concurrenciales destinados a defender diversos intereses de los operadores económicos³⁵, tanto en nuestra normativa interna como en el marco del Derecho de la UE³⁶, sino también por mostrar poca coherencia con la inclusión en el ámbito de aplicación de estas normas a operadores económicos y a cualesquiera personas físicas o jurídicas que participen en el mercado que se prevé en el art. 310-3.2 ACM 2014,. De ahí que se revele conveniente recuperar la versión inicial de la enumeración de estos intereses en el art. 310-1 PCM 2013, así como una clara prohibición de la competencia desleal y de las conductas

³² Sobre el particular, *vid.* MASSAGUER, J., "La regulación...", *cit.*, pp. 31-32.

³³ Así se indica en el ap. 5) *Normas sustantivas de defensa de la competencia*, párrafo IV-6, del epígrafe IV.- *Libro Tercero: del Derecho de la Competencia y de la propiedad industrial*, de la E. de M. ACM 2014, frente a la voluntad anteriormente expresada en los mismos ap., párrafo y epígrafe de la E. de M. PCM 2013 de incluir en el Código Mercantil todas las normas sustantivas en esta materia, dejando fuera tan sólo las disposiciones de carácter orgánico y procedimental; para ampliar información, *vid.* MASSAGUER, J., *ibidem*.

³⁴ Al respecto, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, pp. 259 y 260, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 16-18.

³⁵ Así, son frecuentes las alusiones al empresario o a los operadores económicos en el tenor literal de los diversos preceptos en los que se tipifican los ilícitos concurrenciales y que integran el Cap. II, *De los actos de competencia desleal*, del Tít II, *De la competencia desleal*, del Libro III PCM 2013 y ACM 2014, como por ejemplo los arts. 322-2.2 c) y f), 322-2.3, 322-3.2 b), 322-4 d), j), o), v), 322-9.1 y 3, 322-11, 322-12.2, entre otros; en sentido similar, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *cit.*, pp. 263 y 264, y del mismo autor, "La regulación...", *op. cit.*, pp. 17 y 18.

³⁶ Al respecto, citando la prohibición de la publicidad engañosa tipificada en el art. 2 b) DPE, entre otros ejemplos, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, pp. 260 y 261, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 17 y 18.

anticoncurrenciales similar a la establecida en el reiterado precepto, y que en la ACM 2014 ha de inferirse de una interpretación sistemática y teleológica del conjunto de sus mandatos en este ámbito³⁷.

También ha habido modificaciones en el ámbito objetivo, regulado en el art. 310-2 ACM 2014, si bien de alcance y ponderación muy diferentes a las anteriores, tanto por ser de menor calado, cuanto por estar claramente justificadas. De manera muy similar a su versión previa en la PCM 2013, se establece que las normas sobre competencia serán de aplicación a las conductas realizadas en el mercado y con fines concurrenciales (art. 310-2.1), y se mantiene inalterada la presunción de la finalidad concurrencial en los actos objetivamente idóneos para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, incluida la contratación o ejecución de contratos relativos a tales prestaciones (art. 310-2.2). Esta redacción inicial ya merecía una valoración favorable, una vez más por su coherencia con la delimitación de la materia mercantil llevada a cabo mediante los arts. 001-1 y 001-3 PCM 2013 y ACM 2014, entre otros motivos. Sin embargo, el reiterado art. 310-2 ACM 2014 ha mejorado tras haberse añadido al final del primer párrafo de este precepto que las referidas conductas concurrenciales pueden tener lugar antes, durante o después de una operación comercial, lo que entronca de modo evidente con la incorporación de las previsiones al respecto contenidas en el art. 2 d) *in fine* DPCDC³⁸, en el que se define el concepto de prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores.

En cuanto a las modificaciones referentes al ámbito subjetivo, regulado en el art. 310-3 ACM 2014, cabe decir que se mantiene inalterada la innecesidad de acreditar la existencia de una relación competitiva entre los sujetos activo y pasivo de la conducta desleal o restrictiva de la competencia para aplicar las normas sobre competencia (art. 310-3.1). Sin embargo, ha sido necesario añadir un segundo párrafo a este precepto, en el que se ha establecido la aplicabilidad de dichas normas a los operadores del mercado y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado. El evidente carácter omnicompreensivo de la expresión utilizada resulta muy acertado, por ejemplo por su coherencia con la delimitación del ámbito subjetivo de la materia mercantil determinada en el art. 001-2 PCM 2013 y ACM 2014³⁹. Sin embargo, es también obvio que el art. 310-3.2 ACM 2014 responde en gran medida a la finalidad de paliar los inconvenientes derivados de ya expuesta y poco comprensible limitación a los intereses de los consumidores como los únicos protegidos en este sector del ordenamiento según el art. 310-1 *in fine* ACM 2014; ello permite aplicar sin trabas estas normas a quienes participan en el mercado y así, atemperar hasta cierto punto la anterior

³⁷ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *cit.*, pp. 261 y 262, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 17 y 18.

³⁸ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, p. 262, y "La regulación...", *op. cit.*, p. 19; sobre la compleja relación entre competencia desleal y Derecho de los contratos, reconocida en el art. 3.2 DPCDC al establecerse en el mismo que las disposiciones de esta Directiva se aplicarán sin perjuicio del Derecho contractual, en especial las normas sobre validez, formación o efecto de los contratos, *vid.* BERCOVITZ, A., "Artículo 2...", *op. cit.*, pp. 83-84.

³⁹ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, p. 263, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 19-20.

disfunción. No obstante, sería preferible una vez más, en aras de una técnica legislativa más adecuada, simplificar la redacción de ambos artículos recuperando su versión inicial en la PCM 2013, si bien introduciendo en el reiterado art. 310-1 *in fine* la alusión a los intereses de todos los partícipes en el mercado con la dicción literal que aparece en el art. 310-3.2.

2.3. La prohibición general de la competencia desleal: la cláusula general

La competencia desleal se regula específicamente en el Tit. II del Libro III PCM 2013 y ACM 2014, dividido en dos Caps., a saber, I. De la prohibición general de la competencia desleal, y II. De los actos de competencia desleal. El primero de ellos sólo cuenta con un único precepto, el art. 321-1, sobre la cláusula general⁴⁰, lo que entronca así con el vigente art. 4 LCD, también sobre dicha cláusula⁴¹.

De nuevo se observa el mismo afán sistematizador y de intervención mínima en el paralelismo entre las disposiciones de la LCD y el futuro régimen de la cláusula general en el precepto en comentario, sobre todo atendiendo al mantenimiento inalterado de la incorporación de la DPCDC⁴². De esta manera, lo que se tipifica en el art. 321-1 PCM 2013 y ACM 2014 no es una prohibición propiamente dicha de los comportamientos desleales en el tráfico, por lo demás inexistente en la ACM 2014, como ya se indicó, salvo por lo que hace a la rúbrica de este Cap. I, que no se corresponde así con su contenido, lo que ha merecido una vez más severas críticas entre la doctrina⁴³. Lo que realmente se establece en este artículo es una cláusula general de deslealtad⁴⁴, es decir, una delimitación de los criterios generales para ponderar las

⁴⁰ Sobre el art. 4 LCD y la cláusula general en nuestro Derecho vigente, *vid.* BERCOVITZ, A., "Artículo 4. Cláusula general.", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, *cit.*, pp. 93-113, GARCÍA-CRUCES, J. A., "Finalidad...", *op. cit.*, pp. 1165-1203, GÓMEZ SEGADÉ, J. A., "La nueva cláusula general en la LCD", y OTERO LASTRES, J. M., "El juez y los parámetros de conducta en la propiedad industrial y la competencia desleal", ambos en *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI...*, *op. cit.*, pp. 331-343, y pp. 475-486, respectivamente, en la misma obra, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "La ampliación...", *op. cit.*, MASSAGUER, J., *El nuevo derecho...*, *op. cit.*, pp. 88-95, y "La cláusula general de prohibición de la competencia desleal", en *Competencia desleal y defensa de la competencia* (VV.AA; coord., FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R.), 1ª ed., GGPJ, Madrid 2002, pp. 93-142, TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, *op. cit.*, pp. 80-97, MARTÍNEZ SANZ, F., "Cláusula general (comentario al artículo 5)", en *Comentario práctico...*, *op. cit.*, pp. 61-77, RUIZ PERIS, J. A., "La reforma de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal", en *La reforma de la Ley de Competencia Desleal...*, *op. cit.*, pp. 37-59, también publicado con el título, "El laberinto de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal", en ADI, 30 (2010), pp. 435-454, PATIÑO ALVES, B. y DíEZ BAJO, A., "Artículo 4. Cláusula general.", en *Prácticas comerciales desleales...*, *cit.*, pp. 60-97, GARCÍA PÉREZ, R., "Las disposiciones generales y la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal a la luz de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales", en GJ, 242 (2006), pp. 60-73, y MAMBRILLA RIVERA, V., "Prácticas comerciales...", *op. cit.*, (II).

⁴¹ Así se indica en el ap. 4) *Competencia desleal*, parágrafo IV-4, del epígrafe IV.- *Libro Tercero: del Derecho de la Competencia y de la propiedad industrial*, de la E. de M. PCM 2013 y ACM 2014.

⁴² En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *cit.*, p. 265, y "La regulación...", *op. cit.*, p. 22.

⁴³ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *cit.*, pp. 261 y 262, y 264, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 17 y 18 y 21.

⁴⁴ En este sentido, *vid.* GÓMEZ SEGADÉ, J. A., "La nueva cláusula general ...", *op. cit.*, p. 332.

conductas que han de ser consideradas desleales, y que pueda responder así a una doble finalidad: De un lado, la cláusula general actúa a modo de declaración programática que permita interpretar correctamente las normas reguladoras de cada uno de los diferentes actos de competencia desleal en concreto; de otro, la cláusula general cumple asimismo una función residual y de cierre del sistema, y que, por ejemplo, pueda ser objeto de aplicación directa para erradicar ilícitos concurrenciales no expresamente contemplados entre tales actos, como ya sucede en la actualidad en relación con el reiterado art. 4 LCD⁴⁵.

El resultado ha sido una norma de contenidos muy similares a los del vigente art. 4 LCD: Así, el parámetro general de deslealtad en relación con cualesquiera ilícitos concurrenciales sigue siendo la contravención objetiva de las exigencias de la buena fe (art. 321-1.1 PCM 2013 y ACM 2014), mientras que en las relaciones con los consumidores se exige la contravención de los requisitos de la diligencia profesional⁴⁶ y la susceptibilidad de distorsionar el comportamiento del consumidor medio destinatario de la conducta de que se trate, y atendiendo al tipo medio de consumidor en cuestión en el caso de grupos de consumidores especialmente vulnerables (art. 321-1.2 PCM 2013 y ACM 2014). Sin embargo, el art. 321-1 se revela muy superior al precepto del que trae causa desde un punto de vista de técnica legislativa, sobre todo por las mayores brevedad y simplicidad de su segundo párrafo⁴⁷, que evita así la farragosa y casuística

⁴⁵ Sobre la aplicación directa del art. 4 LCD como norma sustantiva, *vid.* MASSAGUER, J., *Comentario...*, *cit.*, pp. 147-149, del mismo autor, "La cláusula general...", *op. cit.*, p. 108, "Competencia desleal", *op. cit.*, pp. 264-265, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 21-23, MARTÍNEZ SANZ, F., "Cláusula general...", *op. cit.*, pp. 64-67, GARCÍA-CRUCES, J. A., "Finalidad...", *cit.*, pp. 1169-1179, y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "La ampliación...", *op. cit.*, pp. 397-399, y las SS. TS (Sala de lo Civil) de 22 enero 1999 (RJ 1999\631, caso "Premenaca", comentado por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., en RGD, 670-671 [2000], pp. 9589-9608), 24 noviembre 2006 [RJ 2007\262, caso "Casa Márquez"], 23 marzo, 30 mayo, 8 octubre y 28 noviembre 2007 (RJ 2007\2317, 2007\3607, 2007\6805, y RJ 2007\8455, casos "Philip Morris", "Vibia", "Schindler" y "Panini", respectivamente, ésta última comentada por MAROÑO GARGALLO, M. M., en CCJC, 77 [2008], pp. 903-923), 15 diciembre 2008 [RJ 2009\153, caso "La botica de la abuela"], 10 febrero 2009 (RJ 2009\1480, caso "Fotoprix", comentado por MARCO ARCALÁ, L. A., en CCJC, 82 [2010], pp. 125-144), 22 noviembre 2010 (RJ 2011\561, caso "Mares"; comentado por IRACULIS ARREGUI, N., en CCJC, 86 [2011], pp. 1325-1346, y por SUÑOL LUCEA, A., en "Los elementos estructurales que definen la conducta sometida a la Ley de Competencia Desleal", en RDM, 284 [2012], pp. 181-226), 11 febrero 2011 (RJ 2011\2349, caso "Caliter"), 21 febrero y 13 noviembre 2011 (RJ 2012\4630 y 2013\10, casos "Albea" y "Plastecnic", respectivamente), y 19 junio 2013 (RJ 2013\6716, caso "Funciona"), y las SS. AP (Civil, Secc. 3ª) de Guipúzcoa de 19 junio 2000 (AC 2005\1124, caso "Aneuter"), de Orense (Civil, Secc. única y 2ª, respectivamente) de 15 marzo 2001 (AC 2001\460; caso "Orgadisa") y 10 mayo 2004 [AC 2004\857, caso "Federación Gallega de Empresarios de Gimnasios"], de Barcelona [Civil, Secc. 15ª] de 24 abril y 22 octubre 2001 (AC 2001\1035 y JUR 2004\13988, casos "Yanso" y "Microservice", respectivamente), 20 febrero y 18 diciembre 2002 (JUR 2004\14023 y JUR 2004\14155, casos "Perelada" y "Danone/Nestlé", respectivamente), 11 marzo, 11 junio, 20 octubre, 13 y 14 noviembre y 23 diciembre 2003 (JUR AC 2004\242, JUR 2004\55004, JUR 2004\16129, JUR 2004\4992, JUR 2004\222597, y JUR 2004\90146, casos "Software", "Pulp & Paper", "Ermita d'Espieles", "Fivent", "Bauman" y "Tenneco", respectivamente), de 26 noviembre 2004 (AC 2004\2199, caso "Districhen"), y 4 mayo 2005 (AC 2004\2199, caso "Districhen"), de Málaga (Civil, Secc. 6ª) de 25 enero 2007 (JUR 2007\177471, caso "Miconic"), y de Murcia (Civil/Secc. 4ª), de 29 septiembre 2011 (AC 2011\2209, caso "Inter Baby").

⁴⁶ Sobre esta figura, *vid.* GARCÍA PÉREZ, R., "La diligencia profesional: un concepto clave del nuevo Derecho contra la competencia desleal", en AFDUDC, 14 (2010), pp. 23-37.

⁴⁷ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, pp. 265 y 266, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 22 y 23.

enumeración de supuestos de deslealtad con los consumidores del art. 4.1.2 LCD, tan criticada entre la doctrina⁴⁸, y que recoge en un único apartado las previsiones actualmente desglosadas en los arts. 4.2 y 4.3 de la misma Ley. De ahí, pues, que el régimen de la cláusula general en el nuevo Código Mercantil merezca una valoración muy favorable⁴⁹.

2.4. La dicotomía entre actos de competencia desleal y prácticas comerciales desleales con los consumidores: el nuevo enfoque de la cuestión en la proyectada codificación mercantil

Uno de los aspectos más polémicos en la incorporación de la DPCDC llevada a cabo mediante la LRLCD ha sido, sin duda, la dicotomía que introdujo en la LCD entre actos de competencia desleal (figura ya existente con anterioridad), y prácticas comerciales desleales con los consumidores (una de las principales novedades aportadas por la LRLCD y la DPCDC). Ello dio lugar a la introducción de una estructura dual en la LCD que ha planteado problemas de superposición de sus diferentes preceptos⁵⁰. Esta estructura dual ha pasado a la cláusula general del art. 321-1 PCM 2013 y ACM 2014⁵¹, pero no a la tipificación de las conductas consideradas como desleales en ambos textos prenormativos, configuradas en muchos casos con visión unitaria. De esta manera, y en toda una labor integradora, las prácticas comerciales desleales con los consumidores pasan a ser en la PCM 2013 y en el ACM 2014 lo que siempre debieran haber sido: supuestos específicos de determinados actos de competencia desleal, en concreto de las actuaciones de carácter engañoso o agresivo⁵², y sin que tal calificación impida que tales prácticas puedan ser perseguidas con arreglo a la normativa de protección del consumidor, según se determina en el art. 342-1 ACM 2014⁵³, único ubicado en el Cap. II. De la represión de ciertos actos de competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia, del Tít IV. De las acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia, del Libro III. En consecuencia, esta nueva opción permitirá superar la polémica antes indicada, y resultará muy superior a la LCD

⁴⁸ Sobre tales críticas, *vid.* la doctrina *cit. supra* en la n. 40, especialmente GARCÍA-CRUCES, J. A., "Finalidad...", *cit.*, pp. 1138-1148, RUIZ PERIS, J. A., "La reforma...", *op. cit.*, y "El laberinto...", *op. cit.*

⁴⁹ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., *ibidem*.

⁵⁰ Sobre esta polémica y estos problemas, *vid.* la doctrina *cit. supra* en las nn. 8, 14 y 48, especialmente BERCOVITZ, A., "Nociones introductorias", *op. cit.*, pp. 68-69, TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, *op. cit.*, pp. 34-38 (hablando de "fragmentación" del Derecho de la competencia desleal), GARCÍA-CRUCES, J. A., *ibidem*, y RUIZ PERIS, J. A., "Panorámica..." *op. cit.*, y "Una reforma..." *op. cit.*

⁵¹ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, p. 265, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 22 y 23.

⁵² En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, pp. 267-268, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 23 y 24.

⁵³ En la PCM 2013, la rúbrica de este Cap. II era "De la represión administrativa de ciertos actos de competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia", y contaba con dos preceptos, a saber, este art. 342-1, inalterado en ambos textos prenormativos, y el art- 342-2, sobre infracción en materia de defensa de la competencia, que ha desaparecido de la presente ACM 2014, una vez más en la pretensión de dejar inalterada en lo posible la vigente LDC (sobre el particular y las críticas que ello suscita, *vid.* MASSAGUER, J., "La regulación...", *op. cit.*, pp. 31-33).

desde una perspectiva técnico-legislativa, pues aportará una sistemática más clara y sencilla, que facilitará la correcta delimitación de los diversos ilícitos concurrenciales enumerados en la legislación sobre competencia desleal y así, su adecuada interpretación y aplicación, lo que le hace acreedora una vez más de una valoración muy positiva.

2.5. Breve referencia a las acciones derivadas de la competencia desleal

Al igual que en los arts. 32 a 36 LCD⁵⁴, también se incluyen en la PCM 2013 y en el ACM 2014 algunas disposiciones en materia de acciones derivadas de la competencia desleal, en el Tít. IV de su Libro III, Tít. dividido en dos Caps., a saber, I. De las acciones (arts. 341-1 a 341-4), y II. De la represión de ciertos actos de competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia (art. 342-1), éste último para hacer compatibles estas acciones con los procedimientos administrativos de prevención de la competencia desleal desde la legislación de protección del consumidor (lo que sería trasladable *mutatis mutandis* a las prácticas restrictivas de la libre competencia en lo tocante a la LDC, pese a la supresión en la ACM 2014 del art. 342-2 PCM 2013⁵⁵). Una primera aproximación a estos preceptos ya deja bien patentes diversas novedades que contradicen la inicial y más bien aparente intención del prelegislador de limitarse a recopilar y estructurar el régimen actual de las acciones contra la competencia desleal de los reiterados arts. 32 a 36 LCD⁵⁶. Una aportación evidente y nada desdeñable ha sido la extensión de este régimen a las prácticas restrictivas de la libre competencia, como se desprende de la propia rúbrica de este Tít IV PCM 2013 y ACM 2014, y, sobre todo, del tenor literal de sus arts. 341-1, en su primer párrafo, 341-2.1, 341-3.1 y 341-4, en su primer inciso. Ello no sólo vendría a colmar una importante laguna en nuestra legislación sobre libre competencia, sino que supone un avance significativo de cara a la incorporación de la Directiva 2014/104/UE, del PE y del Consejo, de 26 noviembre 2014 (DOUE L 349, de 5 diciembre 2014), relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del

⁵⁴ Al respecto, *vid.* TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, *op. cit.*, pp. 347-498, CERVERA MARTÍNEZ, M., "Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal: prescripción", en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, *cit.*, t. II, pp. 1843-1942, VEGA VEGA, J. A., "Artículo 32. Acciones.", "Artículo 33. Legitimación activa.", y "Artículo 34. Legitimación pasiva.", BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., "Artículo 35. Prescripción", y SÁNCHEZ BARRIOS, M. I., "Artículo 36. Diligencias preliminares", todos ellos en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, *cit.*, pp. 847-887, 889-928, 929-954, 955-982, y 983-1002, respectivamente, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., "Artículo 32. Acciones.", "Artículo 33. Legitimación activa.", y "Artículo 34. Legitimación pasiva.", MORÁN MEDINA, C., "Artículo 35. Prescripción", y GAVILÁN LÓPEZ, J., "Artículo 36. Diligencias preliminares", todos ellos en *Prácticas comerciales desleales...*, *op. cit.*, pp. 486-518, 519-544, 545-559, 560-581, y 582-597, respectivamente.

⁵⁵ *Vid. supra* n. 53.

⁵⁶ Así se indica en el ap. 6) *Remedios y normas procesales*, párrafo IV-7, del epígrafe IV.- *Libro Tercero: del Derecho de la Competencia y de la propiedad industrial*, de la E. de M. PCM 2013, y en los mismos ap., párrafo y epígrafe de la E. de M. ACM 2014.

Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE (DIDC)⁵⁷, pese a que es obvio que se requerirán ulteriores y más amplias actuaciones normativas a tales efectos.

Es cierto que se ha querido mantener lo más inalterados posible los mandatos de la vigente LCD a este respecto, pero, sin duda, se ha aprovechado la inevitabilidad de estas modificaciones a que daba lugar la ampliación de este régimen de acciones a las prácticas restrictivas de la libre competencia para introducir, además, algunos ajustes técnicos puntuales en el tenor literal de los reiterados arts. 341-1 a 341-4 PCM 2013 y ACM 2014. Algunos de estos ajustes versan sobre la simplificación y precisión en la redacción utilizada⁵⁸, pero otros se muestran más relevantes: Así, destaca la supresión en el art. 341.1 de la referencia directa y expresa a la publicación, en su caso, de la sentencia condenatoria o de una declaración rectificadora contemplada en el actual art. 32.2 LCD, muy polémico⁵⁹, la cual pasaría a ser una actuación subsumible en la acción de remoción y, como tal, sólo se llevaría a cabo a instancia de parte interesada y no de

⁵⁷ Al respecto, *vid.* PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust [aspectos procesales y sustantivos de las acciones civiles en el derecho a la defensa de la competencia]*, 1ª ed., Comares, Granada 2002, ORTIZ BAQUERO, I. S., *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, 1ª ed., La Ley Wolters Kluwer, Madrid 2011, ALONSO SOTO, R., "El interés público en la defensa de la competencia", en *La modernización del Derecho de la Competencia en España* [AA.VV; Dirs.: MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A.], 1ª ed., Marcial Pons, Madrid 2005, pp. 31-46, del mismo autor, "La aplicación privada del Derecho de la competencia", en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* [AA.VV; Coords.: FONT I RIBAS, A., y GÓMEZ TRINIDAD, S.], 1ª ed., Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 123-133, CANTOS, F., CARRERA, E. y GONZALO, P., "La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España y en el Derecho comparado: la Propuesta de directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita", en *GJUE*, 36 [2013] pp. 33-53, JIMÉNEZ LATORRE, F., "Las reclamaciones de daños por infracciones de la competencia", en *GJUE*, 25 [2012], pp. 5-8, SANCHO GARGALLO, I., "Aplicación privada de las normas antitrust", en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, *cit.*, t. I, pp. 907-960, MARCO ARCALÁ, L. A., "Indemnización de daños y perjuicios derivados de ilícitos contra la libre competencia por infracción de reglas sobre acuerdos verticales", en *RDC*, 14 (2014), pp. 1-27, a publicar también (EN PRENSA), en *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo. Repercusiones en el Derecho español y en la práctica contractual* (VV.AA; Dir. CARBAJO CASCÓN, F.), 1ª ed., Tirant Lo Blanch y Universidad de Salamanca, Valencia 2015, pp. 581-605, entre otros muchos.

⁵⁸ *V.gr.*, la supresión del tenor literal del art. 341-2.1 PCM 2013 y ACM 2014 la referencia expresa a las personas físicas y jurídicas del actual art. 33.1 LCD, o a la legitimación activa relativa a las acciones contra la publicidad ilícita del vigente art. 33.2 de la misma Ley (en la misma línea integradora de la publicidad ilícita en la competencia desleal ya señalada *supra*), o la reordenación de la ubicación sistemática de la remisión al art. 11.2 de la Ley 1 /2000, de 7 enero (BOE 7, de 8 enero 2000), de Enjuiciamiento Civil (LEC), en lo tocante a los requisitos de la legitimación activa de las entidades enumeradas en dicho precepto para incoar una acción por resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, que se sitúa en el art. 341-2.3 de ambos textos prenormativos. Cabe indicar, asimismo, pese a su escasa relevancia, que sería deseable la corrección de meras erratas: así, se observan en el tenor literal del reiterado art. 341-2.1 PCM 2013 y ACM 2014 referencias expresas a "números", en relación con las acciones previstas en el art. 341-1 de ambos textos, acciones que se ven tipificadas en *aps.* designados con letras y no con números; por otra parte, se ha omitido en el art. 341-3.2, respecto de la legitimación pasiva de colaboradores y trabajadores, la reiterada extensión de este régimen a las prácticas restrictivas de la libre competencia, puesto que sólo se alude a los actos de competencia desleal.

⁵⁹ Sobre esta controversia, *vid.* TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, *op. cit.*, pp. 401-409, CERVERA MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, pp. 1880-1883, VEGA VEGA, J. A., "Artículo 32...", *cit.*, pp. 880-884, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., "Artículo 32...", *op. cit.*, pp. 508-511, y MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, p. 275, y del mismo autor, "La regulación...", *op. cit.*, p. 34.

oficio⁶⁰. También es importante, a efectos de la legitimación pasiva de los cooperadores en el acto de competencia desleal o en la práctica restrictiva de la libre competencia, el requisito previsto en el art. 341-3.1 de que su cooperación se haya producido por medio de una conducta específicamente encaminada a hacer posible la realización de dicho acto, para evitar una extensión desmesurada de esta modalidad de legitimación pasiva⁶¹. Por lo demás, desaparece asimismo del art. 341-4 el párrafo segundo del presente art. 35 LCD, es decir, la remisión en materia de prescripción de las acciones en defensa de intereses generales, colectivos o difusos al art. 56 TrLGDCU, lo que se debe a la incompatibilidad del carácter imprescriptible de la acción de cesación reconocida en tal precepto con el criterio de prescripción de los actos de competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la libre competencia de carácter continuado o sucesivamente reiterados, que tendrá lugar desde el momento en que desaparezca el riesgo de repetición de tales conductas, lo que, obviamente, quebraría tal imprescriptibilidad⁶². Se trata, pues, de un conjunto de aportaciones muy positivas que incrementan la idoneidad técnica de la normativa en comentario.

3. LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES CON LOS CONSUMIDORES EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

Las prácticas comerciales desleales con los consumidores se han visto introducidas en nuestro Derecho de la competencia desleal en razón de la necesaria incorporación de la DPCDC, y de ahí que hayan pasado asimismo a la PCM 2013 y al ACM 2014. Como ya se ha indicado, la regulación de estas prácticas en ambos textos prenormativos respeta su contenido esencial en la actual LDC, una vez más atendiendo a la DPCDC y a la opción del prelegislador de intervención mínima en esta materia, pero aporta modificaciones muy relevantes en cuanto a su estructura.

3.1. La delimitación de la figura: de nuevo sobre la cláusula general prohibitiva

La reordenación y refundición de los mandatos de la vigente LCD ha dado lugar, entre otras modificaciones, a que la figura de las prácticas comerciales desleales con los consumidores ya no se contemple de forma separada, sino conjunta, respecto de los actos de competencia desleal, en los Caps. I y II del Tít. II del Libro III PCM 2013 y ACM 2014. Buena muestra de ello es la existencia en ambos textos prenormativos de algunos preceptos de alcance global y omnicompreensivo, es decir, aplicables tanto a una

⁶⁰ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., " *ibidem*."

⁶¹ Al respecto, *vid.* MASSAGUER, J., *ibidem*. Por lo demás, esta venía siendo una exigencia muy demandada entre la doctrina (al respecto, *vid.* TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, *op. cit.*, pp. 466-470, CERVERA MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, pp. 1913-1914, VEGA VEGA, J. A., "Artículo 32...", *op. cit.*, pp. 942-952, y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., "Artículo 32...", " *op. cit.*, pp. 549-551).

⁶² En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, pp. 275 y 276, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 34 y 35.

concreta modalidad de actos de competencia desleal como a las prácticas comerciales desleales con los consumidores subsumibles en dicha modalidad. No obstante, las disposiciones del Código Mercantil en las que se tipifican los actos de competencia desleal resultan de lo más variado en sus planteamientos. Así, alguna de ellas reviste estructura dual, es decir, presenta un primer ap. en el que se recogen los elementos propios del ilícito concurrencial de que se trate, y un segundo ap. en el que se determinan específicamente los extremos de la conducta a considerar como una práctica comercial desleal con los consumidores. En cambio, se ha optado en otros supuestos por establecer el régimen de algunas de tales prácticas con una estructura uniforme, es decir, en preceptos *ad hoc*, los cuales versan única y exclusivamente sobre dichas prácticas. Sin embargo, el punto de partida en la regulación de esta figura ha de ser su delimitación con carácter general.

Esta delimitación general de las prácticas comerciales desleales con los consumidores se establece en sede de cláusula general, ésto es, en el art. 321-1 PCM 2013 y ACM 2014, en su segundo párrafo. Es claro el paralelismo de esta disposición con el actual art. 4 LCD, en concreto con el segundo párrafo del art. 4.1, y con los arts. 4.2 y 4.3, cuyos contenidos se han visto trasladados al referido precepto del Código Mercantil, si bien con una estructura distinta, más breve y simple y, por tanto, con una superior técnica legislativa. Así, de conformidad con el art. 321-1.2, se considerará practica comercial desleal con los consumidores cualquier conducta en la que concurren cumulativamente los dos requisitos ya indicados de la contravención mediante dicha conducta de los requisitos de la diligencia profesional y la idoneidad de la reiterada conducta para distorsionar sustancialmente el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o se dirige, o del miembro medio del grupo concreto de consumidores al que va dirigida, atendiendo en particular a los grupos de consumidores especialmente vulnerables en razón de su edad, credulidad, dolencias físicas o trastornos mentales⁶³. Conviene precisar que, al igual que en relación con el art. 4 LCD, la interpretación de tales requisitos deberá llevarse a cabo de acuerdo con los parámetros sentados en la DPCDC, en particular en sus arts. 2 (referente a las definiciones de los elementos propios de esta Directiva) y 5.2 (sobre las exigencias generales para calificar como desleal una práctica comercial), lo que resultaría más sencillo sobre la base de la disposición en análisis, dado su tenor literal más sencillo y menos complejo y farragoso que la prolija redacción de la norma vigente⁶⁴, por lo demás muy criticada por no haber incorporado correctamente los reiterados arts. 2 y 5 DPCDC⁶⁵.

Las funciones que estaría llamada a desempeñar la cláusula general de deslealtad en relación con las prácticas comerciales desleales con los consumidores serán las

⁶³ Sobre la interpretación de estos requisitos a tenor del art. 4 LCD, en principio trasladables *mutatis mutandis* al art. 321-1.2 PCM 2013 y ACM 2014, *vid.* la doctrina *cit. supra* en la n. 40.

⁶⁴ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, pp. 265 y 266, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 22 y 23.

⁶⁵ En este sentido, *vid.* BERCOVITZ, A., "Artículo 4. Cláusula general.", *op. cit.*, pp. 104-112 (105), GARCÍA-CRUCES, J. A., "Finalidad...", *op. cit.*, pp. 1138-1148 (1192-1193), TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, *op. cit.*, pp. 81-98 (84), y MASSAGUER, J., *ibidem*.

mismas que son propias de dicha cláusula, es decir, una primera ya indicada, de carácter programático, de configuración básica de esta modalidad específica de conducta desleal, y otra de contenido sustantivo, igualmente relevante. En esta segunda función, el art. 321-1.2 vendría a actuar como norma directamente aplicable y así, operaría como una norma de carácter residual o de cierre del sistema, en cuyo ámbito tendrían cabida aquellos ilícitos que respondiesen a las dos exigencias de deslealtad antes expuestas pero que no hubiesen sido expresamente tipificados en el elenco concreto de prácticas comerciales desleales con los consumidores reguladas en el Código Mercantil⁶⁶.

3.2. Las prácticas comerciales desleales con los consumidores de carácter engañoso

El régimen de este primer gran grupo de prácticas comerciales desleales con los consumidores en la PCM 2013 y en el ACM 2014 responde a un afán del prelegislador de incorporar con una fidelidad casi mimética los parámetros de la DPCDC, lo cual, por ejemplo, se observa en el mantenimiento inalterado de la regulación por separado del engaño por acción, de un lado, y el engaño por omisión, de otro⁶⁷. Asimismo, se ha recurrido a una combinación de diferentes opciones de técnica legislativa antes expuestas en los diversos preceptos del Código Mercantil sobre esta materia, en concreto los arts. 322-2 a 322-4, en el Cap II del Tít. II del Libro III de ambos textos prenormativos. Así, alguno de ellos presenta una estructura dual similar a la de la cláusula general, en otro se contempla de manera global y omnicompreensiva la deslealtad, tanto en lo tocante a los actos de competencia desleal como a las prácticas comerciales desleales con los consumidores, y también hay un ulterior precepto que versa tan sólo sobre la tipificación y enumeración de tales prácticas.

La caracterización general de los actos de engaño se establece en el art. 322-2 PCM 2013 y ACM 2014. Es este un precepto complejo de estructura dual. Así, se establece en su primer párrafo una delimitación básica de los actos de engaño como el uso o difusión de indicaciones incorrectas o falsas o cualesquiera otras prácticas susceptibles de inducir a error a sus destinatarios y distorsionar su comportamiento económico, lo que constituye una definición de los actos de competencia desleal por engaño, pero que sigue muy de cerca las nociones de acciones engañosas y de publicidad engañosa de los arts. 6.1 DPCDC, en su primer inciso, y 2 b) DPE, respectivamente⁶⁸. A renglón seguido, se enumeran en el segundo párrafo de esta

⁶⁶ En sentido similar, en lo tocante a la cláusula general relativa a las prácticas comerciales desleales con los consumidores regulada en el vigente art. 4 LCD, *vid.* GÓMEZ SEGADE, J. A., "La nueva cláusula general ...", *cit.*, p. 343 (si bien precisando que el amplio elenco de prácticas comerciales desleales tipificadas en el Anexo I de la DPCDC y en la propia LDC hará difícil la realización de conductas de este tipo al margen de tal enumeración), TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, *cit.*, pp. 69-73, y PATIÑO ALVES, B. y DÍEZ BAJO, A., "Artículo 4. Cláusula general.", en *Prácticas comerciales desleales...*, *op. cit.*, pp. 78-80.

⁶⁷ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, pp. 268 y 269, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 25 y 26.

⁶⁸ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, p. 269, y "La regulación...", *op. cit.*, p. 26.

disposición los elementos sobre los cuales debe poder verse inducido a error un consumidor para poder hablar de una conducta desleal que, por tener lugar respecto de los consumidores, sería calificable de práctica comercial desleal con éstos últimos. Tales elementos son los mismos que aparecen descritos en el reiterado art. 6.1 DPCDC, a saber, la existencia o la naturaleza de un bien o servicios, sus principales características (disponibilidad, beneficios, riesgos, accesorios, etc.), el alcance de los compromisos del empresario, los motivos de la práctica, la naturaleza del proceso de venta o la indicación de que el empresario o sus prestaciones son objeto de patrocinio o de aprobación directa o indirecta, el precio, su modo de fijación o la existencia de ventajas específicas sobre el mismo, la necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación y la naturaleza, características y derechos del empresario o su agente. Finalmente, el tercer párrafo de esta norma determina que también se estimará engañoso el incumplimiento por parte del empresario de compromisos incluidos en códigos de conducta que sean firmes y verificables y habiéndose indicado la vinculación por dicho código en una conducta de las sometidas al Libro III PCM 2013 y ACM 2014, lo que responde asimismo a lo previsto en el art. 6.2 b) DPCDC. En otras palabras, la referida estructura dual de este art. 322-2 consiste en que sus párrafos primero y tercero resultarían indistintamente aplicables a actos de competencia desleal y a prácticas comerciales desleales con los consumidores, mientras que su segundo párrafo se ve únicamente circunscrita a éstas últimas.

En cambio, la regulación de las omisiones engañosas establecida en el art. 322-3 de ambos textos prenormativos aparece configurada con carácter global y omnicomprensiva a lo largo de todo el precepto, cuyo contenido comprende tanto los actos de competencia desleal como las prácticas comerciales desleales con los consumidores. No obstante, también este precepto incorpora casi sin fisuras las previsiones a este respecto del art. 7 DPCDC, lo que supone que los parámetros de deslealtad de las prácticas comerciales desleales con los consumidores en este punto se ven así extendidas igualmente a los actos de competencia desleal, en un régimen uniforme para ambos⁶⁹. En el art. 322-3.1 se define la omisión engañosa como aquella consistente en prescindir de información sustancial necesaria para que el destinatario medio (empresario, operador o consumidor) tome una operación comercial con el debido conocimiento de causa (lo que equivale a decir que fuerza a tomar una decisión sobre una transacción que no se habría tomado de otro modo, como se indica textualmente la Directiva), y se incluyen a renglón seguido en esta categoría tanto la ocultación de información sustancial como su presentación ininteligible, poco clara, ambigua, en un momento inadecuado o sin dar a conocer el propósito comercial de la comunicación. Se determina lo que se entiende por información sustancial en los arts. 322-3.2 y 322.3.3, de nuevo atendiendo a la enumeración de los arts. 7.4 y 7.5 DPCDC, a saber, las características principales de la prestación, la identidad y dirección del empresario o del empresario por cuya cuenta se actúa, en su caso, el precio o la forma en que se determina, incluyendo gastos adicionales, procedimientos de pago, entrega y

⁶⁹ En sentido similar, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, p. 270, y "La regulación...", *op. cit.*, p. 27.

funcionamiento, tratamiento de las reclamaciones, la existencia de un derecho de desistimiento, y los requisitos de información relacionados con las informaciones comerciales (incluidas publicidad y comercialización) tipificados en el Derecho de la UE o en la normativa interna que lo incorpore⁷⁰.

Por último, se reproduce íntegramente en el art. 322-4 el elenco de prácticas comerciales con los consumidores consideradas desleales por engañosas en cualesquiera circunstancias que aparece en la primera parte del Anexo I de esta Directiva (tan sólo cambia la nomenclatura de los veintitrés supuestos enumerados como tales, la cual es de letras en este precepto y de números en la DPCDC). Se trata, pues, de conductas que van a ser estimadas como desleales de manera directa, *per se*, sin necesidad de acreditar otra cosa que no sea la propia conducta en cuestión, y así, sin tener que verificar que concurren en el caso concreto los requisitos tipificados en los arts. 322-2 y 322-3, paralelos como ya se ha indicado a los arts. 6 y 7 DPCDC. Esta una opción se revela muy correcta desde el punto de vista técnico-legislativo, ya que permite la completa incorporación de la DPCDC a nuestra normativa interna, habida cuenta de su carácter de Directiva de armonización plena del mercado único interior o de máximos⁷¹, y asimismo de la jurisprudencia comunitaria que se ha pronunciado en este punto⁷².

3.3. Las prácticas comerciales desleales con los consumidores de carácter agresivo

Las prácticas desleales por agresión son la segunda modalidad de deslealtad contemplada en la DPCDC y representaron en su momento toda una novedad en nuestro Derecho⁷³, que pasó desde luego a la normativa vigente, y que ha pasado también a la

⁷⁰ Teniendo en cuenta la aplicación uniforme de esta disposición a todos los que participan en el mercado, MASSAGUER, J., *ibidem*, propone que el Código Mercantil incluya en su disposición derogatoria el art. 20 TrLGDCU, único precepto vigente en el que se recoge esta enumeración de informaciones sustanciales, tras haberse visto modificado por el art. 3.cuatro LRLDC, ya que carecería de sentido a la luz de los arts. 322-3.2 y 322-3-3 PCM 2013 y ACM 2014.

⁷¹ En este sentido, *vid.* los aps. 3 a 5 del Preámbulo de la DPCDC, así como los arts. 114 y 169.2 a) TFUE -; sobre el particular, *vid.* MASSAGUER, J., *El nuevo Derecho...*, *op. cit.*, pp. 33-55, GARCÍA PÉREZ, R., *Libre circulación de mercancías...*, *op. cit.*, pp. 158-163, y del mismo autor, "Tiempo de cambios para el Derecho contra la competencia desleal: la Directiva sobre prácticas comerciales desleales", en ADI, 26 (2005-2006), pp. 475-484.

⁷² El TJUE ha venido a señalar que no es posible considerar como prácticas comerciales desleales *per se* con los consumidores otras conductas que no sean las exhaustivamente tipificadas en el Anexo I DPCDC, como, por lo demás, se señala expresamente en el ap. 17 de su Preámbulo (en este sentido, *vid.* las SS. C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV v. Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*, de 14 enero 2010 [caso "Plus", Rec. I-217], aps. 41-45, C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG v. "Österreich"-Zeitungsverlag GmbH*, de 9 noviembre 2010 [caso "Mediaprint", Rec. I-10909], aps. 30 a 34, C-206/11, *Georg Köck v. Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb*, de 17 enero 2013 [caso "Köck", ap. 35, y C-515/12, *"4finance" UAB v. Valstybinė varotojų teisių apsaugos tarnyba y otros*, de 3 abril 2014 [caso "4finance"], aps. 31 y 32, disponibles en <http://curia.europa.eu>).

⁷³ Sobre el particular, *vid.* MASSAGUER, J., "Prácticas comerciales agresivas", en *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos* (VV.AA; Coord.: FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M.), 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2010, pp. 77-90, del mismo autor, "Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal", en AJUM, 27 (2010), pp. 17-32 (disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2755/documento/art01.pdf?id=2542>), TATO PLAZA,

PCM 2013 y al ACM 2014, concretamente a sus arts. 322-5 y 322-6. Justamente por su carácter agresivo, que parece requerir conductas activas en todos o casi todos los supuestos, se ha considerado innecesario plantearse la eventual comisión por omisión de este tipo de prácticas, y de ahí que se haya prescindido de la dicotomía entre acción y omisión propia de las prácticas engañosas. En consecuencia, se ha optado en el primero de los preceptos citados por regular con carácter general las prácticas agresivas y en el segundo por reproducir de nuevo la enumeración concreta de tales prácticas (ocho en total, si bien designadas con letras y no con los números utilizados en la Directiva) tipificada en el Anexo I DPCDC, esta vez en su parte segunda, y por las mismas razones ya expuestas en relación con las prácticas engañosas, a saber, la vinculación de la Directiva a los objetivos del mercado interior y la posición de la jurisprudencia al respecto, similar para ambos grupos de prácticas desleales⁷⁴.

El régimen general de las prácticas agresivas establecido en el art. 322-5 incorpora asimismo los parámetros determinados en los arts. 8 y 9 DPCDC, cada uno de ellos en el primer y el segundo párrafo de este precepto, respectivamente⁷⁵. De este modo, se han definido estas prácticas en el art. 322-5.1 PCM 2013 y ACM 2014 como aquellas conductas que se valgan del acoso, la coacción, incluyendo el uso de la fuerza o la influencia indebida, de forma que puedan distorsionar sustancialmente el comportamiento económico de sus destinatarios. A continuación, se disponen en el art. 322-5.2 las mismas circunstancias y elementos adoptados en el art. 9 DPCDC para ponderar la concurrencia o no de la agresividad tipificada en la referida definición, a saber, el momento, lugar, naturaleza y persistencia de la conducta en cuestión, el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante, la explotación de infortunios lo suficientemente graves como para mermar el discernimiento del destinatario e influir así en su comportamiento económico, oponer cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos y desproporcionados cuando la contraparte quiera ejercitar derechos previstos en el contrato, incluyendo el derecho de finalizar el contrato o de cambiar de prestación o de proveedor, y la amenaza de ejercer acciones no ejercitables legalmente.

Una variación importante que se observa en el art. 322-5 respecto del tenor literal de la DPCDC es la dicción más genérica y omnicompreensiva en relación con los perjudicados por esta modalidad de deslealtad. Así, aun cuando se habla de "prácticas agresivas" en la rúbrica de este precepto, al igual que en los arts. 8 y 9 DPCDC, lo cierto es que en el texto articulado del primero se utilizan las voces "conducta", "comportamiento" y, sobre todo, "destinatario" y "contraparte", en lugar de "consumidor", como en la Directiva. De ello se infiere la voluntad del prelegislador de regular una vez más de manera conjunta y global los actos de competencia desleal y las

A., "Una primera aproximación al régimen jurídico de las prácticas agresivas en la Directiva sobre prácticas desleales con los consumidores", en ADI, 27 (2006-2007), pp. 425-446, del mismo autor, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, *op. cit.*, pp. 181-249, y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., "El catálogo de prácticas comerciales agresivas destinadas a los consumidores", en ADI, 32 (2011-2012), pp. 195-222.

⁷⁴ *Vid. supra* n. 72.

⁷⁵ Al respecto, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, pp. 270 y 271, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 27 y 28.

prácticas comerciales con los consumidores desleales por agresión, y de ahí que se pueda seguir sosteniendo la aplicabilidad indistinta de la norma en comentario a ambos tipos de actuaciones agresivas, es decir, tanto si van dirigidas contra empresarios u operadores económicos como contra consumidores y usuarios, de una forma similar a lo que sucede en el momento presente en la vigente LCD, sobre la base de su art. 8⁷⁶, sistemáticamente ubicado entre dichos actos, y al margen de las prácticas agresivas reguladas en los arts. 28 a 31 de la misma Ley⁷⁷. Por lo demás, ello no empece el reiterado carácter de armonización plena y de máximos de la DPCDC, ya que el mismo iría referido a la protección de los consumidores y usuarios, pero nada tendría que ver con la libertad de los Estados miembros para regular la deslealtad entre empresarios y operadores económicos entre sí, en virtud del principio de subsidiariedad.

4. VALORACIÓN FINAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

El régimen establecido en la PCM 2013 y en el ACM 2014 en materia de competencia desleal en general y de las prácticas comerciales desleales con los consumidores en particular no está exento de defectos y de críticas y podría, pues, ser susceptible de verse perfeccionado, y así debiera de hacerse a lo largo de su posterior tramitación legislativa, en su caso, ya que hay que considerar que ambos textos prelegislativos se hallan todavía en una fase que podríamos denominar como embrionaria y que queda, por tanto, mucho por hacer. No obstante, y pese a la notable conveniencia de tales mejoras, es evidente que supone un avance sustancial y muy deseable respecto de la actual LCD, no sólo por su mayor idoneidad en un plano estrictamente técnico-jurídico, sino también por incorporar de un modo más adecuado a nuestro ordenamiento interno la DPCDC y la DPE, sobre todo si se atiende a la jurisprudencia comunitaria, de la que, sin duda, se ha hecho eco el prelegislador. En consecuencia, sólo cabe confiar en que este intenso y encomiable esfuerzo que ha representado esta iniciativa recodificadora y asimismo modernizadora de nuestro Derecho mercantil continúe con el mismo tesón y pueda culminar en el plazo más breve posible con la promulgación de este nuevo cuerpo legal.

⁷⁶ Al respecto y en sentido similar, *vid.* TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, *op. cit.*, pp. 208-209, ARROYO APARICIO, A., "Artículo 8. Prácticas agresivas.", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, *cit.*, pp. 197-220 (202-204), y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., "La deslealtad de las prácticas comerciales agresivas entre competidores", en ADI, 32 (2011-2012), pp. 173-194.

⁷⁷ Sobre tales preceptos, *vid.* MONGE GIL, A. L., "Artículo 28. Prácticas agresivas por coacción", ZUBIRI DE SALINAS, M., "Artículo 29. Prácticas agresivas por acoso.", y "Artículo 30. Prácticas agresivas en relación con los menores.", y CARBAJO CASCÓN, F., "Artículo 31. Otras prácticas agresivas.", todos ellos en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, *op. cit.*, pp. 781-784, 785-805, 807-815, y 817-843, respectivamente, LUNAS DÍAZ, M. J., Artículo 28. Prácticas agresivas por coacción", "Artículo 29. Prácticas agresivas por acoso.", "Artículo 30. Prácticas agresivas en relación con los menores.", y "Artículo 31. Otras prácticas agresivas.", todos ellos en *Prácticas comerciales desleales...*, *op. cit.*, pp. 415-430, 431-452, 453-468, y 469-485, respectivamente, así como la doctrina *op. cit. supra* en la n. 73.

LA FUNCIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADOS DE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA 2014/104/UE EN NUESTRO DERECHO INTERNO *

ANTONIO ROBLES MARTÍN-LABORDA **

Resumen

La atribución de una función preventiva a las normas establecidas en la Directiva 2014/104/UE, tal y como pretendía originariamente la Comisión, habría exigido la configuración de un Derecho de daños especial para los derivados de infracciones de las normas de defensa de la competencia. Al limitarse el texto finalmente aprobado a facilitar el resarcimiento de las víctimas, especialmente de los cárteles ya sancionados administrativamente, resultará potenciada la función indemnizatoria atribuida con carácter general a las normas sobre responsabilidad civil, y sólo indirectamente su función preventiva. De esta forma, las modificaciones exigidas por la transposición de la Directiva, de carácter esencialmente procesal, no impedirán que se continúe aplicando el régimen general sobre responsabilidad civil previsto en nuestro ordenamiento a las reclamaciones sobre daños por infracciones del Derecho de la competencia.

Contenido

1. Introducción. - 2. La función de las normas sobre daños por infracciones del Derecho de la competencia. -3. Aspectos sustantivos. – 3.1. El daño. – 3.2. La relación de causalidad. – 3.3. La culpa. - 4. Aspectos procesales: la prueba. – 4.2. La prescripción. - 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En las páginas siguientes se pretende determinar la función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia regulada en la reciente Directiva 2014/104/UE (*Directiva de Daños*),¹ y su coherencia

* El presente trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación "La nueva CNMC: análisis jurídico del cambio de modelo institucional y de su repercusión práctica en el ámbito nacional e internacional". Plan Nacional de I+D del Ministerio de Economía y Competitividad. DER2013-48401-P

* Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid. (ORCID: 0000-0003-1179-0426).

¹ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por

con la atribuida al régimen general sobre responsabilidad civil previsto en nuestro ordenamiento interno (apartado 2). Teniendo en cuenta ambos aspectos, se analizan brevemente las exigencias derivadas de la transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento interno, diferenciando los aspectos sustantivos (apartado 3) de los procesales, con especial atención al problema de la prueba (apartado 4). Se concluyendo valorando si dichas exigencias han de conducir a la configuración de un Derecho de daños especial –y armonizado– para las acciones derivadas de infracciones del Derecho de la competencia (apartado 5).

2. LA FUNCIÓN DE LAS NORMAS SOBRE DAÑOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El sistema de aplicación pública de las normas comunitarias de defensa de la competencia previsto inicialmente en el Reglamento 17/1962,² centralizado en la Comisión, resultó ser insuficiente e ineficaz para desarrollar adecuadamente su función preventivo-punitiva.³ A pesar de algunos tímidos intentos anteriores,⁴ la necesaria descentralización no se alcanzó hasta la promulgación del Reglamento 1/2003,⁵ en el que se introdujeron dos normas esenciales para la consecución de ese fin: por una parte, la aplicabilidad directa de la exención contenida en el apartado 3 del artículo 81 del Tratado (actual artículo 101 TFUE), de tal forma que, desde entonces, los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que reúnan las condiciones previstas en dicho apartado “*no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto*” (artículo 1.3);⁶ por otra, la aplicación del Derecho comunitario de la competencia se convierte en una obligación para las autoridades (y los órganos jurisdiccionales) nacionales, los cuales, siempre que apliquen el Derecho nacional de la

infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DOUE L 349, de 5 de diciembre de 2014, págs. 1-19).

² Reglamento 17/1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado.

³ *Cfr.* considerandos 2 y 3 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Sobre el tema, con referencias bibliográficas adicionales, ya ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “El principio de subsidiariedad en la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE”, *Derecho de los Negocios*, núm. 37, 1993, págs. 16 y ss.

⁴ *Vid.* Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (DO C 39 de 13.2.1993, págs. 6-12) y Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado CE (DO C 313 de 15.10.1997, págs.3-11).

⁵ *Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.* Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:ES:PDF> (Consultado por última vez el 20 de diciembre de 2014).

⁶ Según los artículos 4 y 9 del Reglamento 17/62 , la Comisión tenía competencia exclusiva para declarar inaplicables las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 a los acuerdo que cumplieran los requisitos establecidos en su apartado 3, siempre que hubieran sido previamente notificados por las partes interesadas. Las autoridades y los órganos jurisdiccionales nacionales, por lo tanto, sólo eran competentes para aplicar la prohibición contenida en el apartado 1, pero no podían conceder una exención individual aunque la conducta enjuiciada reuniera los requisitos del apartado 3.

competencia a conductas prohibidas por los artículos 101 o 102 TFUE, deberán aplicar también estos últimos (art. 3.1).⁷

La aplicación pública de los artículos 101 y 102 TFUE corresponde desde entonces tanto a la Comisión Europea como, principalmente, a las autoridades nacionales de los Estados miembros. De esta forma, la infracción de cualquiera de aquéllos puede dar lugar a la incoación de un procedimiento administrativo sancionador por parte de la Comisión Europea o de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) que, actuando en interés público con una función preventivo-punitiva, termine con la declaración de la existencia de una conducta prohibida y la imposición de una multa.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia había ya establecido con anterioridad que las normas sobre competencia incluidas en el Tratado pueden producir efectos directos inmediatos en las relaciones entre particulares, por lo que generan de forma directa en favor de éstos derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger.⁸ El propio Derecho comunitario originario, por lo tanto, exige ya que los Estados miembros garanticen la existencia de un sistema adecuado para la aplicación privada de las normas sobre competencia del Tratado.⁹ Esta exigencia resultaba evidente respecto de la nulidad prevista expresamente en el apartado 2 del actual artículo 101 FTUE -alegada normalmente por vía de excepción ante una acción de incumplimiento-; y de la jurisprudencia existente podía deducirse que, entre los efectos directamente producidos por las normas sobre competencia del Tratado, se incluye la posibilidad de ejercitar contra un particular la correspondiente acción de daños y perjuicios,¹⁰ ya antes de que fuera establecida expresamente por el Tribunal de Justicia en el asunto *Courage*, conforme al cual:

La plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia.¹¹

Ante la inexistencia de una normativa comunitaria en esta materia corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia del derecho a reclamar la mencionada indemnización,¹² así como, en general, la aplicación del concepto de relación de causalidad, el plazo de prescripción de la acción de indemnización, o la fijación de los

⁷ La Directiva es aplicable a toda infracción de los artículos 101 o 102 TFUE, así como a las disposiciones del Derecho nacional que se apliquen al mismo asunto conforme a este artículo (art. 2 *Directiva de Daños*).

⁸ STJCE de 21 de marzo de 1974, 127/73- *BRT/SABAM*.

⁹ STJCE de 28 de febrero de 1991, C-234 /89 - *Delimitis/Henninger Bräu*, ap. 44; STPI de 17 de septiembre de 1992, T-24/90 - *Automec contra Comisión*, aps. 73 y 85.

¹⁰ STJCE 19.11.1991, C-6/90 y C-9/90, *Francovich*, respecto del Estado miembro infractor.

¹¹ STJCE de 20 de septiembre de 2001, C-453/99 - *Courage Ltd y Bernard Crehan*, ap. 26.

¹² SSTJCE de 13 de julio de 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ap. 62.

criterios que permitan determinar la cuantía de la reparación.¹³ Sin embargo, esa regulación nacional no puede ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad).¹⁴

El respeto del principio de equivalencia resulta indiscutible en el caso del Derecho español: la competencia para conocer de las reclamaciones de daños derivados de infracciones de las normas de defensa de la competencia corresponde a los juzgados de lo mercantil y se tramita conforme a las reglas del juicio ordinario, con independencia de que las normas infringidas sean las del Derecho interno o las del Derecho comunitario. Y, en ambos casos, la reclamación se rige por las normas generales de responsabilidad por daños previstas en el art. 1902 CC¹⁵ (o, en caso de ser finalmente aprobado, en el artículo 341-1 del *Anteproyecto de Ley de Código Mercantil*, que, al extender el régimen actualmente previsto en la *Ley de Competencia Desleal* a las prácticas restrictivas de la competencia, incluye entre ellas la de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto o práctica, si ha intervenido dolo o culpa del agente).

Sin embargo, la Comisión Europea ha afirmado que la regulación nacional existente -no ya en España, sino en el conjunto de los Estados miembros de la Unión Europea- supone un obstáculo para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan desempeñar la función complementaria de la de las autoridades nacionales de competencia que les corresponde.¹⁶ De ahí que en los últimos años la Comisión Europea haya abordado diversos trabajos para determinar las causas de esa supuesta escasez de reclamaciones por daños y analizar posibles iniciativas para promoverlas.¹⁷ Éstas han desembocado, mediante la reciente aprobación de la *Directiva de Daños*, en la armonización parcial de determinadas normas sustantivas y procesales del Derecho de la responsabilidad civil por daños causados por infracciones del Derecho de la competencia. El fundamento de esta armonización, por lo tanto, se encontraría en el principio de efectividad, entre cuyas -supuestas- exigencias se incluiría la

¹³ STJCE de 13 de julio de 2006, *Manfredi*, cit., aps. 64, 81 y 92.

¹⁴ SSTJCE de 20 de septiembre de 2001, *Courage*, cit., ap. 29; y de 13 de julio de 2006, *Manfredi*, cit., ap. 62. Ambos principios son recogidos en el artículo 4 de la Directiva de Daños.

¹⁵ SSTS (Sala de lo Civil) de 8 de junio de 2012, F.D. 12, y de 4 de septiembre de 2013, F.D. 5.

¹⁶ *Libro Verde. Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*. Bruselas, 19.12.2005 COM(2005) 672 final, *passim*, en relación con el Considerando 7 del Reglamento 1/2003. En el caso español, los datos empíricos sugieren precisamente lo contrario. Cfr. MARCOS, F., “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, *Global Competition Law Review*, vol. 6, núm. 4, 2013, págs. 167 ss. (también disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2351770 (Consultado por última vez el 20 de diciembre de 2014).

¹⁷ Entre ellos, el *Libro Verde*, cit., y el Libro Blanco. Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. Bruselas, 2.4.2008 COM(2008) 165 final (en adelante, *Libro Blanco*). Sobre este último, *vid.* ILLESCAS, R., “A propósito del reciente Libro Blanco de la Comisión de la CE sobre “acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la competencia””, *Actas de Derecho Industrial*, vol. 28 (2007-2008), págs. 589 ss. Disponibles en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html (Consultado por última vez el 20 de diciembre de 2014).

descentralización de la aplicación del Derecho de la competencia mediante la atribución a la aplicación privada del Derecho de la competencia de la misma función (preventivo-punitiva) que corresponde a la aplicación pública.¹⁸

Sin embargo, como en la mayoría de los demás Estados miembros, la función normativa del régimen general de nuestro Derecho sobre responsabilidad civil – aplicable hasta ahora a los daños por infracciones tanto de nuestro Derecho de la competencia interno como del comunitario- es considerada mayoritariamente como puramente indemnizatoria, de tal forma que la prevención no sería más que un “*subproducto fáctico de la compensación*”.¹⁹ Como regla general, la función preventiva o disuasoria de las conductas potencialmente dañosas corresponde exclusivamente, en nuestro ordenamiento, al Derecho Penal o al Derecho Administrativo Sancionador;²⁰ y, en el caso del Derecho de la competencia, dicha función se manifiesta en las facultades sancionadoras atribuidas a la CNMC.

La atribución de una función adicional punitivo-represiva a las normas sobre daños por infracciones del Derecho de la competencia impediría, por lo tanto, la aplicación del régimen general (artículo 1902 CC, o 341-1 del *Código Mercantil* si llegara convertirse en Ley) y exigiría el establecimiento de un régimen específico. Sin embargo, como veremos, la mayoría de las manifestaciones de la pretendida función preventiva han ido desapareciendo durante la tramitación de la Directiva, poniendo en duda, así, la propia conveniencia de su aprobación.²¹

3. ASPECTOS SUSTANTIVOS

3.1. El daño indemnizable

Aunque inicialmente la Comisión planteó la posibilidad de armonizar todos los elementos de la responsabilidad civil (daño, culpa y relación de causalidad),²² en la Directiva sólo se regula parcialmente el daño indemnizable.²³

¹⁸ *Libro Verde, cit.*, pág. 3. En la práctica, esta función preventivo-punitiva de las normas sobre daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia prevista, complementaria de la que desempeñan las normas administrativas sancionadoras, sólo resultaría efectiva si aquellas favorecieran las demandas por daños originarias (en ausencia de resolución administrativa previa, o “*stand alone claims*”); las demandas derivadas (aquellas que se apoyan en una resolución administrativa previa, o “*follow-on claims*”) ciertamente pueden agravar las consecuencias patrimoniales para el infractor, pero sólo alcanzan a conductas ya constitutivas de una infracción.

¹⁹ PANTALEÓN, F., “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000, pág. 167. En el mismo sentido, REGLERO, F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2002, págs. 55-56.

²⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pág. 44; REGLERO, F., *Tratado de Responsabilidad Civil, cit.*, pág. 62.

²¹ En este sentido, ya MARCOS, F.; SÁNCHEZ GRAELLS, A., “Towards a European Tort Law? Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Harmonizing Tort Law through the Back Door?”, *European Review of Private Law*, vol. 16, núm. 3, 2008, págs. 469 ss.; ALFARO, J., “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia”, *InDret*, 3/2009 (disponible en http://www.indret.com/pdf/667_es.pdf. Consultado por última vez el 20 de diciembre de 2014).

²² La doctrina civilista no es unánime sobre si la antijuricidad constituye un presupuesto de la responsabilidad extracontractual, y, en caso afirmativo, si aquella supone un juicio respecto de la

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, “los perjudicados no sólo deben poder solicitar reparación del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses”.²⁴ Tal definición, sin embargo, constituía en realidad el mínimo indemnizable, pues la posibilidad de conceder indemnizaciones de carácter disuasorio o punitivo por infracciones del Derecho comunitario de la competencia no sólo resultaba admisible, sino que, conforme al principio de equivalencia, resultaría obligada siempre que se pudieran conceder tales indemnizaciones especiales en el marco de las acciones nacionales similares²⁵. En ese sentido, y dada la función (preventiva) complementaria de la aplicación pública que la Comisión pretendía atribuir a la aplicación privada del Derecho de la competencia, en el *Libro Verde* planteó la conveniencia de doblar los daños en los casos de cárteles, o, al menos, de definir los daños en función del beneficio ilegal obtenido por el infractor.²⁶

En nuestro ordenamiento, la absorción de las ganancias ilícitamente obtenidas por el causante del daño ha sido ya reconocida en determinados regímenes especiales de responsabilidad por daños provocados por infracciones de derechos de exclusiva,²⁷ y ha sido señalada como una característica propia de su función preventivo-punitiva.²⁸ En tales casos esta función tendría mayor justificación que en aquellos en los que los daños han sido causados por infracciones del Derecho de la competencia, ya que, a diferencia de lo que sucede con éste, aquéllos se reconocen en normas que no cuentan con aplicación pública. Aun así, lo cierto es que los beneficios que haya obtenido el infractor no forman parte del daño, sino que constituyen un enriquecimiento injusto; de ahí que ambas acciones sean reguladas acertadamente de forma separada -y limitando la acción de enriquecimiento injusto a los casos en los que el acto o práctica lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido

conducta o del resultado (sobre el tema, PANTALEÓN, F., *Comentarios del Código Civil, cit.*, págs. 1993 y ss.; DíEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños, cit.*, págs. 290 y ss.; REGLERO, F., *Tratado de Responsabilidad Civil, cit.*, págs. 52 y ss.). La jurisprudencia resulta igualmente contradictoria: por una parte, afirma reiteradamente que la responsabilidad puede surgir de hechos considerados lícitos en sí mismos; por otra, establece también que “según constante y pacífica doctrina jurisprudencial” la responsabilidad extracontractual exige ineludiblemente entre sus requisitos “una acción u omisión ilícita” (Así, por ejemplo, con cita de otras muchas, la STS, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 2008, F.D. 2º). En cualquier caso, la aplicabilidad del régimen establecido en la Directiva para la responsabilidad por los daños causados por infracciones del Derecho de la competencia exige que la conducta causante del daño constituya una infracción de tales normas.

²³ En el *Libro Verde*, sin embargo, se contemplaba también la posible supresión del requisito de la culpa o su presunción respecto de las infracciones del Derecho de la competencia (pág. 7), así como la conveniencia de aclarar el requisito de la relación de causalidad (pág. 11).

²⁴ STJCE de 13 de julio de 2006, *Manfredi, cit.*, ap. 95.

²⁵ STJCE de 13 de julio de 2006, *Manfredi, cit.*, ap. 99.

²⁶ *Libro Verde*, pág. 7.

²⁷ Vid. artículo 42.3 de la *Ley de Marcas*, artículo 66.2 de la *Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes*, y artículo 140.2 del *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia*.

²⁸ Erróneamente, según pone de manifiesto, en un acertado resumen del estado de la cuestión, DEL OLMO, P., “Punitive Damages in Spain”, en KOZIOL, H.; WILCOX, V. (eds.) *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Viena-Nuva York, 2009, págs. 137 ss. Sobre el tema, vid. YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Madrid, 2001, págs. 53 y 178; REGLERO, F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, págs. 69 y ss.

económico- en el artículo 32. 1 de la Ley 3/1991, de *Competencia Desleal* (esencialmente reproducido en el 341-1 del *Anteproyecto de Ley de Código mercantil*, que, en caso de aprobarse, sería aplicable también a las prácticas restrictivas de la competencia).²⁹

En cualquier caso, el establecimiento de la absorción de las ganancias o de daños punitivos fue expresamente rechazado por el Parlamento Europeo, para el que “*la indemnización que se reconozca al demandante debería tener carácter compensatorio y no debería exceder los daños ("damnum emergens") y los perjuicios ("lucrum cessans") efectivamente sufridos, para evitar el enriquecimiento injusto*”.³⁰ De esta forma, la posibilidad de incluir indemnizaciones de carácter disuasorio desapareció ya en el *Libro Blanco*. Y, considerando que “*una indemnización plena (...) no debe conducir a un exceso de resarcimiento*”,³¹ finalmente se estableció que el derecho al pleno resarcimiento reconocido al perjudicado (art. 2.1) incluye “*la indemnización del daño emergente, el lucro cesante y el pago de intereses*” (art. 2.1), resultando incluso prohibido que el resarcimiento conlleve “*un coste excesivo, bien mediante sanciones pecuniarias punitivas, múltiples o de otro tipo*” (art. 2.3).³² Por lo tanto, la Directiva no exige ninguna modificación de la definición del daño conforme a nuestro ordenamiento interno, en el que –bien mediante la aplicación del art. 1106 CC, bien directamente del art. 1902 CC- comprende precisamente el daño emergente y el lucro cesante.

Ese carácter estrictamente indemnizatorio del daño resarcible es empleado como fundamento para aceptar la defensa de la repercusión del daño (*passing-on*),³³ conforme a la cual el demandado por daños y perjuicios puede invocar “*el hecho de que el demandante hubiera repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la competencia*” (art. 13). Aunque la repercusión del sobreprecio no constituye una manifestación del deber de mitigar el daño³⁴ ni un

²⁹ Vid. PANTALEÓN, F., “Artículo 1902”, en PAZ-ARES, C., *et al. (dirs.), Comentario del Código Civil*, tomo II, Madrid, 1991, pág. 1973; DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, págs. 54 y ss.; MARTÍN-CASALS, M., “La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, en AAVV, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Murcia, 2011, págs. 25 y ss. Por el contrario, sí parece desempeñar una función preventivo-represiva la regla contenida en el art. 42.5 del artículo 43 de la Ley de Marcas, conforme a la cual “*(e)l titular de la marca cuya violación hubiera sido declarada judicialmente tendrá, en todo caso y sin necesidad de prueba alguna (es decir, aunque no existiera ningún daño), derecho a percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios el 1 por ciento de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados. El titular de la marca podrá exigir, además, una indemnización mayor si prueba que la violación de su marca le ocasionó daños o perjuicios superiores, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores.*” Vid. NAVEIRA, M. M^a., “La Ley de Marcas de 2001: un punto de inflexión en el análisis funcional del Derecho de Daños”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 87, núm. 3, 2003, págs. 393 y ss.

³⁰ *Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de abril de 2007, sobre el Libro Verde: Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (2006/2207(INI))*.

³¹ *Directiva de Daños*, considerando 12.

³² Art. 12 *Directiva de Daños*.

³³ Regulada en los arts. 12-16 de la Directiva.

³⁴ Como manifestación del carácter compensatorio de la indemnización, dicho deber excluye del resarcimiento las pérdidas que efectivamente haya evitado el acreedor con la adopción de medidas mitigadoras, exigiendo además de éste la adopción todas de aquellas que, atendidas las circunstancias del caso, se estimen razonables para evitar o paliar la propagación de las consecuencias del daño causado (Vid. SOLER PRESAS, A.: “El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de Noviembre de

supuesto de “*compensatio lucri cum damno*”,³⁵ ha sido ya aceptada por nuestra jurisprudencia, si bien –en mi opinión– de manera errónea. Por una parte, la sentencia va más allá de lo previsto en la Directiva, al exigir al demandado que demuestre no sólo que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos, sino además que, mediante ese aumento del precio, ha logrado repercutir a sus clientes todo el daño sufrido por el sobreprecio ocasionado por el cártel;³⁶ es decir, ha de demostrar no sólo que se ha trasladado el daño emergente (el “*sobre coste*” al que se refiere la Directiva), sino también el lucro cesante, concretado en la reducción de ventas derivada del aumento del precio.³⁷ Por otra parte, una subida de precios constituye un mero reflejo de la cambiante información disponible en cada momento en el mercado, y, ciertamente, puede ser provocado por una reducción de la oferta debida a un aumento de los costes de producción (como consecuencia del sobreprecio pagado), pero también por un incremento del poder de mercado del vendedor, un aumento de la demanda, o una

1994)”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVIII, fascículo II, abril-junio 1995, págs. 960-961). Sin embargo, la repercusión del sobreprecio no constituye una medida exigible al acreedor del resarcimiento –que, dado el carácter secreto del cártel, normalmente desconoce incluso la existencia de dicho sobreprecio– la defensa del “*passing-on*” no puede fundamentarse en el deber de mitigar el daño (ALFARO, A.: “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement*”, *cit.*, pág. 10).

³⁵ La cual, debido al carácter resarcitorio de la indemnización, exige computar los eventuales efectos ventajosos producidos por el hecho causante del daño (*Vid.* L. Díez-PICAZO, *Derecho de Daños*, *cit.*, p. 320.). Sin embargo, en este caso los supuestos beneficios (el sobreprecio cobrado a sus clientes) no derivan en este caso del mismo hecho dañoso (el acuerdo de fijación de precios que provoca el posterior sobreprecio pagado a sus proveedores). En este sentido, J. ALFARO: “Contra la armonización positiva”, *cit.*, pág. 11.

³⁶ Como apuntaba ya MARCOS, F., “Las indemnizaciones de daños derivadas del cártel del azúcar”, en *Osservatorio Permanente sull'Applicazione delle Regole di Concorrenza*; disponible en <http://www.osservatorioantitrust.eu/es/las-indemnizaciones-de-danos-derivadas-del-cartel-del-azucar/> (Consultado por última vez el 20 de diciembre de 2014). Ello obligará a la transposición de la norma de manera expresa, a pesar de que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, “*la adaptación del Derecho interno a una Directiva no exige necesariamente que sus disposiciones se reproduzcan formal y textualmente en otra disposición legal o reglamentaria expresa y específica, y que, en función de su contenido, puede ser suficiente con un contexto jurídico general, siempre que éste asegure efectivamente la plena aplicación de la Directiva de un modo bastante claro y preciso*” (SSTJCE de 16 de noviembre de 2000, C-214/98 Comisión/Grecia, ap. 49, de 7 de diciembre de 2000 C-38/99 - Comisión/Francia, ap. 53 de 15 de noviembre de 2001 C-49/00 - Comisión/Italia, ap. 21). Para ello, “*es especialmente importante que los particulares disfruten de una situación jurídica clara y precisa que les permita conocer la plenitud de sus derechos y obligaciones y ejercitarlos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales*” (STJCE de 19 de septiembre de 1996, C-236/95 Comisión/Grecia, ap. 13, y de 15 de noviembre de 2001, C-49/00, Comisión/Italia, ap. 22). Además será necesario establecer normas procesales que permitan a los órganos jurisdiccionales impedir una responsabilidad múltiple o la ausencia de responsabilidad (art. 15 Directiva de Daños).

³⁷ STS de 7 de noviembre de 2013, F.D. 5º. (En este sentido, ya VELASCO, L.A.; HERRERO, C., “La “*Passing-on Defense*”, ¿Un Falso Dilema?”, en L. A. VELASCO *et al.* (dirs), *La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia*, *cit.*, págs. 601 y ss.) Sin embargo, lo cierto es que, en este caso concreto, para calcular el daño –y conforme al informe pericial aportado por las demandantes– el TS sólo tuvo en cuenta el daño emergente, pero no el lucro cesante; por lo que, en este caso, exigió al demandado la prueba de que se había repercutido una parte del daño que el demandante no había sufrido (o, al menos, no había probado), y que, por lo tanto, no resultaba ya indemnizable. Sobre aquélla, *vid.* MARCOS, F., “Compensación de daños provocados por el cártel de azúcar”, *Anuario de la Competencia*, 2014, págs. 185 ss.; ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. “Las reclamaciones de daños y perjuicios causados por infracciones del Derecho de la competencia”, *Actas de Derecho Industrial*, vol. 34 (2013-2014), págs. 519 ss.

conjunción de algunas de éstas u otras múltiples causas, frecuentemente desconocidas incluso para el vendedor.

La prueba de que se ha producido realmente una repercusión del sobre coste, por lo tanto, debería incluir la prueba de que ese incremento del precio que el comprador cobra a sus clientes fue provocado por el sobreprecio derivado del acto ilícito, de tal forma que el demandante no habría podido subir sus precios si no hubiera existido la infracción de la LDC: sólo en ese caso existiría la relación de causalidad que permitiría a los compradores indirectos reclamar la indemnización del daño a los autores de la infracción.³⁸ Sin embargo, respecto de los compradores indirectos, la Directiva obliga a establecer la presunción de que el daño ha sido repercutido cuando se demuestre la existencia de la infracción, de un coste excesivo para el comprador directo como consecuencia de ella, y de la posterior adquisición por parte del demandante de los bienes o servicios objeto de la infracción (art. 14.2).

3.2. La relación de causalidad

En contra de lo planteado inicialmente por la Comisión en el *Libro Verde*, la relación de causalidad entre la infracción de las normas de defensa de la competencia y el daño no es regulada en la Directiva.

En nuestro ordenamiento, la jurisprudencia exige que exista un nexo de causalidad desde un punto de vista físico (causalidad de hecho) conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*), según la cual es causa todo aquello que no pueda suprimirse imaginariamente sin que desaparezca también el efecto. Y, además, este criterio ha de ser completado por otro, de carácter jurídico (imputación objetiva o causalidad jurídica), para determinar si el resultado dañoso puede ser atribuido a un determinado comportamiento. El criterio general de imputación objetiva es el de la causalidad adecuada, conforme a la cual sólo pueden ser considerados como causa en sentido jurídico aquellos hechos respecto de los cuales resulte previsible, conforme a criterios razonables de seguridad o probabilidad, la producción del daño.³⁹

Según parece desprenderse de las Conclusiones de la Abogado General KOKOTT en el asunto *Kone*, la causalidad en sentido jurídico exigida en los ordenamientos nacionales debería adoptar –con independencia de la denominación recibida en cada uno de ellos- el criterio de la causalidad “*suficientemente directa*” establecido en la jurisprudencia comunitaria relativa a la responsabilidad

³⁸ Implícitamente, aunque probablemente sin contemplar esta consecuencia, KOKOTT, J., *Conclusiones presentadas el 30 de enero de 2014 en el asunto C-557/12, KONE AG y otros*, ap. 38.

³⁹ Mientras la imputabilidad objetiva constituye una cuestión jurídica, la causalidad de hecho es una cuestión de hecho (no revisable, por lo tanto, en casación). Sobre el tema, F. PANTALEÓN, “Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación”, en *Asociación de Profesores de Derecho civil, Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Madrid (1990), págs. 1561 y ss. Para un aproximación, *vid.* L. Díez-PICAZO, *Derecho de Daños*, *cit.*, págs. 331 y ss.; P. SALVADOR, “Causalidad y responsabilidad”, (2ª edición), *InDret*, núm. 3, 2002 (disponible en http://www.indret.com/pdf/094_es.pdf); REGLERO, F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, *cit.*, 292 y ss.

extracontractual de las instituciones de la Unión (aps. 34 y 35),⁴⁰ conforme al cual una persona debería responder por los daños cuya materialización pudiera prever al cometer la infracción y cuyo resarcimiento resulte conforme con los objetivos de la norma infringida (ap. 40).⁴¹ Sin embargo, no se trata de criterios equivalentes: la “*causalidad adecuada o eficiente*” exige un juicio de necesidad o probabilidad, mientras que la “*causalidad suficientemente directa*”, tal y como se enuncia en las Conclusiones citadas, implica un juicio de previsibilidad; y éste, entendido como criterio que define una determinada representación mental del agente sobre las eventuales consecuencias de su conducta, no constituye en nuestro ordenamiento un elemento de la relación causal, sino de la imputación subjetiva (analizado en el aparato siguiente).

Y, en cualquier caso, a falta de regulación en la Directiva, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular la aplicación del concepto de “relación de causalidad”,⁴² sin que el obligado respeto de los principios de equivalencia y efectividad exija modificar la regulación vigente en nuestro ordenamiento.

3.3. La culpa

Tampoco la culpa, necesaria como presupuesto de la responsabilidad conforme al art. 1902 CC,⁴³ es regulada en la Directiva.

En el *Libro Verde*, la Comisión planteó la conveniencia de regular el requisito de la concurrencia de culpa en la conducta del infractor, sin descartar la posibilidad de suprimirlo y configurar un sistema de responsabilidad objetiva.⁴⁴ Según la Comisión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia -conforme a la cual “*cualquier persona está legitimada para solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos por el artículo 81*

⁴⁰ Asunto, C-557/12. Presentadas el 30.01.2014.

⁴¹ Con ello trata de justificar que los miembros del cártel puedan ser demandados también por quienes, sin ser compradores directos o indirectos suyos, adquirieron los productos o servicios de una empresa ajena al cártel que elevó sus precios amparándose en la falta de competencia derivada de éste; se trata de los daños causados por los “*efectos paraguas sobre los precios*” (aps. 45 y ss.). En su sentencia de 5 de junio de 2014, el Tribunal acepta parcialmente la propuesta, el establecer que “*la víctima de un efecto paraguas sobre los precios («umbrella pricing») puede obtener de los miembros de un cártel la reparación del daño sufrido, aun cuando no haya tenido vínculos contractuales con ellos, en la medida en que se acredite que, según las circunstancias del caso y, en particular, conforme a las especificidades del mercado en cuestión, dicho cártel podía tener como consecuencia que terceras partes, actuando de manera autónoma, aplicaran precios aprovechando la concertación, y que tales circunstancias y especificidades no podían ser ignoradas por los miembros del cártel*” (ap. 34). Sobre el tema, vid. HANSBERRY, D. *et al.*, “Umbrella Effect: Damages Claimed by Customers of Non-cartelist Competitors”, *Journal of European Competition Law and Practice*, 2014, vol. 5, núm. 4, págs. 196 ss.; OLMEDO PERALTA, E., “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cártel (“umbrella pricing”): una lectura jurídica del nuevo paso en la aplicación privada del derecho de la competencia”, *La Ley Mercantil*, núm. 7 (octubre) 2014, págs. 80 ss.

⁴² Expresamente, STJCE de 13 de julio de 2006, *Manfredi, cit.*, aps. 64 y *Directiva de Daños*, Considerando 11.

⁴³ En el mismo sentido, el art. 341-1.e) del *Anteproyecto de Ley de Código Mercantil* supedita el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por los actos de competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia a la concurrencia de dolo o culpa del agente.

⁴⁴ *Libro Verde*, pág. 7.

CE”⁴⁵- no exige la concurrencia de culpa. De ahí que, ya en el *Libro Blanco*, manifestara su conformidad con la legislación de aquellos Estados miembros que se adoptan en este planteamiento, bien porque no se exige el requisito de la culpa, bien porque se establece una presunción absoluta de su concurrencia una vez demostrada la infracción. Además, la Comisión sugirió que, conforme al principio de efectividad, los demás Estados miembros en los que es necesaria la concurrencia de culpa deberían establecer una presunción relativa, rebatible únicamente en el caso de error excusable, entendiendo por tal el caso en el que una persona razonable que prestara un alto grado de atención no pudiera haberse dado cuenta de que la conducta en cuestión restringía la competencia.⁴⁶

Finalmente, sin embargo, la Comisión descartó de forma expresa esta propuesta,⁴⁷ por lo que los Estados miembros pueden mantener el requisito de la culpa sin más límites que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los principios de efectividad y equivalencia y lo establecido en la propia Directiva.⁴⁸

4. ASPECTOS PROCESALES: LA PRUEBA

Entre las normas procesales, la transposición de la Directiva de Daños exigirá la inclusión de una norma especial en materia de prescripción que determine cuándo empieza a transcurrir el plazo, su duración y las circunstancias en las que se interrumpe o suspende (art. 10). De forma parcialmente coincidente con lo previsto en el artículo 1968.2º CC y la jurisprudencia relativa al mismo,⁴⁹ el plazo no comenzará hasta que se haya producido el cese de la infracción y el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tenerlo, de la conducta y su carácter ilícito, de la identidad de la empresa infractora y de la existencia del daño. Sin embargo, frente al año previsto en el art. 1968.2º CC (y también en el 341-4 del Anteproyecto del Código Mercantil), la duración ha de ser, al menos, de cinco años. Además, si existiera un procedimiento administrativo, habrá de establecerse de manera expresa su suspensión hasta, al menos, un año después que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma.

Sin embargo, la mayoría de las normas procesales incluidas en la Directiva de Daños son las relativas a la prueba. Conforme a la regla general, corresponde al

⁴⁵ STJUE *Manfredi*, cit., ap. 61.

⁴⁶ *Libro Blanco*, pág. 7; COMMISSION STAFF WORKING PAPER accompanying the WHITE PAPER on Damages actions for breach of the EC antitrust rules {COM(2008) 165 final}, págs. 50-54 (disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf. Consultado por última vez el 20 de diciembre de 2014)

⁴⁷ Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, COM(2013) 404 final, pág. 14 (disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:ES:PDF>. Consultado por última vez el 20 de diciembre de 2014).

⁴⁸ *Directiva de Daños*, Considerando 11.

⁴⁹ *Vid.* STS (Sala de lo Civil) de 4 de septiembre de 2013 (*Céntrica*), F.D. 7.

demandante acreditar la concurrencia de los elementos determinantes de la responsabilidad (daño, relación de causalidad y culpa) y de la existencia de una infracción de las normas de defensa de la competencia.⁵⁰ Si bien esta última puede resultar siempre difícil, cuando se trata cárteles -debido a su carácter esencialmente secreto- las demandas originarias (*“stand alone”*) pueden encontrar obstáculos casi insuperables. De ahí que la Directiva establezca que –más allá de lo previsto en los artículos 328-331 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- los ordenamientos procesales nacionales han de permitir que los órganos jurisdiccionales que conozcan de una acción por daños puedan ordenar, previa solicitud motivada y proporcionada de la parte demandante, que la parte de demandada o un tercero exhiba determinadas piezas específicas de prueba o categorías pertinentes de pruebas (art 5).

Por el contrario, las demandas derivadas (*“follow-on”*) pueden resultar facilitadas por la existencia de un procedimiento administrativo previo. Efectivamente, por una parte, la tramitación del procedimiento administrativo puede facilitar la generación de pruebas, bien fruto del ejercicio de las amplias facultades de investigación atribuidas tanto a la CNMC como a la Comisión Europea, bien mediante las declaraciones y documentos aportados voluntariamente por las empresas en el marco de un programa de clemencia. La Directiva establece que, tras evaluar la proporcionalidad de la medida, los órganos jurisdiccionales nacionales han de poder ordenar la exhibición de esas pruebas contenidas en el expediente administrativo previo (art. 6). Sin embargo, esa facultad es limitada: mientras el procedimiento administrativo no haya concluido, no podrán ordenar la exhibición de determinadas pruebas cuyo origen se encuentre en el propio procedimiento (art. 6.5); y, dentro de éstas, en ningún momento podrán ordenar la exhibición de las declaraciones proporcionadas en el marco de un programa de clemencia ni de las solicitudes de transacción (art. 6.6).⁵¹

Aparentemente, se pretende así que la función indemnizatoria atribuida a las normas sobre responsabilidad civil no perjudique la preventivo-punitiva desempeñada por el Derecho administrativo sancionador; o, más brevemente: que la aplicación

⁵⁰ Artículo 217 LEC, en el caso de la infracción de normas de la Ley de Defensa de la Competencia, y artículos 2 y 3 del Reglamento 1/2003 para los supuestos de infracción de los artículos 101 o 102 TFUE.

⁵¹ Resolviendo así definitivamente una cuestión planteada en la STJUE de 14 de junio de 2011, C-360/09, *Pfleiderer*. Sin embargo, el vigente apartado 1 del artículo 15 *bis* de la LEC, citado en el texto, introducido por el número uno de la Disposición Adicional Segunda de la LDC, establece ya que la *“la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias podrán intervenir, sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, mediante la aportación de información o presentación de observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Con la venia del correspondiente órgano judicial, podrán presentar también observaciones verbales. A estos efectos, podrán solicitar al órgano jurisdiccional competente que les remita o haga remitir todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate.*

La aportación de información no alcanzará a los datos o documentos obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de la exención o reducción del importe de las multas previstas en los artículos 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia.” Lo previsto en este último párrafo deberá extenderse, por lo tanto, a las solicitudes de transacción.

privada no vaya en detrimento de la aplicación pública⁵². Sin embargo, es muy probable que la norma no disminuya, sino aumente las posibilidades de las víctimas de obtener reparación: la prueba de la existencia de un cártel resulta casi imposible fuera del procedimiento administrativo;⁵³ y, para la detección y sanción del cártel, los programas de clemencia -que permiten al denunciante quedar exento de una eventual sanción- constituyen un elemento esencial. Ese incentivo resulta debilitado por el incremento del riesgo de ser objeto de una reclamación de los daños y perjuicios causados: las resoluciones administrativas que declaran la existencia del cártel vinculan al órgano jurisdiccional y suelen devenir firmes en primer lugar, precisamente, contra el denunciante, el cual es responsable civilmente conjunta y solidariamente con los demás participantes, pero, a diferencia de éstos, no recurre la resolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin la protección parcial que establece la Directiva dicho incentivo resultaría no ya debilitado, sino directamente suprimido, con lo que los potenciales demandantes no sólo no podrían obtener la exhibición de las declaraciones realizadas en el marco del programa de clemencia, sino tampoco beneficiarse de la vinculación del órgano jurisdiccional a la resolución administrativa.

Efectivamente, las resoluciones administrativas que pongan fin al procedimiento tienen una eficacia probatoria que varía según el órgano que las haya dictado. Así, las Decisiones de la Comisión relativas a los procedimientos en virtud de los artículos 101 ó 102 del TFUE vinculan al órgano jurisdiccional nacional que con posterioridad conozca de una demanda por daños y perjuicios, ya que no puede adoptar resoluciones susceptibles de entrar en conflicto con ellas.⁵⁴ Lo mismo sucede con las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa resolviendo los recursos contra las resoluciones de la CNMC.⁵⁵ Por el contrario, estas últimas no son vinculantes en los procedimientos posteriores; puesto que los jueces son independientes y están “*sometidos únicamente al imperio de la ley*” (art. 117.1 CE), la existencia de una resolución administrativa que declare una infracción del Derecho de la competencia no exime al demandante de tener que demostrarla, ni impide al juez considerar que no ha resultado probada.⁵⁶ La

⁵² En ese sentido, por ejemplo, MILUTINOVIĆ, V., “The Antitrust Damages Directive: The Ideal of Just Compensation and the Primacy of Public Enforcement”, *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, 2015 (1) 2 pág. 11. Con esa misma finalidad se establecería, como excepción al carácter solidario de la responsabilidad –coincidente en esto con nuestra doctrina jurisprudencial-, que los beneficiarios de clemencia respondan solidariamente ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, y ante otros perjudicados sólo cuando no sea posible obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas infractoras (art. 11).

⁵³ Sobre la práctica española, *vid.* RUIZ DE ANGULO, E.; BAYO, R., COSTAS, J., “Las experiencias nacionales en la aplicación privada del Derecho de la competencia: España”, en VELASCO, L.A., *La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, 2011, págs. 137 ss.; MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, *cit.*, págs. 167 ss.

⁵⁴ Artículo 16 del Reglamento 1/2003, conforme a lo establecido ya en la STJUE 14 de diciembre 2000, asunto C-344/98 *Master Foods*, ap. 52.

⁵⁵ En este sentido, en un asunto relativo a un cártel, la STS (Sala de los Contencioso) de 7 de noviembre de 2013, F.D. 3º, conforme al cambio de criterio provocado por la STC 192/2009, de 28 de septiembre, F.D. 2º, y acogido ya previamente en la STS (Sala de lo Civil) de 19 de septiembre de 2013.

⁵⁶ BROKLEMAN, H., “La indemnización de los daños y perjuicios” en MARTÍNEZ LAGE, S.; PETITBÒ, A., *El Derecho de la Competencia y los Jueces*, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 62 y ss.; MARCOS, F., “Competition Law private litigation in Spanish courts”, *Working Paper IE Law School AJ8-202*,

transposición de la *Directiva de Daños*, exigirá una modificación de esta regla, ya que establece que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente ha de ser irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia (artículo 9)⁵⁷.

La transposición de la norma deberá realizarse teniendo en cuenta el alcance limitado de la presunción. Por una parte, no alcanza a cualquier valoración sobre la licitud de la conducta, sino únicamente –a diferencia de lo previsto en el Reglamento 1/2003 respecto de las Decisiones de la Comisión- a “*la constatación de una infracción hecha en una resolución firme*”. Por lo tanto, una decisión de archivo del expediente o una declaración sobre la licitud de la conducta no impide que, con posterioridad, un órgano jurisdiccional declare la existencia de una infracción. Sólo así, por otra parte, podrán evitarse situaciones paradójicas; téngase en cuenta, por ejemplo, que las distintas sentencias recaídas en apelación contra una resolución sancionadora que declare la existencia de un acuerdo entre competidores prohibido pueden ser contradictorias,⁵⁸ o dicha resolución ser recurrida únicamente por algunos de sus destinatarios (por ejemplo, los que no formaron parte de un eventual procedimiento de clemencia),⁵⁹ o, en fin, sólo algunas de las sentencias recaídas en apelación –por ejemplo, por razón de la cuantía- ser posteriormente casadas por el Tribunal Supremo.⁶⁰ En todos estos casos, el juez competente en un procedimiento posterior de reclamación de daños, vinculado por la declaración previa de la existencia de una infracción sólo respecto de algunas de las partes del acuerdo, puede declarar –una vez valoradas todas las pruebas- la existencia de esa misma infracción respecto de las demás.

págs.34 y ss. (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2351770. Consultado por última vez el 20 de diciembre de 2014). Así, por ejemplo, la SAP Madrid 11 de abril de 2011, no reconoce a la resolución administrativa previa más fuerza vinculante que la de un “*alegato de autoridad capaz de conferir refuerzo a los propios argumentos ya esgrimidos en el proceso*” (F.D. 5º).

⁵⁷ Además, toda resolución firme contemplada dictada en otro Estado miembro podrá ser presentada al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia, de tal forma que dicha resolución podrá ser valorada junto con otras pruebas presentadas por las partes.

⁵⁸ Por ejemplo, los recursos interpuestos contra la RCNC de 12 de noviembre de 2009 (*S/0037/08, Compañías de Seguro Decenal*), que sancionaba a varias aseguradoras y reaseguradoras, fueron estimados por la Audiencia Nacional, pero por distintos motivos. Así, en las SSAN 18 de diciembre de 2012 (*SCOR*), 4 de enero de 2013 (*ASEFA*) y 20 de marzo de 2013 (*MAPFRE*), se consideró que no existía prueba de ningún acuerdo prohibido, y sí una explicación alternativa a la concertación para el comportamiento paralelo de las sancionadas. La SAN de 14 de diciembre de 2012 (*CASER*), estableció la existencia acuerdo prohibido (cártel y boicot) que carecía de cobertura legal, pero entendió que no hubo culpa en la conducta del recurrente. En la SAN 18.12.2012 (*MÜNCHENER*), se consideró que había un acuerdo prohibido, pero que contaba con cobertura legal (era en realidad un intercambio de información sobre el riesgo permitido por el art. 25.3. de la LOSSP y el Reglamento (UE) nº 267/2010 de la Comisión de 24 de marzo de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros).

⁵⁹ Lo que, además, puede traducirse en que el *dies a quo* sea diferente en unos casos y en otros. En el Derecho comparado, el tema se ha suscitado ya en el asunto *Deutsche Bahn AG and others v Morgan Advanced Materials Plc* [2014] UKSC 24.

⁶⁰ *Vid.* sin embargo la interesante STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de mayo de 2014 (SOS Cuétara).

Por otra parte, el alcance de la vinculación a los hechos considerados probados por la CNMC o la jurisdicción contencioso-administrativa –igual que respecto de las Decisiones de la Comisión- resulta delimitado por la propia competencia de éstas: comprende únicamente los hechos que determinan una infracción de la LDC, pero en ningún caso los elementos de la responsabilidad civil, como erróneamente ha aceptado nuestra jurisprudencia:⁶¹ el órgano jurisdiccional que conozca de la posterior reclamación de daños debe aceptar la existencia de una infracción de las normas de defensa de la competencia, pero el daño, la relación de causalidad y la culpa han de ser probados por el demandante en el proceso.⁶²

Ciertamente, la dificultad que supone la prueba de la existencia y la cuantía del daño constituye una de las principales dificultades para cualquier eventual demandante. De ahí que la Directiva prohíba que las normas nacionales sobre tales aspectos hagan prácticamente imposible el ejercicio del derecho al resarcimiento, debiendo facultar a los órganos jurisdiccionales para estimar el importe de los daños una vez acreditada su existencia; la cual, además, se presume –como jurisprudencialmente se ha establecido ya respecto de los actos de competencia desleal-⁶³ en el caso de los cárteles (art. 17).⁶⁴

Respecto de la relación de causalidad y la culpa, sin embargo, la *Directiva de Daños* no establece presunción alguna. Ciertamente, el elemento subjetivo de la culpa es necesario en toda infracción administrativa,⁶⁵ incluyendo las contempladas en la LDC.⁶⁶

⁶¹ En este sentido, la STS de 8 de junio de 2012 señala que la AP Valladolid “*tras haber ganado firmeza la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, consideró probado tanto la realidad del perjuicio que el ilícito comportamiento de la ahora recurrente produjo a las demandadas, como la medida o extensión del mismo*” (F.D. 7º). Por su parte, la STS 2013 asume que la establecida en la Resolución sancionadora “*es la base fáctica sobre la que de partirse para la resolución de la reclamación. La demandada concertó con las demás integrantes del cártel determinadas modificaciones de los precios del azúcar para uso industrial que hizo que tal precio fuera superior al que hubiera debido resultar del juego de la libre competencia por lo que hubo un aumento indebido en los costes que debieron soportar los fabricantes de productos elaborados con azúcar, que es justamente lo que constituye el daño*” (F.D. 3º).

⁶² En este sentido, el Tribunal de Justicia ha establecido acertadamente que “*una acción civil de indemnización, como la que es objeto del procedimiento principal, implica, según resulta de la resolución de remisión, no sólo la comprobación de que se ha producido un hecho dañoso, sino también la existencia de un daño y de una relación directa entre éste y el hecho dañoso. Si bien es cierto que la obligación que tiene el juez nacional de no adoptar resoluciones incompatibles con una decisión de la Comisión por la que se declare la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE le impone admitir la existencia de un acuerdo o práctica prohibidos, cabe precisar que la existencia de un daño y la relación de causalidad directa entre ese daño y el acuerdo o práctica en cuestión siguen dependiendo, en cambio, de la apreciación del juez nacional.*” (STJUE de 6 de noviembre de 2012. C-199/11- *Europese Gemeenschap y Otis NV*, ap. 65). En este sentido ya ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. “Las reclamaciones de daños y perjuicios causados por infracciones del Derecho de la competencia”, *cit.*, págs. 526-527. Contra, CACHAFEIRO, F., “Damages Claims for Breach of Competition Law in Spain”, en ROSENAU, H.; VAN NGHIA, T. (eds.), *Competition Regime: Raising Issues and Lessons from Germany*, Baden-Baden, 2014, pág. 176.

⁶³ Por ejemplo, STS (Sala de lo Civil) de 21 de junio y 22 de noviembre de 2006, F.D. 3º.

⁶⁴ Los cárteles, sin embargo, se definen con una amplitud que va más allá de su significado económico (art. 2.14 *Directiva de Daños*) y de la literalidad de la definición establecida en nuestra LDC, aunque de forma análoga a la interpretación que de la misma han realizado la CNC y la CNMC. *Vid.* ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “El concepto de cártel a efectos de la aplicación del programa de clemencia en la Ley de Defensa de la Competencia española”, *Actas de Derecho Industrial*, vol. 32 (2011-2012), págs. 719 ss.

⁶⁵ Por ejemplo, SSTC 246/1991, de 19 de diciembre; y 102/1994, de 11 de abril.

Por lo tanto, cabría pensar que, una vez acreditada aquélla, resulta implícita la prueba de ésta.⁶⁷ Sin embargo, el argumento se basa en una supuesta identidad entre la culpa exigible para la imposición de una sanción administrativa y la culpa determinante de la responsabilidad civil. Ciertamente, ambas se traducen en la omisión de determinados deberes de previsión; pero mientras la culpa administrativa (a la que se refieren tanto el *Libro Verde* como el *Libro Blanco*) supone la previsibilidad de la antijuricidad de la conducta,⁶⁸ para que exista culpa civil es necesaria la previsibilidad, no de la antijuricidad, sino del daño, de tal forma que el sujeto que lo ocasionó no haya cumplido los deberes requeridos para su prevención y, en su caso, evitación.⁶⁹ También es necesaria, por lo tanto, la prueba de la culpa: aunque la previsibilidad de la ilicitud de la conducta (restrictiva de la competencia) supondrá, normalmente, la previsibilidad del daño –y, por lo tanto, el establecimiento de una presunción relativa podría resultar admisible–, son necesarios dos juicios diferentes.

5. CONCLUSIONES

La atribución de una función preventivo-punitiva a las normas establecidas en la Directiva 2014/104/UE, tal y como pretendía originariamente la Comisión, exigiría el establecimiento de un régimen de responsabilidad civil específico para los daños por infracciones del Derecho de la competencia. Sin embargo, las manifestaciones de aquélla han ido desapareciendo durante su tramitación, y la función de las normas finalmente establecidas en la Directiva de Daños es puramente resarcitoria.

⁶⁶ Entre otras, SSTS (Sala de Contencioso) de 9 de marzo de 2005 (Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España), 7 de julio de 2010 (Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Baleares), 22 de noviembre 2013 (ASETRAVI, comentada en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La aplicación del principio de confianza legítima a las infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia”, *Actas de Derecho Industrial*, vol. 34 (2013-2014), págs. 553 ss.); y SSAN de 14 de diciembre de 2012 (CASER) y 18 de marzo de 2014 (CETM). Sobre el principio de confianza legítima, *vid.* COSTAS COMESAÑA, J., “La confianza legítima en la actuación de las Administraciones Públicas como límite al Derecho de Defensa de la Competencia”, en GUILLÉN CARAMÉS, J., (dir.), *Derecho de la Competencia y Regulación en la Actividad de las Administraciones Públicas*, Cizur Menor, 2011, págs. 105; MARCOS, F., “Artículo 4. Conductas exentas por ley”, en MASSAGUER, J., *et al. (dirs.), Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 3ª ed., Madrid, 2012, págs. 296 ss.

⁶⁷ En este sentido, ya SANCHO GARGALLO, I., “Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”, *InDret* 1/2009, pág. 16 (disponible en http://www.indret.com/pdf/619_es.pdf); QUIJANO, J., para quien “*la presunción conjunta de ilicitud y culpa derivada de la infracción ya estimada es perfectamente razonable*” (“Derecho de la competencia y responsabilidad por daños: lo común y lo especial”, en VELASCO, L.A., *et al. (dirs.), La Aplicación Privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, 2011, págs. 484-485); CACHAFEIRO, F., “*Damages Claims for Breach of Competition Law in Spain*”, *cit.*, pág. 191.

⁶⁸ “*Para poder sancionar administrativamente es necesario que el sujeto imputado haya actuado con intención de realizar una conducta, a pesar de conocer que es contraria a Derecho; o bien que no haya adoptado las medidas exigibles para evitar la realización de una conducta que se sabe contraria a Derecho, o adquirir el conocimiento de que la conducta es contraria a Derecho*” (STS, Sala de lo Contencioso, de 14 de diciembre de 2012, F.D. Quinto).

⁶⁹ DíEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, *cit.*, págs. 360 ss.; REGLERO, F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, *cit.*, pág. 186 ss.

De esta forma, la transposición de la Directiva de Daños no impedirá que los derivados de infracciones de las normas de defensa de la competencia puedan seguir sometidos al régimen general sobre responsabilidad civil previsto en nuestro ordenamiento.⁷⁰ Por el contrario, las modificaciones exigidas por la Directiva son esencialmente procesales. Su incorporación a nuestro Derecho interno obligará a ampliar el plazo de prescripción de la acción, y clarificar tanto las causas de su interrupción como *el dies a quo*. Pero, sobre todo, facilitará la prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y del correspondiente daño, y muy especialmente en el caso de los cárteles. Mientras la existencia de éstos resulta casi imposible de acreditar fuera del correspondiente procedimiento administrativo sancionador, la determinación del daño causado por los mismos presenta grandes dificultades incluso contando con complejos –y costosos– informes periciales; por lo tanto, la Directiva de Daños favorecerá principalmente las demandas contra los participantes en un cártel cuya existencia haya sido previamente declarada en una resolución administrativa (*“follow-on claims”*).

Al facilitar el resarcimiento de las víctimas, especialmente de los cárteles ya sancionados administrativamente, resultará potenciada la función indemnizatoria atribuida a las normas sobre responsabilidad civil, pero sólo indirectamente –como “subproducto” de aquélla, al agravar las consecuencias patrimoniales para los infractores– su función preventiva. Aunque ello pone duda la propia justificación de su aprobación, resulta coherente con los principios de nuestro ordenamiento interno, en el que la función preventivo-punitiva de las conductas potencialmente dañosas es atribuida al Derecho Penal o al Derecho Administrativo Sancionador.

⁷⁰ En contra, aparentemente, DIEZ ESTELLA, F.; ESTRADA MERAY, C., “Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de jurisprudencia reciente”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 14, 2014, págs. 189 ss.

EL DERECHO ESPAÑOL CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL ANTE LA CODIFICACIÓN MERCANTIL: ESTADO ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

ANXO TATO PLAZA *

Resumen

En el presente trabajo se analizan los rasgos distintivos del Derecho contra la competencia desleal en España tras la reforma introducida por la Ley 29/2009. De esta forma, se comprueba que, en la actualidad, este sector del ordenamiento se caracteriza por ciertos rasgos singulares como la fragmentación subjetiva y objetiva, la naturaleza dual del ilícito desleal y la consiguiente pluralidad de órganos de control. Asimismo, se destaca cómo la proyectada codificación mercantil no corrige el rumbo. Antes bien, profundiza en alguna de aquellas características, como la fragmentación objetiva.

Contenidos

1. Introducción. – 2. Algunos rasgos generales del Derecho español contra la competencia desleal en la actualidad. – 2.1. Fragmentación objetiva. – 2.2. Fragmentación subjetiva. – 2.3. La naturaleza dual del ilícito desleal. – 2.4. Descentralización territorial y pluralidad de órganos de control. – 3. Publicidad ilícita, competencia desleal y codificación mercantil. – 3.1. Nociones previas. – 3.2. La naturaleza dual del ilícito desleal y sus consecuencias. – 3.3. Fragmentación subjetiva. – 3.4. Fragmentación objetiva.

1. INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, el Derecho español contra la competencia desleal fue objeto de una profunda reforma a través de la Ley 29/2009, por la que se modificó el régimen legal de la publicidad y de la competencia desleal para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios¹. Tras estas reformas, existen ciertos rasgos que singularizan y caracterizan al actual Derecho español contra la competencia desleal. A continuación, analizaremos estos rasgos característicos. Luego, tendremos ocasión de comprobar cómo la proyectada codificación mercantil no sólo no corrige de manera suficiente el

* Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Vigo.

¹ Para un análisis en profundidad de la reforma, vid. TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010, *passim*.

rumbo que recientemente ha tomado este sector en nuestro ordenamiento. Antes bien, parece profundizar en el mismo.

2. ALGUNOS RASGOS GENERALES DEL DERECHO ESPAÑOL CONTRA LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA ACTUALIDAD

2.1. Fragmentación objetiva

Tras la reforma introducida por la Ley 29/2009, el actual Derecho español contra la competencia desleal se caracteriza por una doble fragmentación objetiva y subjetiva.

Desde una perspectiva objetiva, la Ley 29/2009 ha optado por mantener la vigencia de la Ley General de Publicidad, perpetuando así la singular estructura dual del Derecho español contra la competencia desleal, apoyado desde hace tiempo en una regulación separada de la publicidad ilícita y de los actos de competencia desleal.

Esta estructura dual se remonta ya al año 1964, año de la aprobación del Estatuto de la Publicidad. En aquel momento, el escaso desarrollo del Derecho español contra la competencia desleal (cuya regulación básica se encontraba todavía en la Ley de Propiedad Industrial de 1902), unido a la creciente pujanza y relevancia de la actividad publicitaria², aconsejaron la promulgación de un texto legal específico para la regulación de la publicidad comercial.

La incorporación de España a la Comunidad Europea, y la consiguiente obligación de incorporar al ordenamiento interno la Directiva comunitaria sobre publicidad engañosa, motivaron a su vez la derogación del Estatuto de la Publicidad y su sustitución por la Ley General de Publicidad.

Ahora bien, cuando en el año 1991 se aprueba la Ley de Competencia Desleal, el legislador español decidió no derogar la Ley General de Publicidad, y adopta desde entonces para el Derecho español contra la competencia desleal una estructura dual apoyada en una regulación separada de la publicidad ilícita y de los actos de competencia desleal³.

² La creciente pujanza de la actividad publicitaria y la insuficiencia de la normativa existente para regularla son los dos factores que se enuncian en la Exposición de Motivos del Estatuto como desencadenantes de la reforma. Así, en la Exposición de Motivos del Estatuto de la Publicidad se afirma lo siguiente: “La publicidad se ha ido convirtiendo en una realidad social, que ocupa hoy un rango eminente no sólo dentro del marco de cada una de las empresas interesadas, donde moviliza ingentes cantidades de dinero y extraordinarias energías humanas, sino también y, sobre todo, en el marco, más amplio, de la vida nacional, donde, por una parte, constituye una importante fuente de ingresos en los medios generales de información y de difusión de noticias, y, por otra parte, constituye ella misma una actividad difusora de extraordinario relieve. Si las relaciones contractuales, los usos y el esquema lejano del Código Penal han podido hasta ahora ser suficientes para mantener a la publicidad dentro de los límites y de las exigencias que el orden público y las buenas costumbres imponen, hoy en día se hace necesaria una regulación orgánica y una institucionalización de los esquemas y de las estructuras de este sector”.

³ Ésta fue precisamente una de las razones por las que la promulgación de la Ley de Competencia Desleal suscitó un profundo debate en la doctrina española. Sobre el mismo, vid. FERNÁNDEZ NÓVOA, C.,

Sin embargo, la convivencia entre LGP y LCD no siempre fue pacífica. En efecto, eran varios los supuestos de hecho calificados, al mismo tiempo, como publicidad ilícita y actos de competencia desleal, y sometidos por ende a una doble regulación. Y como la LGP y la LCD establecían cada una un régimen de acciones específico, se planteaban numerosas dudas, tanto en el plano sustantivo, como a la hora de determinar las acciones que debían emprenderse frente a un supuesto de hecho que pudiese ser tipificado a la vez como publicidad ilícita y acto de competencia desleal⁴.

Sin duda alguna, la reforma del Derecho español contra la competencia desleal en el año 2009 constituyó una ocasión inmejorable para superar esta fragmentación objetiva. Para alcanzar este objetivo, el legislador español debería haber derogado los Títulos II y IV de la Ley General de Publicidad, destinados a regular la publicidad ilícita y las acciones en este ámbito, reconduciendo toda esta materia a la Ley de Competencia Desleal.

Pues bien, pese a que varios Anteproyectos parecían seguir este camino, el texto finalmente aprobado de la Ley 29/2009 rechazaba esta posibilidad, y mantenía la vigencia de la Ley General de Publicidad. Además, fue ésta una decisión consciente del legislador español, pues no en vano se justificaba en la Exposición de Motivos de la Ley con las siguientes palabras: “es importante resaltar la opción adoptada de mantener la Ley General de Publicidad, más allá de una norma meramente contractual. La relevancia de la publicidad en el proceso de toma de decisiones de los ciudadanos es cada vez mayor y trasciende del mero ámbito consumerista o concurrencial, por lo que una norma con vocación generalista deviene imprescindible, respetando, en todo caso, los objetivos de armonización de las directivas europeas que esta ley incorpora a nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, cobra especial sentido la pervivencia del concepto de publicidad ilícita en el ámbito de la Ley General de Publicidad garantizando las acciones y remedios que posibilitan su represión, especialmente frente a la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los derechos y valores reconocidos en la Constitución, significativamente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer”.

Con estas palabras, el legislador español parece dar a entender que es necesario mantener la categoría de la publicidad ilícita para dar cabida en ella a algunos supuestos de hecho –como la publicidad contraria a los valores y derechos constitucionalmente

“Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal, *La Ley*, 1991-2, pp. 1179 y ss.; OTERO LASTRES, J. M., “La nueva Ley sobre competencia desleal”, *La Ley*, 1991-4, pp. 1053 y ss.; LEMA DEVESA, C., “La publicidad desleal: modalidades y problemas”, *RGD*, 1991, julio-agosto, pp. 6135 y ss.; VICENT CHULIÁ, F., “Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal”, *RGD*, 1993 (octubre-noviembre), pp. 9975 y ss.

⁴ Para un análisis detenido de las distintas tesis que se formularon para solventar el conflicto entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal, vid. TATO PLAZA, A., *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, 1995, pp. 202 y ss. Por lo demás, el debate desembocó en la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2005. En ella, el alto tribunal sostuvo que, ante un supuesto de hecho que pudiese ser calificado al mismo tiempo como un caso de publicidad ilícita y un acto de competencia desleal, correspondía al demandante optar entre el ejercicio de las acciones por publicidad ilícita o el ejercicio de las acciones por competencia desleal, pudiendo también acumular ambas en una misma demanda.

reconocidos- cuya tipificación tutela intereses ajenos al ámbito del Derecho contra la competencia desleal.

Bajo nuestro punto de vista, esta decisión del legislador español es contradictoria y desacertada⁵.

En primer término, es una decisión contradictoria con algunas de las medidas adoptadas por el legislador en el marco de la propia Ley 29/2009. En efecto, si al tipificar algunos de los supuestos de publicidad ilícita –como la publicidad contraria a los valores y derechos constitucionalmente reconocidos- se pretenden tutelar intereses ajenos al Derecho contra la competencia desleal, no se alcanza a comprender la razón por la que, al mismo tiempo, la Ley 29/2009 introduce en la LCD un nuevo precepto –el artículo 18- en virtud del cual la publicidad ilícita se considera, a su vez, un acto de competencia desleal.

La decisión del legislador español fue también, a nuestro modo de ver, desacertada, pues con ella se ignoraba la profunda evolución sufrida en las últimas décadas por el Derecho contra la competencia desleal. Este sector del ordenamiento en modo alguno puede ser ya considerado como un instrumento únicamente encaminado a la ordenación de las relaciones entre competidores. Por el contrario, tiene un carácter marcadamente institucional, orientado hacia la tutela de la institución misma de la competencia económica y del correcto funcionamiento del mercado. Al tutelar la institución de la competencia –entendemos- el Derecho contra la competencia desleal no sólo debe asegurar un funcionamiento eficiente del sistema de competencia entre empresas, sino también la adecuación de dicha competencia al esquema de derechos, principios y valores constitucionalmente reconocidos.

En todo caso, y al margen ya de la crítica a los motivos que desencadenaron la decisión del legislador español, lo cierto es que ésta perpetúa en el tiempo la fragmentación objetiva del Derecho español contra la competencia desleal, dotando a éste de uno de sus rasgos más singulares: una estructura dual apoyada en una regulación separada de la publicidad ilícita y de los actos de competencia desleal.

2.2. Fragmentación subjetiva

La actual fragmentación del Derecho español contra la competencia desleal no es sólo objetiva, sino también subjetiva. Como es bien sabido, la Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales limitó su ámbito de aplicación a aquellas prácticas comerciales desleales de las empresas que afectasen a los intereses económicos de los consumidores.

Pues bien, la Ley 29/2009, al incorporar la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, modificó la estructura de la LCD de forma que este texto legal, en su actual redacción, reproduce la misma fragmentación subjetiva. Así, la LCD diferencia entre

⁵ Para una crítica más amplia, vid. TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., “*La reforma...*”, op. cit., pp. 48 y ss.

actos de competencia desleal de carácter general (regulados en el capítulo II de la Ley) y prácticas desleales con los consumidores (reguladas en el capítulo III).

De esta forma, se rompe la unidad estructural del Derecho contra la competencia desleal, obligando a deslindar entre aquellas conductas cuya deslealtad no se hace depender de quién sea su sujeto pasivo, y aquellos otros supuestos de hecho en los que el carácter desleal de la conducta sólo puede afirmarse cuando ésta se haya desarrollado en el marco de las relaciones entre empresas o profesionales y consumidores⁶.

2.3. La naturaleza dual del ilícito desleal

Por lo demás, la calificación de ciertas conductas como prácticas desleales con los consumidores carece de especiales consecuencias prácticas en el estricto ámbito de la LCD. En efecto, aquella calificación no incide, ni en el régimen de acciones a ejercer frente a la conducta en cuestión, ni en la legitimación activa para emprenderlas. Antes al contrario, el régimen jurídico de las acciones y de la legitimación activa para emprenderlas es común para los actos de competencia desleal de carácter general y para las prácticas desleales con los consumidores⁷.

Sin embargo, la calificación de ciertas conductas como prácticas desleales con los consumidores sí genera importantes y trascendentes consecuencias fuera del estricto ámbito de la LCD. En este sentido, debe destacarse que tras la reforma introducida por la Ley 29/2009 en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, las prácticas comerciales desleales con los consumidores, además de actos de competencia desleal, constituyen infracciones de consumo sometidas, por tanto, al régimen sancionador previsto en aquel texto legal. Así lo dispone el artículo 47.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, conforme al cual, “las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán, asimismo, las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica y las prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios”.

Así pues, aquellas conductas tipificadas como prácticas desleales con los consumidores poseen una doble faz: en su condición de actos de competencia desleal

⁶ Esta ruptura de la unidad estructural del Derecho contra la competencia desleal también ha sido objeto de severas críticas. Vid., entre otros, FERNÁNDEZ NÓVOA, C., “La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales”, *Autocontrol*, nº 108, 2006, pp. 16-17; TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, pp. 34 y ss.; TATO PLAZA, A., “La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores”, *Autocontrol*, nº 125, 2007; MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho contra la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 45 y ss.

⁷ Vid. TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, pp. 53 y ss.

son ilícitos civiles; pero, al propio tiempo, en su condición de infracciones en materia de consumo son también ilícitos de naturaleza administrativa⁸.

Una situación similar se plantea con determinadas hipótesis de publicidad ilícita. Así, el artículo 18 de la LCD tipifica la publicidad ilícita como acto de competencia desleal. A su vez, el artículo 3 de la LGP incluye, dentro de las modalidades de publicidad ilícita, a aquella publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos o servicios⁹. Pues bien, muchas de estas normas de carácter especial sobre publicidad de determinados productos o servicios son normas de carácter administrativo, cuya infracción da lugar –en primer término- a ilícitos de esta misma naturaleza. Pero la calificación de estas infracciones como supuestos de publicidad ilícita y –por aplicación del artículo 18 de la LCD- actos de competencia desleal, supone su configuración, al mismo tiempo, como ilícitos civiles.

2.4. Descentralización territorial y pluralidad de órganos de control.

Por último, la atribución a ciertas conductas de una doble naturaleza como ilícitos civiles y administrativos conlleva la irrupción de una pluralidad de órganos de control en el Derecho contra la competencia desleal.

Así, la LCD regula las acciones contra la competencia desleal, acciones de naturaleza civil cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. Pero, al propio tiempo, la calificación de ciertas conductas como ilícitos administrativos permite su persecución a través de los órganos administrativos competentes en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

La existencia de una pluralidad de órganos de control, como es evidente, abre la puerta a la posible adopción de decisiones contradictorias o parcialmente divergentes en relación con los mismos supuestos de hecho. Un buen ejemplo a este respecto lo encontramos en el supuesto que dio origen a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1997 y a la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de marzo de 1999. En ambas sentencias se juzgaban los mismos hechos: durante la repetición de las jugadas más interesantes de unos partidos de fútbol, se habían insertado unos mensajes publicitarios en los que simplemente se hacía referencia a la marca “La Navarra”, popularmente conocida por ser la marca que distingue una bebida alcohólica, aunque también se utilizaba para distinguir otros productos menos conocidos. Una asociación de consumidores entabló las correspondientes acciones civiles frente al anunciante, que concluyeron en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1997, en la que el alto tribunal estimaba que la publicidad analizada era ilícita por constituir publicidad

⁸ En este sentido, cabría hablar de una cierta “administrativización” del Derecho español contra la competencia desleal. Vid. TATO PLAZA, A., “La reforma del Derecho español contra la competencia desleal: rasgos generales”, 30 *ADI*, 2009-2010, pp. 468 y ss.

⁹ Se han acuñado diversas expresiones para referirse a la extensa y amplia producción normativa en el ámbito de la publicidad: profusión legislativa, hiperinflación legislativa, sobredosis legislativa, etc. Vid., en este sentido, TATO PLAZA, A., “El Derecho de la publicidad: evolución y estado actual”, *Autocontrol*, nº 89, p. 11.

indirecta de una bebida alcohólica de más de veinte grados en televisión. De forma paralela, el entonces Ministerio de Fomento había impuesto diversas sanciones, por la emisión de esta publicidad, a las cadenas de televisión que la habían difundido. Recurridas estas sanciones, la Audiencia Nacional decidió anularlas mediante sentencia de 30 de marzo de 1999, pues, a su juicio, no cabía hablar, en este caso, de publicidad indirecta de bebidas alcohólicas de más de veinte grados.

En fin, la irrupción de una pluralidad de órganos de control implica también un cierto grado de descentralización en la aplicación del Derecho contra la competencia desleal¹⁰. No cabe ignorar que, en el marco constitucional actual, las competencias en materia de defensa de los consumidores y usuarios han sido asumidas por las Comunidades Autónomas. De suerte que la persecución en la vía administrativa de aquellas conductas que hayan sido calificadas como infracciones en materia de consumo corresponderá a los órganos autonómicos competentes¹¹.

3. PUBLICIDAD ILÍCITA, COMPETENCIA DESLEAL Y CODIFICACIÓN MERCANTIL

3.1. Nociones previas

Hasta aquí el análisis de algunos de los rasgos que actualmente caracterizan y singularizan al Derecho español contra la competencia desleal. En consecuencia, éste era el escenario al que se enfrentaba el proyecto de nueva codificación mercantil.

Como es evidente, el futuro Código podría jugar un papel relevante en la corrección de algunos de estos rasgos. Sin embargo, el Anteproyecto –por un lado– incide en la doble naturaleza del ilícito desleal. Por otro lado, el análisis del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil nos lleva a concluir que éste tan sólo matiza y disfraza la fragmentación subjetiva del Derecho contra la competencia desleal; y, por el contrario, profundiza aún más en su fragmentación objetiva.

¹⁰ En este sentido, vid. TATO PLAZA, A., “La reforma del Derecho español contra la competencia desleal: rasgos generales”, op. cit., págs.. 469 y ss.

¹¹ Como ya hemos expuesto en otro lugar, creemos que esta descentralización del Derecho español contra la competencia desleal conduce a una ruptura cierta del principio de unidad de mercado. Este principio de unidad de mercado, precisamente, se había salvaguardado en primera instancia gracias a la incorporación de la Directiva comunitaria sobre prácticas desleales a través de la reforma del Derecho contra la competencia desleal, y no de la reforma de la legislación de consumo, como también se llegó a plantear. Sin embargo, los objetivos inicialmente alcanzados con aquella acertada decisión quedan parcialmente frustrados con la calificación de las prácticas desleales con los consumidores como infracciones administrativas en materia de consumo. Vid. TATO PLAZA, “La reforma del Derecho contra la competencia desleal: rasgos generales”, op. cit., pp. 469-470.

3.2. La naturaleza dual del ilícito desleal y sus consecuencias

Como ya hemos comprobado en un epígrafe anterior, el ilícito desleal posee en la actualidad una doble naturaleza. Es un ilícito civil; pero, por aplicación del artículo 47.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, es también en ciertos supuestos un ilícito de naturaleza administrativa.

El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil en nada altera esta doble faz del ilícito desleal. Antes bien, incide en ella. Así, el Anteproyecto mantiene inalterado el actual artículo 47.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹². Pero, por otro lado, añade también un precepto de nuevo cuño –el proyectado artículo 342-1- que bajo el rótulo “infracción en materia de consumo”, establece lo siguiente: “sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo I de este Título, los actos de confusión, engaño y comparación así como las prácticas agresivas y las conductas contrarias a la cláusula general realizadas en las relaciones con los consumidores tendrán la consideración de infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios a los efectos previstos en la normativa de defensa de los consumidores y usuarios”.

Obvia decir que, al incidir en la doble naturaleza del ilícito desleal, el Anteproyecto de Ley de nuevo Código Mercantil da continuidad a algunos de los rasgos que singularizan al Derecho español contra la competencia desleal y que se derivan directamente de aquélla. De esta forma, se mantiene inalterada la pluralidad de órganos de control y, como consecuencia de ella, la tendencia a la descentralización territorial en la aplicación de este sector del ordenamiento.

3.3. Fragmentación subjetiva

Por otro lado, decíamos también que el proyectado Código Mercantil tan sólo matiza o disfraza la fragmentación subjetiva que en la actualidad caracteriza al Derecho contra la competencia desleal. En efecto, la lectura del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil nos permite comprobar que en él desaparece la división entre actos de competencia desleal y prácticas desleales con los consumidores que actualmente traza la Ley de Competencia Desleal en sus capítulos II y III.

Sin embargo, esta medida tan sólo disfraza o matiza una fragmentación subjetiva aún latente en el Anteproyecto. En este sentido, una lectura atenta de aquella parte del Anteproyecto destinada a la tipificación de los distintos actos de competencia desleal nos permite comprobar que, al tipificar algunos de estos actos, se mantiene una clara división entre tipos de alcance general y tipos que se aplican únicamente en el marco de las relaciones con consumidores.

¹² Cfr. la Disposición Final Quinta del Anteproyecto, que pese a modificar algunos preceptos del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, mantiene inalterado el artículo 47.3 de este texto legal.

Así sucede con la cláusula general y la tipificación de las prácticas engañosas y agresivas.

En lo que atañe a la cláusula general, el artículo 321-1 reproduce el actual artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal, y con ello la diferenciación entre una cláusula general de represión de la competencia desleal y una cláusula general específica de prohibición de las prácticas desleales con los consumidores¹³.

Por su parte, el artículo 322-2 del Anteproyecto tipifica con carácter general los actos de engaño. Pero este precepto encierra en su seno una clara diferenciación entre actos de engaño en general y actos de engaño en las relaciones con consumidores¹⁴. A su vez, el artículo 322-4 añade a estos dos tipos un catálogo de “actos de engaño en particular”. Con esta singular denominación parece querer disfrazarse una fragmentación subjetiva del tipo que, sin embargo, se desvela en toda su intensidad al comprobar que las conductas contempladas en el artículo 322-4 sólo merecerán un reproche deslealtad en la medida en que tengan lugar “en las relaciones con consumidores”¹⁵.

¹³ Según el artículo 321.1, “1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. 2. *En las relaciones con los consumidores*, se reputa desleal en particular cualquier conducta que sea contraria a los requisitos de la diligencia profesional y resulte idónea para distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o se dirige o del miembro medio del grupo concreto de consumidores al que se dirige. Cuando sea razonablemente previsible que una conducta pueda distorsionar de manera sustancial únicamente el comportamiento económico de un grupo de consumidores especialmente vulnerables, por padecer una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, la deslealtad concurrencial de la conducta considerada deberá evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo” (*cursiva propia*).

¹⁴ El tenor literal del artículo 322-2 es el siguiente: “1. Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza y distorsionar su comportamiento económico. 2. *En particular, se considera desleal toda conducta que, realizada en relación con consumidores*, contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, les induzca o pueda inducirles a error sobre uno o más de los siguientes elementos: a) La existencia o la naturaleza de un bien o servicio. b) Las características principales de un bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, la asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio. c) El alcance de los compromisos del empresario, los motivos de la práctica y la naturaleza del proceso de venta, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta. d) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio e) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación. f) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o su agente, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido. g) Los derechos del consumidor o los riesgos que pueda correr” (*cursiva propia*).

¹⁵ El inciso inicial del artículo 322-4 dice lo siguiente: “Se considera que constituyen actos de engaño desleales en cualquier circunstancia *los actos siguientes realizados en las relaciones con consumidores* (...)”.

De igual modo, el artículo 322-5 del Anteproyecto tipifica con carácter general las prácticas agresivas¹⁶. Y el artículo 322-6 completa este tipo general con un catálogo de “prácticas agresivas en particular”. Una vez más, el aparente propósito de superar la fragmentación subjetiva del Derecho contra la competencia desleal se desvanece al comprobar que el catálogo de “prácticas agresivas en particular” que establece el artículo 322-6 se aplica únicamente a aquellas conductas que se desarrollen “en relación con consumidores”¹⁷.

Podría pensarse que esta fragmentación subjetiva es una consecuencia inevitable de la incorporación al ordenamiento interno de la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Pero no es ésta nuestra opinión. Es cierto que la Directiva 2005/29 ciñe su ámbito de aplicación a las relaciones entre empresas y consumidores. Y es cierto también que la Directiva incluye una definición específica de las prácticas engañosas y una lista negra de conductas que se consideran en si mismas engañosas o agresivas, y que debe ser incorporada sin alteraciones al ordenamiento interno¹⁸.

Sin embargo, el actual artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, aunque con evidentes deficiencias técnicas, demuestra que el Derecho comunitario europeo actualmente vigente no impide establecer un tipo único para los actos de engaño, ya se desarrollen estos en el marco de las relaciones entre empresas o en el ámbito de las relaciones entre empresas y consumidores¹⁹.

Por otro lado, si bien la Directiva 2005/29 obliga a incorporar la denominada lista negra o *blacklist* de prácticas desleales sin alteraciones (incorporación que –en el marco del Anteproyecto– se produce a través de los artículos 322-4 y 322-6), no existe elemento alguno que impida al legislador nacional ampliar su ámbito de aplicación. En particular, la aplicación de dichos preceptos a aquellas conductas que tengan lugar en las relaciones entre empresas sería plenamente compatible con la Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engañosa y comparativa. En efecto, al armonizar las disposiciones nacionales sobre publicidad engañosa en el marco de las relaciones entre empresarios, esta Directiva permite con claridad a los Estados miembros adoptar disposiciones más estrictas que las previstas en el propio texto comunitario (artículo

¹⁶ En efecto, el artículo 322-5 establece un tipo de alcance general cuya aplicación no depende de que la conducta se desarrolle en el ámbito de las relaciones entre empresarios o en el marco de las relaciones con consumidores. Según establece aquel precepto, “se reputa desleal toda conducta que se valga del acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida y, por ello y en atención a su contexto fáctico, pueda distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de sus destinatarios”.

¹⁷ El inciso inicial del artículo 322-6 es el siguiente: “Se considerará que constituyen prácticas agresivas desleales en cualquier circunstancia *las realizadas en relación con consumidores* que a continuación se detallan (...)”.

¹⁸ Vid. TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO CALERO, P. / HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, op. cit., pág. 148.

¹⁹ En este sentido, el actual artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal incorpora al ordenamiento español, tanto la definición de las “acciones engañosas” que recoge la Directiva 2005/29 sobre prácticas desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, como el concepto de “publicidad engañosa” que ofrece la Directiva 2006/114 sobre publicidad engañosa y comparativa.

8.1)²⁰. Y, bajo nuestro punto de vista, esta habilitación podría ser utilizada por el legislador nacional para extender el ámbito de aplicación de la lista negra de prácticas engañosas y agresivas prevista en la Directiva 2005/29. De esta forma, las conductas incluidas en dicha lista se considerarían desleales no sólo cuando tuviesen lugar en el marco de relaciones con consumidores (tal y como impone la Directiva 2005/29), sino también cuando tuviesen lugar en el marco de relaciones entre empresas (tal y como habilita –en relación al menos con los actos de engaño- la Directiva 2006/114).

3.4. Fragmentación objetiva

Tal y como acabamos de comprobar, la proyectada codificación mercantil tan sólo alcanza a matizar o disfrazar tímidamente la fragmentación subjetiva que en la actualidad caracteriza al Derecho español contra la competencia desleal. Y, en lo que atañe a la fragmentación objetiva de este sector del ordenamiento, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil en absoluto corrige el rumbo; antes al contrario, profundiza en la estructura dual que singulariza al Derecho español contra la competencia desleal.

Así, la proyectada codificación mercantil –por un lado- no incluye dentro de su ámbito la regulación de la publicidad ilícita. Y –por otro lado- mantiene vigente y no deroga el Título II de la Ley General de Publicidad²¹. De esta forma, como avanzábamos, la proyectada codificación mercantil perpetúa la estructura dual del Derecho español contra la competencia desleal, apoyada en una regulación separada de la publicidad ilícita y de la competencia desleal.

Esta aproximación, por un lado, contradice la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. En esta Exposición de Motivos, de manera inexplicable, se anuncia una regulación en el Anteproyecto de la publicidad ilícita a la que luego no se da cumplimiento en el articulado.

Así, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto se puede leer lo siguiente: “El Título II, dedicado a la competencia desleal, establece las normas de conducta que configuran el Derecho de la lealtad en la competencia, incluidas las relativas a la publicidad desleal, que se desalojan de la Ley general de Publicidad”.

Sin embargo, el anunciado “desalojo” no llega a producirse de forma efectiva, y ni el articulado del Anteproyecto regula la publicidad ilícita, ni sus disposiciones derogatorias alcanzan al Título II de la Ley General de Publicidad. De suerte que, de aprobarse el Código en los términos actualmente proyectados, se profundizará –como antes decíamos- en la fragmentación objetiva del Derecho español contra la

²⁰ El artículo 8.1 de la Directiva 2006/114 establece lo siguiente: “La presente Directiva no será óbice para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones tendentes a asegurar una protección más amplia, en materia de publicidad engañosa, de los comerciantes y los competidores”.

²¹ El número 5 del párrafo tercero de la Disposición Derogatoria Única del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil dispone únicamente la derogación del Título III de la Ley General de Publicidad, que regula la contratación publicitaria. Por lo tanto, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil no deroga ni el Título II de la Ley General de Publicidad (que regula la publicidad ilícita) ni ninguno de los preceptos que en él se incluyen.

competencia desleal y en la estructura dual de este sector del ordenamiento en nuestro país.

Además, y bajo nuestro punto de vista, este planteamiento aboca al proyectado código –en el ámbito que nos ocupa- a una cierta incoherencia. En efecto, no resulta fácil justificar que un Anteproyecto que identifica el Derecho Mercantil con el Derecho privado del mercado²², y que incluye expresamente los “actos de competencia en el mercado”²³ dentro de su ámbito de aplicación, excluya del ámbito de la codificación una actividad típica de competencia en el mercado como la publicidad comercial²⁴. Sobre todo, cuando es el mismo Anteproyecto el que luego tipifica como acto de competencia desleal la publicidad ilícita²⁵ o incluye dentro del ámbito de la codificación la denominada contratación publicitaria²⁶. E incluso en relación con esta última, resulta curioso comprobar cómo el proyectado código absorbe la regulación de contratos que pueden tener por objeto actividades publicitarias completamente ajenas al mercado (como la publicidad institucional o política)²⁷, y sin embargo expulsa del ámbito de la

²² Ésta es la definición que se recoge en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, según la cual “la delimitación de la materia mercantil se hace sobre la sólida base de los postulados que establece nuestra constitución económica, partiendo del que la enmarca en la economía de mercado y de la correlación entre la unidad de éste y la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, entendido como la regulación de Derecho privado propia del mercado”. Como no podía ser de otra forma, esta definición de la materia mercantil ejerce luego una profunda influencia, tanto en la definición del objeto del proyectado Código, como en la delimitación de su ámbito de aplicación. Así, en lo que se refiere al objeto del proyectado Código, el artículo 001-1 del Anteproyecto establece lo siguiente: “En el marco constitucional de la economía de mercado, el presente Código contiene las normas mercantiles que regulan el mercado de bienes y servicios en todo el territorio español, el estatuto de las personas incluidas en su ámbito y las actividades desarrolladas en el mercado”.

²³ Según establece el apartado c) del párrafo primero del artículo 001-3 del Anteproyecto, “son mercantiles y quedan sujetos a las normas del presente Código: (...) los actos de competencia en el mercado”.

²⁴ En este sentido, no cabe ignorar que, en nuestro ordenamiento, el artículo 2 de la Ley General de Publicidad define la publicidad concibiéndola como un acto típico de competencia en el mercado vinculado a la promoción en el mismo de bienes o servicios. En efecto, según el artículo 2 de la Ley General de Publicidad, se entiende por publicidad “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

²⁵ Según el artículo 322-13 del Anteproyecto, constituye un acto de competencia desleal “la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”. Añade el mismo precepto que “se entiende por tales las normas que prohíben o limitan el desarrollo de actividades o estrategias competitivas concretas relativas a la captación, configuración y mantenimiento de la relación con los proveedores o con los clientes o consumidores, *incluidas las normas sobre publicidad ilícita*” (cursiva propia).

²⁶ El Capítulo III del Título III del Libro Quinto del proyectado Código (artículos 533-1 y siguientes) se dedica a la regulación de los denominados contratos publicitarios.

²⁷ El artículo 7 de la Ley General de Publicidad establece lo siguiente: “los contratos publicitarios se regirán por las normas contenidas en el presente Título, y en su defecto, por las reglas generales del Derecho Común. Lo dispuesto en el mismo será de aplicación a todos los contratos publicitarios, *aun cuando versen sobre actividades publicitarias no comprendidas en el artículo 2*” (cursiva propia). Quiere esto decir que la regulación de los contratos publicitarios recogida en la Ley General de Publicidad (y que el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil incorpora) se aplica tanto a los contratos que tienen por objeto la preparación, creación, ejecución o difusión de publicidad comercial como a aquellos contratos

codificación la regulación de la publicidad ilícita, cuyo ámbito de aplicación se ciñe exclusivamente a la publicidad comercial²⁸.

que puedan tener por objeto la preparación, creación, ejecución o difusión de mensajes publicitarios de otra naturaleza, como por ejemplo publicidad política o institucional.

²⁸ Véase la definición de publicidad recogida en el artículo 2 de la Ley General de Publicidad. Como ya hemos visto, este precepto define la publicidad concibiéndola como un acto típico de competencia en el mercado vinculado a la promoción en el mismo de bienes o servicios.

CONFIDENCIALIDAD Y CLEMENCIA EN LA ‘DIRECTIVA DE DAÑOS’: UNA APROXIMACIÓN

PEDRO YANES YANES *

Resumen

La recientemente aprobada Directiva 2014/104/UE (“Directiva de daños”) se propone armonizar, entre otros extremos, las condiciones en que las víctimas de daños derivados de ilícitos concurrenciales pueden acceder a información relevante para ejercitar fundadamente sus acciones indemnizatorias contra los infractores. La orientación final del instrumento normativo se ha decantado por soluciones de compromiso que habrían de asegurar el delicado equilibrio entre la efectividad del *private enforcement* y el éxito de los programas de clemencia en la lucha contra los cárteles. Sin embargo, la complejidad del sistema finalmente arbitrado permite augurar no pocas dificultades en la elaboración de las normas domésticas de transposición. Este trabajo ofrece una primera aproximación al panorama abierto por la norma comunitaria y explora fórmulas para la transposición de la Directiva en el ordenamiento español.

Contenido

1. Planteamiento. – 2. Las reglas de exhibición de pruebas (*discovery*). – 2.1. Regla general de acceso y criterios de ponderación. – 2.2. Reglas especiales de acceso a expedientes *antitrust*. – 2.3. Límites a la aportación directa de pruebas obtenidas del expediente *antitrust*. – 2.4. Sanciones. – 3. Los correctivos al blindaje del *leniency material*. – 3.1. Facilitación probatoria del ilícito concurrencial. – 3.2. Facilitación probatoria del daño y de su cuantificación.

1. PLANTEAMIENTO

Como es sabido, el derecho de las víctimas de los cárteles a ser indemnizadas por los infractores de las normas de la competencia –la pieza seguramente más importante del sistema de aplicación privada *antitrust*– puede entrar en contradicción con la eficacia de la aplicación pública de tales normas cuando las propias víctimas pretenden acceder a la información obtenida por la autoridad de competencia en el marco de un programa de clemencia. Con anterioridad a la reciente aprobación de la Directiva de daños (“DD”)¹,

* Catedrático (acr.) de Derecho Mercantil. Miembro del [Instituto de Derecho del Mercado y de la Competencia / URJC](#) (Madrid).

¹ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea [[DOUE L 349/1, 5.12.2014](#)]. Para una valoración de urgencia, entre nosotros, HERRERO SUÁREZ, C., “La futura Directiva de daños: frentes abiertos”, *La Ley mercantil*, 7, 2014, pp. 1-5 (copia electrónica).

el problema de las relaciones entre programas de clemencia y acciones privadas de daños se había abordado por el Tribunal de Justicia en cuatro ocasiones señaladas (*Pfleiderer*, *Donau Chemie*, *Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims* y *Energie Baden-Württemberg*)², sentando una doctrina que deberá ahora revisarse y ponderarse a la luz de las nuevas exigencias de armonización que consagra la norma comunitaria³.

Aunque no sería preciso señalar en este momento el significado de una y otra pieza –pública y privada– del sistema de aplicación del ordenamiento *antitrust*, no está de más recordar que la política de clemencia hace suyas las enseñanzas con las que alecciona el conocido “dilema del prisionero”. En términos de teoría de juegos, todo programa de clemencia no es más que un instrumento que permite a la autoridad de la competencia incrementar los incentivos para que un infractor de la prohibición de cártel delate al resto de coinfractores en lugar de seguir cooperando con ellos en la ejecución de la práctica restrictiva de la competencia⁴. Es así como en el marco de esta *policy* los programas de clemencia aumentan la tasa de detección del cártel y por esa vía elevan el coste esperado de la multa, aunque este efecto solo es reconocible cuando el incentivo del programa se mantiene exclusivamente en la fase pública del *enforcement*. Porque, en efecto, cuando el *enforcement* se proyecta sobre una fase privada, sucesiva a la pública, como consecuencia del ejercicio de una acción civil “de seguimiento” (*follow-on claim*),

² Me permito remitir a mi reciente trabajo “La protección del ‘*leniency material*’ en la jurisprudencia comunitaria: de *Pfleiderer* a *EnBW*”, *RCD*, 14, 2014, pp. 179-193, del que este de ahora, escrito para el Libro Homenaje al Prof. Rafael Illescas, es continuación.

³ Hasta la publicación definitiva de la DD la bibliografía doméstica sobre este temario fue copiosa. Pueden citarse, como más representativas, las aportaciones de FERNÁNDEZ TORRES, I., “Los programas de clemencia y la interacción con las demandas de indemnización por daños y perjuicios. A propósito de la Resolución de la CNC, de 21 de enero de 2010 (Expte. 5/0084/08 Fabricantes del Gel)”, *RCD*, 8, 2011, pp. 241-258; FONT RIBAS, A. y GÓMEZ TRINIDAD, S. (coords.), *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales*, Marcial Pons, Madrid, 2013, e *ibi* las contribuciones específicas de R. Alonso Soto, E. Galán Corona, R. Amils Arnal, F. Cachafeiro García, A. Arroyo, M^a C. Pablo-Romero, J. Morales Barceló y P. Pérez Fernández; FONT RIBAS, A. y VILA COSTA, B. (dirs.), *La indemnización por infracción de las normas comunitarias de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 2012; GÓMEZ TRINIDAD, S., “Comentarios sobre algunas cuestiones contenidas en el Libro Blanco de acciones por daños por la infracción de las normas de la competencia. La necesidad de armonización de la regulación del recurso colectivo y la protección a los partícipes en procedimientos de clemencia”, *ADI*, 32, 2011-2012, pp.95-122; MARTÍ MOYA, V., “Eficacia y acceso a la información de los programas de clemencia. Reflexiones al hilo del caso *Pfleiderer* (C-360/09)”, *RCD*, 10, 2012, pp. 229-238, y luego “‘Disclosure’ sobre programas de clemencia a la luz de la Sentencia de la English High Court de 4 de abril de 2012”, *RDM*, 292, 2014, pp. 513-526; PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M^a C., “La posición del solicitante de clemencia ante las acciones de reclamación de daños (Después de la Propuesta de Directiva de 13 de junio de 2013)”, *La Ley mercantil*, 2, 2014, pp. 70-91; RUBIO VICENTE, P. J., “El programa de clemencia en el Derecho español de la competencia”, en VV.AA., *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*, VELASCO SAN PEDRO, L., ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., HERRERO SUÁREZ, C. (dirs.), *Lex Nova*, Valladolid, 2014, pp. 181-275; TOBÍO RIVAS, A. M^a, “Reparación por daños derivados de un ilícito antitrust y acceso a la documentación que forma parte de un procedimiento ante una autoridad nacional de competencia”, *ADI*, 34, 2013-2014, pp. 630-634; o en fin, VELASCO SAN PEDRO, L. (dir.) et alii, *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, *Lex Nova*, Valladolid, 2011, e *ibi* las contribuciones específicas de P. Piroddi, J. Süderow, P. Pérez Fernández o Ph. Collins, entre otros.

⁴ Sobre este origen y motivaciones, BORRELL, J. R., JIMÉNEZ, J. L. y ORDÓÑEZ, J. M., “[Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia](#)”, *Working Paper CNC*, s.f. pero 2012; desde la autoridad reguladora, ZOIDO, E., “El nuevo régimen de clemencia: una visión económica”, *GJUEC*, 2008, pp. 1-14 (copia electrónica).

la mayor incertidumbre sobre el desenlace final altera las bases iniciales del juego. En ese escenario, las consecuencias de las decisiones de los jugadores pierden su predictibilidad y el juego se asemeja a una apuesta. La racionalidad se sustituye por la aleatoriedad, y por ello se elevan las probabilidades de que los infractores rehúsen jugar, o que lo hagan en medida irrelevante para los más ambiciosos fines de la política pública.

Como queda dicho, el problema se plantea respecto al ejercicio de las acciones de daños en su modalidad de “acciones de seguimiento”. A diferencia de las “acciones independientes” (*stand-alone claims*), las de seguimiento persiguen una tutela privada de tipo indemnizatorio añadida o complementaria a la represión previa del ilícito –del mismo ilícito– por parte de una autoridad de la competencia. El ejercicio de estas acciones civiles *follow-on* suscita una mayor complejidad en la medida en que un mismo ordenamiento reacciona, en dos momentos sucesivos, frente a un mismo ilícito, activando para ello dos sistemas de aplicación, el público y el privado, que deben coordinarse en atención a los fines institucionales que comparten y promueven. El problema debe tratarse, por tanto, como un problema de coordinación, y así se propuso hacerlo la jurisprudencia comunitaria en aquellas señaladas ocasiones, pocos años después de que hubiera otorgado carta de naturaleza –primero en la Sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Courage*⁵, y más tarde en la Sentencia de 13 de julio de 2006, *Manfredi*⁶– a la aplicación privada de las normas de la competencia.

La exploración del problema también mereció la elaboración de un Libro Verde primero (*Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*⁷), y de un Libro Blanco después (*Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*⁸). Por lo que ahora interesa recordar, el Libro Blanco reconocía la importancia que para la aplicación pública y privada de las normas tiene “que los programas de clemencia sean atractivos”, y el atractivo mayor es, sin duda, el de exoneración o reducción de la multa que el sistema ofrece como recompensa al infractor que denuncia la existencia del cártel. Pero tan importante como el incentivo son las condiciones en que se ofrece a los infractores: confianza y confidencialidad. Bajo esta premisas, cabe preguntarse si es posible mantener una coexistencia eficaz entre clemencia y reparación alterando las condiciones en que el incentivo se ofrece a los infractores. Esta es la pregunta que ha venido a contestar la DD, optando por la solución armonizadora frente al menos predecible *case-by-case analysis*, y porque, además, la atomización de las soluciones en una materia que requiere una aplicación homogénea en todo el territorio de la Unión Europea comportaría graves peligros. A conjurarlos, y a la

⁵ Asunto [C-453/99](#), *Courage Ltd c. Bernard Crehan y Bernard Crehan c. Courage Ltd* y otros.

⁶ Asunto [C-295/04](#) (y acumulados C-296/04, C-297/04 y C-298/04), *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*.

⁷ COM(2005) 672 final, 19.12.2005. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=EN>.

⁸ COM(2008) 165 final, 2.4.2008. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0165&from=EN>.

necesaria tarea de coordinación y armonización positiva, se aplica la DD, sin perjuicio de que su contenido y alcance puedan resultar, en algunos aspectos, polémicos⁹.

2. LAS REGLAS DE EXHIBICIÓN DE PRUEBAS (*DISCOVERY*)

Las previsiones de la DD sobre el acceso de los perjudicados a los medios de prueba cuando se ejercitan acciones de daños tienen un contenido y alcance diversos según se refieran a supuestos generales o específicos. A esta distinción de régimen responde la separación formal de los artículos 5 y 6 DD, de la que son tributarios los dos subepígrafes siguientes.

2.1. Regla general de acceso y criterios de ponderación

En primer lugar, el artículo 5 DD parte de la formulación de una regla general de acceso a las fuentes de prueba en favor de los demandantes de daños, según la cual “*los órganos jurisdiccionales nacionales [pueden] ordenar que la parte demandada o un tercero exhiba las pruebas [...] que tenga en su poder*” (apartado 1), siempre “*bajo su estricta supervisión*”¹⁰. Se trata de una formulación general y abstracta, de reconocimiento del poder del juez en materia probatoria, referido a “fuentes de prueba” y no a “medios de prueba”, según la distinción generalmente aceptada por los autores en virtud de la que se suelen tratar separadamente aquellos elementos existentes en la realidad extraprocesal, y que pueden resultar aptos para convicción o certeza sobre datos de hecho, y la actividad procesal mediante la que se incorporan al concreto proceso¹¹. Por esta razón la regla viene acompañada, en una ordenación poco sistemática de enunciados, de criterios de ponderación que deben presidir la decisión del juez en un contexto de oposición intereses entre demandante y demandado, y en la que – era innecesario decirlo – no podría ser tomado en consideración el interés del infractor en conjurar el ejercicio de acciones de daños por quienes resulten perjudicados por sus acciones u omisiones concurrenciales ilícitas (apartado 5). Lo que importa señalar es que tales pautas traducen el planteamiento de mínimos del que es tributaria la DD, de suerte que las reglas y criterios del artículo 5 “no impedirá[n] que los Estados miembros mantengan o introduzcan normas que conduzcan a un sistema de exhibición *más amplia*

⁹ El movimiento de armonización positiva lo alentó la STJ (Gran Sala) de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt* [asunto [C-360/09](#)], el primer y más importante pronunciamiento registrado por la jurisprudencia comunitaria sobre este espinoso tema. Su carácter pionero explica que también fuera el más discutido y polémico, y sobre todo el más inquietante para la *European Competition Network* (ECN), que no tardó mucho en manifestar su parecer contrario y alertar sobre la doctrina del alto tribunal [*Protection of leniency material in the context of civil damages actions*, disponible en http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf]. Quizás por ello la doctrina *Pfleiderer* terminó por impulsar la reacción de las autoridades comunitarias hacia una armonización legislativa cuyas bases de transposición han cristalizado, después de algunos años de indecisión y letargo, en la reciente Directiva de daños.

¹⁰ Considerando (16).

¹¹ Cfr. ORTELLS RAMOS, M. (dir.) et alii, *Derecho procesal civil*, 13ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 288.

de las pruebas” (apartado 8, cursiva nuestra), excepción hecha de las previsiones indisponibles –y por tanto de máximos– recogidas en los apartados 4 y 7 del artículo 6 DD y que luego se examinarán.

Con independencia de ello, y volviendo a las previsiones básicas de la regla general que ahora se examina, en este primer precepto pueden identificarse hasta cuatro criterios distintos de ponderación –verosimilitud, pertinencia, proporcionalidad y contradicción– que, a decir verdad, no parece que vayan a comportar, tras la transposición, una alteración sustancial de la disciplina probatoria de nuestro proceso civil. Veámoslos ahora por separado.

- A) La DD pide, primero de todo, que la solicitud del demandante contenga una motivación razonada y apoyada en hechos y pruebas con un grado de suficiencia que permita justificar la viabilidad de la acción de daños. Del relato de hechos y de los medios de prueba que el demandante esté razonablemente en condiciones de aportar ha de poderse inferir que la pretensión deducida es verosímil¹². Solo constatando la verosimilitud de la pretensión, “los órganos jurisdiccionales nacionales [podrán] ordenar que la parte demandada o un tercero exhiban las pruebas” (apartado 1) con respeto, cuando fuera aplicable, al Reglamento (CE) nº 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil¹³. Y, en todo caso, además, observando el principio de proximidad o facilidad probatoria, que habría de impedir al juez requerir a las autoridades de la competencia la exhibición de pruebas contenidas en los expedientes a su cargo cuando puedan ser razonablemente aportadas por alguna parte o por un tercero (artículo 6.10 DD)¹⁴. Las pruebas en estas acciones suelen estar casi siempre y en su práctica totalidad en poder de los infractores o de terceros, pero ello no excluye que la víctima pueda eventualmente encontrarse en disposición de aportarlas en razón de su proximidad a la fuente.
- B) Sobre la verosimilitud de la pretensión, las fuentes de prueba señaladas por el demandante han de ser, además, pertinentes al objeto del proceso. El de la pertinencia no es, como se sabe, un requerimiento novedoso, sino suficientemente conocido en la práctica procesal civil por mandato del artículo 283.1 LEC (“No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente”), y se halla además íntimamente ligado al de utilidad: mientras la pertinencia pide una causa, la utilidad reclama

¹² O, como dice el Considerando (16) DD, “una vez que el demandante haya demostrado la *verosimilitud*, sobre la base de los datos que obren razonablemente en su poder, de los daños que le haya causado el demandado” (cursiva nuestra).

¹³ [DOUE L 174, 27.6.2001](#).

¹⁴ Como señala el Considerando (29), “[d]ebe ordenarse a una autoridad de la competencia la exhibición de pruebas *solo cuando no se puedan obtener razonablemente de otra parte o de un tercero*” (cursiva nuestra).

interés o necesidad de la prueba¹⁵. Con carácter general, puede decirse que un medio de prueba es pertinente cuando lo que pretende acreditarse es relevante para la decisión de la pretensión procesal (o, más aún, para la propia tutela judicial reclamada: artículo 281.1 LEC), lo que según la doctrina procesalista podrá acaecer de modo directo –por ser un hecho constitutivo, impeditivo, extintivo o excluyente alegado– o de modo indirecto –por ser un hecho que sirve para la construcción o para la impugnación de presunciones respecto de hechos de la clase anterior, o por ser hecho importante para apreciar la fiabilidad de otro medio de prueba¹⁶. Precisamente por ello la DD restringe la decisión sobre la exhibición de pruebas – bien de piezas singulares o específicas, bien de categorías de ellas– “lo más limitadas y acotadas como sea posible atendiendo a los hechos razonablemente disponibles en la motivación razonada [del demandante]” (cursiva nuestra), y parece que implícitamente también a las pruebas útiles –necesarias y de interés– para el proceso¹⁷. Y por eso también pesa sobre el solicitante el deber de especificar las pruebas singulares o las categorías de pruebas con la mayor concreción y precisión posibles¹⁸.

Como puede apreciarse con facilidad, la DD pide al juez que apure o maximice el juicio de pertinencia a fin de no conceder al demandante más de lo estrictamente necesario para conseguir probar los hechos que sustentan la acción de daños, pero sin merma de la tutela jurisdiccional de su derecho al resarcimiento. La pertinencia opera, pues, como un límite al derecho del demandante y al poder del juez, y cumple así la función de preservar la esfera de la parte demandada o del tercero que esté en poder o en disposición de fuentes de prueba relativas al proceso. Ello no impedirá, sin embargo, que el juez pueda denegar las pruebas cuando la fuente contenga información cuya divulgación pueda lesionar el interés del demandado o de terceros (secretos comerciales o cualquier otra de naturaleza confidencial o reservada), o comprometer incluso el deber de sigilo que deben

¹⁵ Recordando y actualizando el acervo de la doctrina procesalista, ASECIO MELLADO, J. M^a, “La prueba”, en VV.AA., *Proceso civil práctico*, GIMENO SENDRA, V. (dir), IV, 4^a ed., La Ley Actualidad, Madrid, 2010, p. 46.

¹⁶ Cfr. ORTELLS RAMOS, M., *op. cit.*, p. 291. Como ha proclamado el Tribunal Supremo, “no existe un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas que tengan una relación con el ‘thema decidendi’, pues lo contrario significaría que se pudiese alargar indebidamente el proceso o que se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad”: STS –Sala 1^a– 31 enero 2013 (RJ 2013, 2408). En igual o parecido sentido, con anterioridad a la LEC/2000, SSTS –Sala 1^a– 15 marzo 2005 (RJ 2005, 2237), 13 diciembre 1999 (RJ 1999, 8900).

¹⁷ De nuevo, pare el concepto de utilidad de la prueba, ASECIO MELLADO, J. M^a, “La prueba”, *op. cit.*, pp. 49-51.

¹⁸ Considerando (23). La cuestión siempre estará necesitada de un punto de equilibrio: de un lado, porque estando dominada esta materia por una fuerte asimetría informativa no será necesario que las víctimas especifiquen las piezas concretas de prueba [Considerando (15)]; de otro, porque en los casos de solicitud de una categoría de pruebas la mejor manera de evitar comportamientos poco serios e infundados es exigir que la categoría sea “identificada mediante rasgos comunes de sus elementos constitutivos, como la naturaleza, objeto o contenido de los documentos cuya exhibición se pide, el momento en que hayan sido redactados, u otros criterios, siempre y cuando las pruebas que pertenezcan a esa categoría sean pertinentes a tenor de lo dispuesto en la presente Directiva”, siempre, como es natural, “sobre la base de los hechos razonablemente disponibles” [Considerando (16)].

observar ciertos profesionales (apartado 6)¹⁹. El acceso a dicha información a través de la admisión del medio de prueba habrá de someterse al mismo juicio de pertinencia (“los órganos jurisdiccionales nacionales [están] facultados para ordenar la exhibición de las pruebas que contengan información confidencial cuando lo consideren pertinente en casos de acciones por daños”), si bien la DD cuida de imponer al legislador nacional el establecimiento de *medidas eficaces para proteger la confidencialidad* cuando el juez entienda pertinente la información para el ejercicio de acciones de daños (apartado 4)²⁰. En la norma de transposición deberían señalarse en concreto algunas de estas medidas, las más conocidas, pero empleando una enumeración abierta que pudiera ser complementada en cada caso por el arbitrio judicial, como ocurre ya entre nosotros, por ejemplo, en los supuestos de los artículos 259 (práctica de diligencias preliminares) o 328.3 LEC (deber de exhibición documental entre partes en procesos por infracción de un derecho de propiedad industrial o intelectual).

- C) En este contexto, la decisión del juez ordenando la exhibición también ha de ser proporcionada. Al limitar la exhibición de las pruebas “a lo que sea proporcionado”, la DD acoge implícitamente una prohibición de exceso en la decisión del juez, debiendo responder la admisión de la prueba a una ponderación de la relación de proporcionalidad entre el medio probatorio que pretende aportarse y la finalidad perseguida con la acción de daños (apartado 3)²¹. De manera que, una vez aceptada la pertinencia de la exhibición de pruebas, habrán de utilizarse técnicas de ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, y comprobarse si el sacrificio de los intereses del demandado o de los terceros guarda una relación razonable (proporcionada) con la importancia del interés del demandante que el ordenamiento jurídico tutela mediante el reconocimiento de la acción de daños. Cuando el test de proporcionalidad revele a los ojos del juez que el sacrificio resulta excesivo, la prueba propuesta, aun cuando fuera pertinente, habría de reputarse inadmisibile. Es así como la DD establece que “los órganos jurisdiccionales nacionales tomarán en consideración los intereses legítimos de

¹⁹ Sobre este temario, que excede los límites de este trabajo, v. en nuestra práctica legal ALLENDESALAZAR, R., “Confidencialidad de las comunicaciones abogado y cliente y eficacia de la labor inspectora: dos principios a la búsqueda de un equilibrio”, *GJUEC*, 2009, pp. 1-19 (copia electrónica), o SUDEROW, J., “Nota sobre la Sentencia del TJCE Akzo Nobel y otros de 14 de septiembre de 2010: límites al privilegio legal de las comunicaciones entre abogados y sus clientes”, *CDT*, 3, 2011, pp. 316-325.

²⁰ En particular, “[e]ntre esas medidas puede incluirse la posibilidad de disociar los pasajes sensibles en los documentos, realizar audiencias a puerta cerrada, restringir el círculo de personas a las que se permite examinar las pruebas, y encargar a expertos la producción de resúmenes de la información en una forma agregada no confidencial o en cualquier otra forma no confidencial” [Considerando (18)], a lo que se añade, sin lugar a dudas, que “[l]as medidas de protección de los secretos comerciales y demás información *no deben impedir en la práctica el ejercicio del derecho a resarcimiento*” (cursiva nuestra).

²¹ Ampliamente sobre este principio, desde la óptica constitucional, GONZÁLEZ BEILFUSS, M., “Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional”, en VV.AA., *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, CARRASCO DURÁN, M. et alii (coord.), II, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 1-21 (copia electrónica).

todas las partes y de todos los terceros interesados”, debiendo tener en cuenta, en concreto, algunas circunstancias relevantes para la mejor conformación de juicio de proporcionalidad. En particular, (i) el grado de suficiencia que quepa apreciar en el conjunto de hechos y pruebas relatados y aportadas por el demandante; (ii) el alcance que la exhibición pudiera tener sobre los terceros afectados, especialmente cuando se trate de materias protegidas por la confidencialidad; (iii) el coste en que incurriría la exhibición, sobre todo en búsquedas indiscriminadas –no específicas o de excesiva amplitud– de información (fishing expeditions), sin probabilidad de resultado útil; (iv) y las consecuencias indeseables de la divulgación de información confidencial legalmente protegida. El catálogo de criterios incorpora otros nuevos y específicos que habrán de aplicarse cuando el juicio de proporcionalidad deba realizarse en relación con una exhibición de pruebas contenidas en un expediente antitrust, como luego veremos.

- D) Por último, y como no podía ser de otro modo, la admisión de pruebas para el ejercicio de una acción de daños no puede producirse inaudita parte, sino garantizando convenientemente que las personas concernidas por la exhibición “puedan ser oídas antes de que el órgano jurisdiccional nacional ordene dicha exhibición” (apartado 7). No se trata de una norma extraña sino sólidamente arraigada en nuestro sistema procesal civil, en el que la contradicción procesal constituye una exigencia ineludible también en la fase probatoria. Tampoco constituye novedad la posibilidad de que la autoridad de la competencia pueda comparecer “por propia iniciativa” ante el juez llamado a decidir sobre la admisibilidad de la exhibición para manifestar su punto de vista “sobre la proporcionalidad de los requerimientos de exhibición” (artículo 6.11 DD), erigiéndose así en cogarante del sistema público de aplicación de las normas de la competencia en términos muy similares a la previsión del artículo 15.3 del Reglamento (CE) nº 1/2003²². La comparecencia e intervención de la autoridad de la competencia será voluntaria, pero habrá de aceptarse necesariamente por el juez, quien tampoco podrá desestimar sin suficiente motivación el punto de vista que exprese aquélla sobre la admisibilidad de las pruebas propuestas por el actor.

2.2. Reglas especiales de acceso a expedientes *antitrust*

Los supuestos específicos vienen regulados en el artículo 6 DD, cuyo régimen no altera el conjunto de normas y prácticas comunitarias o nacionales sobre la protección de los documentos internos de las autoridades de la competencia y de la correspondencia entre las autoridades de la competencia (“intercambio orgánico de información”²³). El

²² A tal fin, “[l]os Estados miembros deben poder establecer un sistema por el que se informe a la autoridad de la competencia de las solicitudes de exhibición de información cuando la persona que la solicite o la persona de la que se solicite la misma esté implicada en la investigación de esa autoridad de la competencia en relación con la infracción alegada, sin perjuicio de la normativa nacional en materia de procedimientos no contradictorios” [Considerando (30)].

²³ La expresión se toma de RUBIO VICENTE, P. J., “El programa de clemencia...”, *op. cit.*, p. 243.

precepto trata del acceso a las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia, reconociendo la vigencia y aplicación a ellos tanto de las normas generales de exhibición (ya examinadas al tratar el artículo 5 DD), como de las normas y prácticas en materia de acceso público a los documentos [Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión²⁴]. Sin embargo, tras ese reconocimiento, la disciplina de la exhibición de los documentos obrantes en los expedientes tramitados ante una autoridad de la competencia conoce algunas especialidades que terminan recortando el alcance ordinario que tiene, en los supuestos generales, el derecho de acceso. Mas, así y todo, concurriendo incluso todas aquellas condiciones de acceso, no todo el *leniency material* es accesible a los interesados.

La DD establece, en este sentido, varios niveles de protección del expediente *antitrust* como fuente probatoria principal en las acciones de daños²⁵. Veámoslos.

A) En un primer nivel, de protección máxima (apartado 6), se blindan frente a cualquier pretensión de acceso los elementos clave en cualquier pieza de clemencia que se hubiera formado en el expediente (una black list). A tal fin, la DD impone a los Estados miembros la obligación de velar por que “los órganos jurisdiccionales nacionales no puedan en ningún momento ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de cualquiera de las siguientes categorías de pruebas: a) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia²⁶, y b) las solicitudes de transacción²⁷”. La exclusión alcanzaría además, según los considerandos, a “las citas literales de una declaración [de clemencia] o de una solicitud de transacción que figuren en otros documentos”²⁸.

En nuestro Derecho, el tratamiento procedimental de la exención y reducción del importe de las multas se sustancia en una “pieza separada especial de confidencialidad” (artículos 42 LDC y 51 RDC), donde obran tanto las

²⁴ [DOUE L 145/43, 31.5.2001](#).

²⁵ La orientación que se sigue en esta materia se encuentra expresada con toda claridad en el Considerando (24): “La presente Directiva *no afecta al derecho de los órganos jurisdiccionales a considerar el interés de la aplicación pública efectiva del Derecho de la competencia*, ya sea en virtud del Derecho de la Unión o del nacional, a la hora de ordenar *la exhibición de cualquier tipo de prueba, con la excepción de las declaraciones en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción*” (cursiva nuestra).

²⁶ Según el cuadro de definiciones de la DD, se entiende por tales “toda declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre, a una autoridad de la competencia, o la documentación al respecto, en la que se describan los conocimientos que esa empresa o persona física posea sobre un cártel y su papel en el mismo, y que se haya elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la dispensa o una reducción del pago de las multas en el marco de un programa de clemencia, sin que esta definición incluya la información preexistente” (artículo 2.16 DD).

²⁷ Según las mismas definiciones, por solicitud de transacción ha de entenderse “toda declaración efectuada voluntariamente por una empresa, o en su nombre, a una autoridad de la competencia en la que se reconozca o renuncie a discutir su participación y responsabilidad en una infracción del Derecho de la competencia, y que haya sido elaborada específicamente para que la autoridad de la competencia pueda aplicar un procedimiento simplificado o acelerado” (artículo 2.18 DD).

²⁸ Considerando (26).

declaraciones de clemencia (leniency statements) como las solicitudes de transacción (settlement submissions). Dentro de la primera categoría se encuentra, como es natural, la “solicitud formal de exención acompañada de toda la información y elementos de prueba de que disponga” (artículo 46.1 RDC), o, cuando se opte y se acepte una solicitud verbal (artículo 46.2 RDC), la transcripción de la grabación de la declaración hecha por el solicitante, acompañada de la información y de los elementos de prueba exigidos reglamentariamente; pero también todas aquellas declaraciones o informaciones que terminen incorporándose a la pieza en virtud del deber de cooperación plena, continua y diligente que ha de observar el solicitante del beneficio: la información y los elementos de prueba relevantes que estén en su poder o a su disposición, las respuestas que se den a todo requerimiento que la autoridad de la competencia formule en orden al esclarecimiento de los hechos, las entrevistas con los empleados y directivos actuales o anteriores de la empresa, etc. (artículo 52 RDC). Dentro de la segunda, y fuera ya de la pieza de clemencia, se incluirán las propuestas de compromisos que en el procedimiento sancionador presentes los presuntos infractores (artículos 52 LDC y 39 RDC), que podrían incluso formar parte de específica una pieza separada que preservase su carácter confidencial (artículo 42 LDC)²⁹. Estas dos fuentes de prueba quedan así vetadas de acceso en cuanto contienen (o pueden contener) declaraciones autoincriminatorias del infractor acogido al programa de clemencia o solicitante de transacción, pero es importante resaltar que se excluye su exhibición exclusivamente “*a efectos de las acciones por daños*” –que son aquellas en las que el demandante articula una reclamación “tendente al resarcimiento de [los] daños y perjuicios” derivados de una infracción del Derecho de la competencia (artículo 2.4 y 5 DD), y no en relación con otras acciones el *private enforcement* (señaladamente las de nulidad o de cesación), e incluso penales, que pudieran entablarse contra los infractores de las normas de defensa de la competencia. Esta es la única limitación que establece el precepto a la inmunidad del infractor acogido al programa de clemencia, de manera que parece excluirse cualquier concesión al arbitrio judicial en casos extremos.

Ahora bien, tratándose de una restricción del derecho del justiciable a la prueba sobre los hechos en que funda su pretensión, el blindaje de la pieza de clemencia y de la pieza de transacción debe interpretarse con sumo cuidado, excluyendo de su perímetro aquellos elementos que formando parte de las piezas no se reconduzcan a los concretos documentos que se señalan en la norma. Habrá que estar, por tanto, a las definiciones que sobre unas y otras declaraciones –las solicitudes de clemencia y las solicitudes de transacción– se plasman en la DD, de tal manera que todos aquellos elementos que formen parte de las piezas que no sean unas u otras perderían, en principio, la inmunidad de exhibición en el proceso de reclamación de daños. Como el perímetro de las piezas de clemencia y de transacción es a este efecto mayor que el estrictamente delimitado por el contenido

²⁹ Como enseguida se verá, el acceso a las solicitudes de transacción reciben un tratamiento más dulcificado cuando el presunto infractor haya desistido [artículo 6.5.c) DD].

de aquellos documentos señalados en la DD, la información que no se incluya en la *black list* habría de someterse a la protección media o mínima que en cada caso correspondiera. Esta es la consecuencia que natural y expresamente se deriva de la propia DD, cuando establece que “si solo algunas partes de la prueba solicitada se ven cubiertas por el apartado 6, las restantes partes serán exhibidas, en función de la categoría en la que estén incluidas, con arreglo a las disposiciones pertinentes del presente artículo” (apartado 8). Es el caso, explícitamente excluido por la propia norma, de la “información *preexistente*” (artículo 2.16 *in fine* DD), entendiéndose por tal la que pudiera eventualmente existir con independencia del procedimiento *antitrust*, “tanto si esa información consta en el expediente de una autoridad de la competencia como si no” (artículo 2.17 DD)³⁰, o las solicitudes de transacción desistidas, que no obstante seguir conteniendo información sensible y comprometedor para el infractor, escapan a la inmunidad por expresa previsión de la DD [si bien sometidas a un nivel de protección media: artículo 6.5.c) DD].

En la práctica, sin embargo, dilucidar caso por caso qué información, dentro de la pieza de clemencia o de la pieza de transacción, queda acogida a la inmunidad absoluta de exhibición, y cuál no, entrañará no pocas complicaciones. Y como seguramente y con frecuencia las habrá, esa actividad de discernimiento debe ser controlable directamente por el juez, tal y como ha apreciado el legislador comunitario. Así, y para evitar una injustificada extensión de la inmunidad por ausencia de control de contenido de las fuentes de prueba, la DD autoriza la solicitud motivada del demandante para que el juez acceda a las declaraciones de clemencia y de transacción [apartado 6, letras *a*) y *b*)], pero “*con el único objeto de asegurar que sus contenidos se ajusten a las definiciones del artículo 2, puntos 16 y 18*”. Obsérvese cómo la autorización no tiene por finalidad la exhibición de la pieza de clemencia para su incorporación al pleito civil, sino la de *posibilitar la evaluación del juez* –asistido eventualmente por la propia autoridad de la competencia– de la información que está protegida por la inmunidad absoluta y la que, por las mismas razones, no goza de inmunidad, sin permitirse en ningún caso el acceso al expediente y la participación en el examen y evaluación de las partes o de terceros salvo que se trate de “los autores de las pruebas” y deban por lo tanto ser oídos (apartado 7). Se trata, sin duda, de una elemental cautela para la correcta aplicación de la inmunidad probatoria, y a fin de que si solo algunas partes del material solicitado se viera protegido por el blindaje de las letras *a*) y *b*) de este apartado, las restantes partes puedan ser accesibles “en función de la categoría en la que estén incluidas” (apartado 8). Pero obsérvese igualmente que se trata de una cautela que deja en manos del juez la decisión de restringir más o menos el propio perímetro de la salvaguardia de las declaraciones confesorias en la pieza de clemencia o en la pieza de transacción, según nos parece en línea con la doctrina

³⁰ Y, como señala sin lugar a dudas el Considerando (28), “[e]n cualquier momento, los órganos jurisdiccionales nacionales deben poder pedir, en el contexto de una acción por daños, la exhibición de las pruebas existentes con independencia de las actuaciones de una autoridad de la competencia («información preexistente»)].”

sentada primero en *Pfleiderer* y luego, con más énfasis si cabe, en *Donau Chemie*³¹. Posiblemente haya aquí un cierto resquicio para incorporar una mayor equidad en la redacción de la norma de transposición, si esa fuera de verdad la voluntad de nuestro legislador. A tal fin no debería perderse de vista que la *ratio* del blindaje reside en la necesidad de que el infractor solicitante de clemencia no se encuentre en peores condiciones que los coinfractores que no cooperen con la autoridad de la competencia³².

- B) En un segundo nivel, de *protección media* (una *greek list*), se alojan determinadas categorías de pruebas que solo podrían recabarse con ocasión del ejercicio de una acción de daños tras la conclusión del procedimiento *antitrust* en el que se hayan aportado o producido (apartado 5). La DD autoriza su exhibición “únicamente después de que una autoridad de la competencia haya dado por concluido su procedimiento mediante la adopción de una resolución o de otro modo”, seguramente porque un acceso anticipado o prematuro podría comprometer la estrategia de *enforcement* y el propio éxito del procedimiento sancionador al tener que revelarse qué documentos forman parte del expediente; esto es, porque “interferirían indebidamente con una investigación en curso efectuada por una autoridad de la competencia en relación con una infracción del Derecho de la competencia de la Unión o nacional”³³. La norma no es, sin embargo, suficientemente clara y alimenta el interrogante de si la exigencia de haberse “dado por concluido” el procedimiento equivale o no, a estos efectos, a que la resolución finalizadora del mismo haya o no adquirido firmeza. Los considerandos previos de la DD aclaran que esa resolución finalizadora podría ser una que se dicte al amparo de las previsiones del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado³⁴ –como las órdenes de cesación de la infracción, la aceptación de compromisos o la imposición de multas y sanciones por las autoridades nacionales (artículo 5); o las decisiones aprobatorias de compromisos (artículo 9) y las declaraciones de inaplicabilidad (artículo 10) por la autoridad

³¹ Según la ya citada STJ (Gran Sala) de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt* [asunto [C-360/09](#)], “al examinar una solicitud de acceso a los documentos de un programa de clemencia, formulada por una persona que pretende obtener una indemnización por daños y perjuicios de otra persona que es beneficiaria de dicho programa, es necesario velar por que la regulación nacional aplicable no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna, ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil obtener dicha reparación”; a lo que se añade que “tal ponderación sólo puede efectuarse por los órganos jurisdiccionales nacionales caso por caso, en el ámbito del Derecho nacional, y tomando en consideración todos los datos pertinentes del asunto”. Por su parte, La STJ (Sala Primera) de 6 de junio de 2013, *Bundeswettbewerbshörde c. Donau Chemie AG* y otros [asunto [C-536/11](#)], se decanta por la necesidad de que las normas domésticas incorporen un cierto margen de ponderación jurisdiccional que –sin concretar su alcance y límites– permita una solución caso por caso según las circunstancias concurrentes. Se entiende, así, que cualquier norma rígida que deniegue en absoluto el acceso al *leniency material*, puede menoscabar la aplicación efectiva del artículo 101 TFUE. En la misma línea, muy recientemente, STJ (Sala Quinta) de 5 de junio de 2014, *Kone AG* y otros c. *ÖBB-Infrastruktur AG* [asunto [C-557/12](#)].

³² Considerando (26).

³³ Considerando (25), primer inciso.

³⁴ [DOUE L 1/1, 4.1.2003](#).

comunitaria–, excepción hecha de las resoluciones sobre medidas cautelares en cuanto no son propiamente finalizadoras del procedimiento en el que se adoptan³⁵. Pero esta aclaración es meramente ejemplificativa, de manera que no permite dar una respuesta general y definitiva al interrogante. Quizás quepa entender que, incluso cuando la resolución finalizadora del expediente *antitrust* no sea firme por encontrarse recurrida en vía jurisdiccional, sí tiene efectos conclusivos respecto al *public enforcement*, que no continúa sino que, en aquella hipótesis, se sometería a revisión jurisdiccional, lo que al presuponer la cristalización del expediente administrativo permite el acceso a sus piezas probatorias. A lo que debe añadirse, como argumento definitivo, que la norma expresa que la autoridad de la competencia “haya dado por concluido *su* procedimiento”, o –como se lee en la parte expositiva– “haya cerrado *su propio* procedimiento” (cursiva nuestra)³⁶.

La DD señala cuáles son, en concreto, las categorías de pruebas que han de mantenerse retenidas o embargadas hasta tanto no concluya el expediente *antitrust*: (i) la información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de la competencia, como la contenida en la denuncia [artículo 25.1.c) RDC] y, en general, en todas las contestaciones que las partes hicieran en distintos momentos del procedimiento; (ii) la información que las autoridades de la competencia han elaborado y que ha sido enviada a las partes en el curso de su procedimiento, como las solicitudes de información remitidas al denunciante, a los denunciados o a terceros en el marco de la información reservada (artículo 26 RDC), los acuerdos de incoación del expediente (artículo 28 RDC) y de incorporación de información (artículo 30 RDC), los pliegos de concreción de hechos, o las propuestas de resolución e informes finales (artículo 34 RDC); y (iii) las solicitudes de transacción que se hayan retirado. Sobre estas últimas llama la atención (salvo que se trate de un incentivo encubierto a la terminación convencional o de un mecanismo disuasorio del propio desistimiento) que pierdan su inmunidad probatoria con el desistimiento, cuando bien miradas las cosas seguirán en todo caso conservando intactas las declaraciones de autoinculpación que les son propias (y que no parece que queden revocadas o simplemente desmentidas o contradichas por la simple retirada de la solicitud)³⁷.

³⁵ Considerando (25), *in fine*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Es plausible que la norma pretenda desincentivar el desistimiento bajo la amenaza de la exhibición *ex post* del contenido de la solicitud de transacción, pero tampoco cabe descartar que un incentivo llevado al límite puede funcionar perversamente. Los supuestos de desistimiento recogidos en la Ley y en el Reglamento españoles dependen de la voluntad del solicitante de transacción, bien por acción o por omisión. En este segundo caso se tiene por desistido al presunto infractor que no presente los compromisos –primeros o sucesivos– en el plazo señalado por la Dirección de Investigación o por el propio Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [artículos 39.3 o 39.5.b) RDC]. De manera que un potencial solicitante de transacción valorará siempre a la baja el éxito esperado de la negociación con la autoridad de la competencia antes de emitir declaraciones autoinculpatorias que pudieran volverse contra él en una futura (e incentivada) *follow-on action*.

C) En un tercer y último nivel, de *protección mínima* (una *white list*), quedan liberados los restantes elementos probatorios de las restricciones más o menos intensas a que se someten los agrupados en los niveles de protección precedentes. Según la DD, “podrá ordenarse en todo momento la exhibición de pruebas que figuren en el expediente de una autoridad de la competencia y no se encuadren en ninguna de las categorías [anteriores]” (apartado 9). El legislador comunitario, respetuoso con el principio de proporcionalidad, ha entendido que todo el material del expediente *antitrust* que no comprometa la eficacia de los programas de clemencia o de las soluciones transaccionales (la *black list*), o el desarrollo y éxito del *public enforcement* (la *greek list*), es de libre acceso por los legitimados para el ejercicio de acciones de daños. Pero tampoco cabe extraer conclusiones precipitadas para la transposición de esta norma al ordenamiento interno: (i) en primer lugar, porque lo que contempla el precepto es un acceso *intermediado* por el juez, que es quien podrá ordenar “en todo momento” la exhibición; (ii) también, porque “es muy poco probable que [la acción de daños] deba basarse en todas las pruebas que aparezcan en el expediente relativo a dicho procedimiento”³⁸; (iii) y en fin, porque la decisión del juez ordenando la exhibición del resto del material del expediente *antitrust* debe someterse a las reglas, a las mismas reglas generales, que disciplinan esta materia en el artículo 5 DD. No parece que haya, por tanto, un derecho incondicionado del demandante a la obtención de todas estas pruebas, porque nuevamente el juez habrá de valorar, sobre la verosimilitud de la petición de parte, la pertinencia y la proporcionalidad de lo solicitado, observando siempre la regla de la contradicción. Ello es así porque al tiempo que debe reforzarse la tutela privada de los perjudicados por ilícitos concurrenciales a través de la facilitación probatoria en el proceso, debe también conjurarse el ejercicio abusivo por aquéllos de sus derechos en el proceso. A esta conclusión se llega fácilmente fijando la atención en la declaración inequívoca del artículo 6.1 DD (“se aplique el presente artículo *además del artículo 5*”), sin olvidar que, a mayor abundamiento, cuando la solicitud de prueba se refiera a evidencias singulares o categorías de evidencias contenidas en el expediente *antitrust* la evaluación de la proporcionalidad queda especialmente reforzada con los nuevos criterios complementarios del artículo 6.4 DD³⁹. Repárese en que el precepto pide al juez que examine, además de las circunstancias señaladas en el artículo 5.3 DD, otros factores de relevancia, que terminarían por conformar bien un juicio desestimatorio de las solicitudes inespecíficas de exhibición de

³⁸ Considerando (22). Tras la lectura de su enunciado puede advertirse con facilidad que cubre la posición de aquellas autoridades de la competencia renuentes a facilitar información a las víctimas con carácter previo al ejercicio de la acción por daños. Merece por ello un reproche en cuanto la información denegada podría ser relevante en la preparación de la demanda, lo que delita la posición procesal de aquéllas antes de impetrarse la tutela jurisdiccional.

³⁹ Es cierto que el artículo 7.3 DD, relativo a límites al uso de pruebas obtenidas exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia, establece que las legislaciones nacionales habrán de preservar la posibilidad de que los interesados puedan aportar al pleito civil las pruebas que hubieran obtenido exclusivamente mediante el acceso al expediente *antitrust*, cuando no formen parte de las que aquí hemos denominado *black list* y *greek list*. Sin embargo, este mandato no desmiente lo que hemos sostenido en el texto.

pruebas, bien otro estimatorio de la necesidad de preservar la eficacia de la aplicación pública del Derecho de la competencia.

2.3. Límites a la aportación directa de pruebas obtenidas del expediente *antitrust*

Hasta aquí, los artículos 5 y 6 DD regulan las solicitudes de exhibición de pruebas y las correspondientes órdenes de exhibición que impartan los órganos jurisdiccionales con ocasión del ejercicio de acciones de daños. Pero hipotéticamente las pruebas también podrían ser aportadas sin intermediación del juez, directamente por los legitimados para el ejercicio de tales acciones, en cuyo caso deben de poder utilizarlas con ocasión del ejercicio de una acción de daños⁴⁰. Ello no obsta a que las restricciones que se han venido examinando hasta ahora se reproduzcan en el artículo 7 DD, ahora como límites al uso de pruebas obtenidas exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia. La regla general dice, textualmente, que “toda persona física o jurídica que obtenga pruebas a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia debe poder utilizar dichas pruebas en el marco de una acción por daños de la que sea parte”⁴¹. Y sobre esta formulación general se practican dos recortes: (i) primero, la inadmisibilidad absoluta de las declaraciones de clemencia y las solicitudes de transacción (la *black list*), o su protección de otro modo equivalente, a fin de garantizar su blindaje en las acciones de daños (apartado 1); (ii) segundo, la inadmisibilidad relativa de las pruebas señaladas en las letras a), b) y c) del artículo 6.5 DD (la *greek list*), o su protección de otro modo equivalente, hasta que la autoridad de la competencia no haya dado por concluido el procedimiento (apartado 2). Una y otra restricción no responden al carácter “ilícito” de las pruebas que pretenden aportarse al proceso civil, sino a la decisión de, no obstante su licitud, privarles de eficacia en las acciones de daños, y solo en las acciones de daños⁴².

2.4 Sanciones

El cuadro normativo se complementa, por último, con un esbozo sobre el dispositivo sancionador que habría de implementarse en las normas de transposición. En concreto, el artículo 8 DD pide que los Estados miembros redoblen el *enforcement* de las

⁴⁰ Considerando (31). Más allá, “la posibilidad de usar pruebas que solo se hayan obtenido a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia debe limitarse a la persona física o jurídica a la que se haya concedido acceso originalmente y a sus sucesores legales [...] para evitar el comercio de pruebas” [Considerando (32)].

⁴¹ Considerando (31).

⁴² La doctrina procesalista viene reservando el concepto de “prueba ilícita” para aplicarlo a aquella prueba producida con vulneración de derechos fundamentales (artículos 11.1 LOPJ y 287 LEC), separándose así del concepto de prueba meramente irregular o ilegal, o del de prueba simplemente ineficaz. Tras la reforma de la LEC, sobre la prueba ilícita y su control en el proceso civil, v. por todos, PICÓ I JUNOY, J., “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, *Justicia*, 2005, págs. 59-100, y BELLIDO PENADÉS, R., “La prueba ilícita y su control en el proceso civil”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 30, 2010, pp. 77-114. En nuestro caso nos parece que no hay tensión entre los derechos fundamentales del demandante (víctima) y demandado (infractor), sino entre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del demandado y el interés público en preservar el sistema público de aplicación *antitrust* mediante programas de clemencia atractivos y eficaces.

decisiones de los jueces sobre exhibición y admisión de pruebas posibilitándoles la imposición de sanciones que sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias” en los supuestos extremos de (i) incumplimiento o negativa a cumplir un requerimiento judicial de exhibición de pruebas o de las obligaciones impuestas para la protección de información confidencial, (ii) incumplimiento de los límites legales al uso de pruebas, o (iii) destrucción de pruebas pertinentes. Las sanciones no siempre tendrán naturaleza pecuniaria (multas), sino que podrán incluso consistir en “la posibilidad de extraer conclusiones [procesales] adversas” o “condenar en costas” a la parte incumplidora, lo que supondrá más incentivos para un correcto comportamiento de las partes en el proceso.

3. LOS CORRECTIVOS AL BLINDAJE DEL *LENIENCY MATERIAL*

La complejidad del sistema no acaba aquí. En la medida en que el mantenimiento de un núcleo no divulgable en el conjunto documental de clemencia puede dificultar la tutela judicial efectiva de las víctimas de los cárteles, y un debilitamiento de la aplicación privada *antitrust*, la DD articula tres correctivos que están llamados a reequilibrar los intereses en juego. Se trata de medidas, ya exploradas en los trabajos preparatorios e incorporadas en la versión final de la DD, que redundarán en un mayor grado de facilidad probatoria para los demandantes civiles en la fase de *private enforcement*⁴³.

3.1. Facilitación probatoria del ilícito concurrencial

De entrada, la imposibilidad de acceder al núcleo del *leniency material* queda en alguna medida compensada con la vinculación del juez por las resoluciones de la autoridad de la competencia nacional (y, en su caso, de la jurisdicción contencioso-administrativa) en orden a la constatación de la existencia de una infracción *antitrust*. La vinculación se establece entre jueces y resoluciones de autoridades de la competencia de un mismo Estado miembro, pero no en relación con las resoluciones de autoridades de competencia de otros Estados miembros, que tendrán no obstante (y al menos⁴⁴) el valor propio de un “principio de prueba” de la existencia de una infracción *antitrust* que obligará a su valoración junto con otras pruebas aportadas al proceso.

Este efecto de vinculación estaba ya reconocido por el Reglamento (CE) 1/2003, que trata de asegurar la aplicación uniforme de la normativa europea de la competencia bajo la siguiente fórmula: “Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros decidan acerca de acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos [101 o 102 TFUE] que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán

⁴³ Estas medidas responden a una clara orientación político-legislativa que se expresa con suficiente claridad en el Considerando (14): “el establecimiento de estrictos requisitos legales que exijan de los demandantes hacer valer en detalle todos los hechos del caso y aportar elementos de prueba muy específicos al inicio de una acción, puede obstaculizar indebidamente el ejercicio efectivo del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE”.

⁴⁴ Considerando (35).

adoptar decisiones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión” (artículo 16.2)⁴⁵. No debe olvidarse que, en atención a ello, los artículos 434.3 y 465.6 LEC han venido posibilitando entre nosotros la suspensión del plazo para dictar sentencia en los procedimientos sobre la aplicación de los artículos [101 y 102 TFUE] cuando el juez de lo mercantil o el tribunal de apelación tienen conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea y resulte necesario conocer el pronunciamiento de la autoridad comunitaria⁴⁶. Pero no solo en los casos en que el expediente administrativo se encuentre pendiente de pronunciamiento ante la Comisión Europea, sino incluso ante los órganos de defensa de la competencia domésticos (bien la CNMC, bien las autoridades autonómicas), en una extensión ciertamente censurable al faltar hasta ahora una norma que expresamente establezca la vinculación de los jueces y tribunales a las decisiones de las autoridades nacionales de la competencia⁴⁷.

La DD permite resolver esta cuestión al establecer que “la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción de daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional”. La opción por la vinculación del juez nacional a los pronunciamientos firmes, ya administrativos, ya jurisdiccionales, en relación con los mismos ilícitos *antitrust*, no deja por tanto lugar a dudas. Podrá discreparse sobre la conveniencia de esta vinculación tan rotunda y absoluta –en cuanto la constatación previa de la infracción *antitrust* se predica “irrefutable” y vacía prácticamente de

⁴⁵ El Considerando (22) del Reglamento explica la motivación de la medida en los siguientes términos: “En un sistema de competencias paralelas deben evitarse decisiones contradictorias con el fin de garantizar así el respeto de los principios de seguridad jurídica y aplicación uniforme de las normas de competencia comunitarias. Por tanto, es preciso aclarar los efectos de las decisiones de la Comisión y de los procedimientos en los tribunales y por las autoridades de competencia de los Estados miembros con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. [...]”. En este pasaje ejerce su influjo la célebre STJ de 14 de diciembre de 2000 (asunto [C-344/98](#), *Masterfoods Ltd. c. HB Ice Cream Ltd.*): “Cuando la solución del litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional depende de la validez de la Decisión de la Comisión, de la obligación de cooperación leal se desprende que, para evitar dictar una resolución incompatible con dicha Decisión, el órgano jurisdiccional nacional debe suspender el procedimiento hasta que los órganos jurisdiccionales comunitarios dicten una resolución definitiva sobre el recurso de anulación, a no ser que considere que, en las circunstancias del caso, está justificado plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la validez de la Decisión de la Comisión” (ap. 57-58).

⁴⁶ Recuérdese que ambas previsiones fueron introducidas en la LEC por los números cinco y siete, respectivamente, de la disposición adicional segunda de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Críticamente sobre ellas, no obstante, ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., “La aplicación privada del derecho de la competencia. Prueba. Medios admisibles, acceso a pruebas obtenidas en procedimientos administrativos, confidencialidad”, en VV.AA., *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, VELASCO SAN PEDRO, L. et alii (dirs.), Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 176. Con una valoración más conciliadora y posibilista, solo crítica por la falta de ambición que muestra la reforma procesal, DÍEZ-PICAZO, I., “Sobre algunas dificultades para la llamada ‘aplicación privada’ de las normas de competencia en España”, en VV.AA., *1989-2007. Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2008, pp. 60-66.

⁴⁷ Cfr. ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., “La aplicación privada...”, *op. cit.*, pp. 177. Para otros jueces, “la decisión de la CNC es un acto administrativo, sujeto a ese régimen, que no veda a la jurisdicción civil el enjuiciamiento de la misma cuestión aunque, eso sí, para el Juez de lo Mercantil constituirá un instrumento de convicción de gran autoridad, que puede justificar incluso la suspensión del procedimiento judicial hasta que se dicte la decisión de la CNC, si esta estuviere pendiente”: SANCHO GARGALLO, I., [“Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia”](#), *Indret*, 2009, p. 26.

contenido el principio de independencia judicial—, pero el avance del *private enforcement* hacia la protección de las víctimas en un sistema de aplicación coherente y no contradictorio es a estas alturas imparable. Es cierto que en un sistema de separación constitucional de poderes se hace difícil subordinar la decisión de un órgano jurisdiccional al criterio previamente expresado por un órgano administrativo, más aun cuando esa subordinación puede encubrir una cierta desconfianza hacia lo jurisdiccional en materia *antitrust*⁴⁸. No parece sin embargo tan grave si se piensa que la exigencia de firmeza a la resolución de la CNMC difiere su virtualidad probatoria en el pleito civil al dictado de una resolución jurisdiccional cuando aquella hubiera sido impugnada en el orden contencioso-administrativo⁴⁹. Alcanzada la firmeza en virtud de resolución emanada de este orden jurisdiccional, la vinculación se hallaría plenamente justificada en el efecto positivo de cosa juzgada que necesariamente habría de reconocerse a aquélla.

En definitiva, tras la transposición de la DD las decisiones de las autoridades de competencia habrán de tener *efecto vinculante irrefutable* en el pleito civil para la acreditación de la existencia de la infracción de las normas de la competencia que motive el *private enforcement*, superándose así la calculada ambigüedad que sobre el particular ha mostrado el Tribunal Supremo en época muy reciente en su pronunciamiento respecto al “cártel del azúcar”⁵⁰. Pero ello no podrá significar, sin embargo, que al juez civil le venga impedido valorar según la lógica propia de la responsabilidad civil lo que previamente ha sido valorado por la autoridad de la competencia en el sistema de responsabilidad administrativa por ilícitos *antitrust*. Una cosa es la prueba irrefutable de los hechos constitutivos de la infracción, y la infracción misma (*factum*), y otra distinta la calificación jurídica que en cada ámbito de decisión y orden jurisdiccional aquéllos merezcan⁵¹. De la misma manera que, a la inversa, una resolución administrativa sin efecto sancionatorio no hará necesariamente prueba de la inexistencia de responsabilidad civil por ilícito concurrencial.

⁴⁸ Cfr. ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., *op. loc. ult. cit.*

⁴⁹ Debe reseñarse que nuestra doctrina administrativista había entendido, antes de la aprobación de la DD, que “el efecto probatorio de las resoluciones firmes de infracción adoptadas por las autoridades nacionales de competencia que se propone no implica merma alguna de la tutela judicial para las empresas afectadas, ya que las resoluciones de infracción adoptadas por las autoridades nacionales de competencia siguen siendo susceptibles de recurso jurisdiccional” [SORIANO GARCÍA, J. E., *Derecho de la competencia, programa de clemencia y reclamación de daños y perjuicios: nuevo escenario para la abogacía*, en ABOGACÍA ESPAÑOLA, <http://www.abogacia.es/2014/06/25/derecho-de-la-competencia-programa-de-clemencia-y-reclamacion-de-danos-y-perjuicios-nuevo-escenario-para-la-abogacia/> (consultada por última vez el 22 de diciembre de 2014)]. Con cautela, entre nosotros, HERRERO SUÁREZ, C., “La futura Directiva de daños...”, *op. cit.*, pp. 1-5.

⁵⁰ STS –Sala 1ª– 7 noviembre 2013 (RJ 2014, 487). Aunque su consideración excede de los límites impuestos a este trabajo, no puede dejar de recordarse que para el Tribunal Supremo unos hechos no pueden existir y dejar de existir a la vez para los órganos del Estado, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas. Pero esa distinta apreciación debe de estar motivada.

⁵¹ Esta es la conclusión a la que, nos parece, conduce una afirmación contenida en el Considerando (34): “Los efectos de esa constatación deben abarcar únicamente, no obstante, la naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial, tal y como los haya determinado la autoridad de la competencia o el órgano jurisdiccional competente en el ejercicio de sus funciones”.

3.2. Facilitación probatoria del daño y de su cuantificación

- A) Pero la facilitación probatoria a favor de los demandantes por daños no termina aquí. También el artículo 17.2 DD, relativo a cuantificación del perjuicio, establece una presunción *iuris tantum* de perjuicio al señalar que “se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios”, asistiéndole no obstante al infractor el derecho a rebatir esa presunción. Se trata, por tanto, de una prueba indiciaria del daño (que en el caso de los cárteles se traduce en “costes excesivos” para los compradores de los cartelistas), y que presenta la siguiente estructura: (i) un indicio (o hecho base), que no es otro que el cártel, probado por medio de una prueba directa (la propia resolución de la autoridad de la competencia que lo declare, o cualquiera otra), (ii) un hecho presunto (o consecuencia), que es el perjuicio por el coste excesivo soportado por el actor, y (iii) un enlace (o razonamiento indiciario), que es el razonamiento lógico-deductivo que en este caso (como presunción legal y no judicial) se incorpora directamente a la norma sin necesidad de despliegue actividad valorativa alguna por el juez⁵². La DD asume que en presencia de un cártel siempre hay daño, bien porque el ilícito concurrencial produce un incremento de los precios, bien porque impide la reducción que en ausencia de restricción se hubiera naturalmente producido. A esta presunción llega el legislador comunitario pensando en cómo suelen ocurrir las cosas en la práctica concurrencial, y pensando también en los sujetos más necesitados de tutela en estos casos, que son sin duda los compradores situados al final (o muy cerca del final) de la cadena de distribución, que al encontrarse a distancia de la infracción encontrarán verdaderas dificultades para la obtención de pruebas suficientes sobre la existencia y la repercusión del coste excesivo a lo largo de la cadena, frente al posible éxito de la *passing-on defence* ensayada por el infractor demandado y, por esta vía, enriquecido injustamente como consecuencia de la infracción⁵³. Hipotéticamente podría haber casos que desmintieran la presunción⁵⁴, pero al razonamiento indiciario le basta apoyarse en la generalidad de los supuestos para legitimar aquella decisión tuitiva.
- B) Mas, como señala la DD, “una parte perjudicada que haya demostrado haber sufrido un perjuicio como consecuencia de una infracción del Derecho de la competencia aún debe demostrar la magnitud del daño sufrido para poder obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios”⁵⁵. Por ello, la anterior presunción viene acompañada de una facilitación probatoria en la cuantificación del daño

⁵² Cfr. con carácter general ASENIO MELLADO, J. M^a, “La prueba”, *op. cit.*, pp. 940-943.

⁵³ *Libro Blanco. Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, p. 9. Sobre esta defensa, v. por todos VELASCO SAN PEDRO, L. y HERRERO SUÁREZ, C., “La ‘passing-on defence’, ¿un falso dilema?”, VV. AA., *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, VELASCO SAN PEDRO, L. (dir.) et alii, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 593-604.

⁵⁴ En estos términos, v. por ejemplo CREUS, A., “El daño de los cárteles / Cum grano salis”, *GJUEC*, 2011, pp. 5-10.

⁵⁵ Considerando (45).

presumido consciente como es el legislador comunitario de que se trata de una materia tan compleja que puede terminar obstaculizando la eficacia de las reclamaciones de daños y perjuicios. Así, el artículo 17.1 DD ordena que “ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios”. La comprobación de que la transposición de la norma comunitaria a las legislaciones nacionales se manifiesta respetuosa con su clara finalidad tuitiva no será una cuestión discreta sino de grado, y entre nosotros podría quedar resuelta, en términos generales al menos, con la flexibilidad que aporta el *principio de facilidad probatoria* en la distribución del *onus probandi* (artículo 217 LEC) y la *regla de la sana crítica* en la valoración de la prueba. Lo que, por el contrario, sí requerirá una transposición menos gradual será la norma según la cual el juez podría fijar de manera estimada el importe de los daños y perjuicios de la indemnización cuando “resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil [cuantificarlos] con precisión [...] sobre la base de las pruebas disponibles”, incluso en aquellos casos en que haya intervenido, a requerimiento del propio juzgador, una autoridad de la competencia prestando asesoramiento en la cuantificación de los daños y perjuicios reclamados (artículo 17.2 DD). La necesidad de que la cuantificación del daño evalúe en términos hipotéticos la evolución del mercado en un escenario sin infracción obligará al juez, en muchos casos, a fijar una cuantía estimada de los daños y perjuicios indemnizables, incluso sobre las orientaciones “claras, simples y completas” de la Comisión Europea⁵⁶, o las más casuísticas de las autoridades nacionales de la competencia⁵⁷.

⁵⁶ Considerando (42).

⁵⁷ Considerando (46).

VI
DERECHO DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL
Y SU TEORÍA GENERAL

LA REGULACIÓN PROYECTADA DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

RICARDO ALONSO SOTO *

Resumen

El trabajo presenta los criterios seguidos por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia para elaborar unas normas reguladoras de los contratos de distribución, entre los que destacan: La necesidad de la regulación. La forma de regular. El carácter imperativo o dispositivo de las normas. Asimismo analiza las principales características de la regulación proyectada, el ámbito de aplicación de las normas (tipos de contratos incluidos: compra y venta en exclusiva, distribución selectiva y franquicia), el contenido contractual básico para todos los tipos contractuales y algunas normas específicas para cada uno de ellos, la extinción de los contratos, que incluye el tema de la indemnización por clientela y la aplicación de la normativa de la competencia.

Contenido

1. Introducción. – 2. Cuestiones preliminares que se plantean al elaborar una regulación de los contratos de distribución comercial. – 2.1. La necesidad de la regulación. – 2.2. La forma y el alcance de la regulación. – 2.3. El carácter imperativo o dispositivo de las normas. – 2.4. La oportunidad de la definición de los diferentes tipos contractuales. – 3. Características generales de la regulación proyectada. – 4. Ámbito de aplicación de las normas. – 4.1. Contratos incluidos. – 4.2. Exclusiones. – 5. Contenido de la regulación contractual. – 5.1. Planteamiento general. – 5.2. Cuestiones básicas en materia de regulación común. – 5.3. Normas específicas para algunas modalidades contractuales. – 6. Extinción de los contratos de distribución. – 6.1. Denuncia unilateral del contrato. – 6.2. Indemnización por clientela. – 6.3. Indemnización por inversiones. – 7. La aplicación del derecho de la competencia.

* Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid y Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

1. INTRODUCCIÓN

La Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, en cumplimiento del encargo realizado por el Ministro de Justicia en el año 2006, ha elaborado una Propuesta de Código Mercantil que incluye una regulación de los contratos de distribución.

Se trata de un nuevo intento de dotar a esta modalidad contractual de una regulación positiva, dando así cumplimiento al mandato contenido en la Disposición Adicional Undécima de la Ley 7/1996 de ordenación del comercio minorista y en la Disposición Adicional Primera de la Ley 12/1992, de contrato de agencia, introducida por la Ley 2/2011 de economía sostenible¹.

En la Propuesta de Código Mercantil, la regulación de los contratos de distribución se encuadra sistemáticamente en el capítulo referido a los contratos de colaboración, perteneciente al Libro V que trata “de los contratos mercantiles en particular”. Los contratos de distribución comercial se presentan, por tanto, como una de las principales modalidades de los contratos de colaboración entre empresarios, que, por esta razón, es objeto de una regulación singular. Por otra parte, hay que señalar que, bajo la rúbrica de contratos de colaboración, se regulan también los contratos de comisión, agencia, mediación, participación (actualmente cuentas en participación) y estimatorio.

La finalidad pretendida por este trabajo es exponer los principios y criterios en los que se ha basado la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación al elaborar la regulación específica de los contratos de distribución comercial. No se abordan ni se analizan, por tanto, otras normas contenidas en la Propuesta de Código Mercantil que afectan y complementan la regulación de los contratos de distribución, tales como las relativas a las obligaciones mercantiles y contratos en general, las condiciones generales de la contratación o la contratación electrónica, que indudablemente habrán de ser también tenidas en cuenta para tener una visión completa de la regulación que se propone.

2. CUESTIONES PRELIMINARES QUE SE PLANTEAN AL ELABORAR UNA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

Al abordar la regulación de esta modalidad contractual se plantean una serie de cuestiones tales como las relativas a la necesidad de la regulación, la forma y el alcance de la regulación, el carácter imperativo o dispositivo de las normas, la oportunidad de la definición de las distintas figuras o tipos contractuales en materia de distribución comercial y la opción por una regulación de tipo general omnicomprensiva de los distintos tipos contractuales o una regulación específica para cada uno de ellos.

2.1. La necesidad de la regulación

La primera de las cuestiones que se plantean se refiere a la necesidad o a la conveniencia de una regulación de los contratos de distribución.

A estos efectos hay que tener presentes dos factores fundamentales: la importancia que tiene el sector de la distribución comercial para el funcionamiento de los mercados, más aún si tenemos en cuenta el fenómeno de la globalización o de la internacionalización de los mercados, una de cuyas consecuencias es reforzar los sistemas de distribución para poder atender a esos mercados globalizados; y el hecho de que, a medida que se desarrolla la actividad económica, las cuestiones relativas a la distribución van adquiriendo un mayor grado de complejidad, al ser necesario por parte de los proveedores el confiar la distribución a empresarios independientes que se integran en unas redes de distribución creadas aquéllos y, por parte, de los distribuidores la exigencia de una mayor especialización en el desarrollo de los procesos de venta y de atención al cliente, así como de su integración en las redes citadas. Sin embargo, pese a los factores aludidos y el peso del sector en la economía, las relaciones contractuales entre proveedores y distribuidores carecen de una normativa específica que las regule. En efecto, desde la óptica del Derecho privado esta materia está completamente huérfana de regulación. La única regulación existente la encontramos en la normativa de ordenación del comercio por parte de las Comunidades Autónomas y en el Derecho de la competencia, en el que ha habido una regulación por parte del Derecho comunitario europeo desde hace muchos años, regulación que se ha incorporado al ordenamiento jurídico español como consecuencia de nuestra incorporación a la Comunidad Económica Europea².

Esta carencia de regulación produce el efecto de multiplicar y agravar los conflictos existentes entre proveedores y distribuidores, especialmente en cuanto a la aplicación y a la terminación de los contratos de distribución, que suele ser el punto más conflictivo. También conviene poner de relieve la importancia de la fase inicial o la negociación previa a la conclusión del contrato porque gran parte de los problemas planteados por los contratos de distribución provienen de la existencia de lagunas o fallos en el proceso de formación o configuración de estos contratos.

Desde un punto de vista general, pueden invocarse a favor de la regulación los siguientes argumentos: En primer lugar, la importancia del sector de la distribución comercial en el contexto de la economía española. En segundo lugar, la ausencia de contratos que revistan la forma escrita, ya que lo habitual en nuestro país es la oralidad, o la propuesta de pactos o condiciones en cartas comerciales o correos electrónicos, así como el hecho de que, cuando existen contratos escritos, ofrecen un escaso desarrollo en cuanto a su contenido y no establecen reglas claras sobre los principales problemas que plantea este tipo de contratación tales como los temas relativos a los incumplimientos contractuales, la extinción del contrato, las indemnizaciones por inversiones o por clientela al término del contrato o los pactos de exclusividad y no competencia. En tercer lugar, la falta de claridad y certeza sobre la regulación supletoria aplicable en defecto de pactos expresos. Y, finalmente, la gran litigiosidad que se deriva de la ejecución de estos contratos, la cual, sin duda, resulta incrementada por la falta de certidumbre sobre la legislación aplicable y la inseguridad jurídica que genera la

variabilidad y dispersión de la jurisprudencia, que no ha sido corregida por una actitud firme y constante del Tribunal Supremo en su labor de unificación de la doctrina sobre esta modalidad contractual, quizá debido a su complejidad tipológica.

En contra de la regulación se aducen principalmente, de un lado, la dinamicidad y la rápida evolución del sector, que constantemente está generando nuevas figuras de distribución comercial y nuevas reglas aplicables a las distintas modalidades contractuales y, de otro, la heterogeneidad de la actividad y de la estructura sectorial, ya que, por poner un ejemplo, no es lo mismo el funcionamiento de las relaciones comerciales o contractuales de distribución en el sector de la alimentación (fabricantes o proveedores y supermercados, hipermercados, grandes almacenes, *cash and carry* o tiendas tradicionales), en el sector de la automoción (fabricantes, importadores y concesionarios) o en el sector farmacéutico (laboratorios, centrales de compras y farmacias), lo que puede motivar que la regulación adecuada para un sector no sea la apropiada para otro. La conjunción de todos estos factores puede producir, además, un efecto importante y digno de consideración cual es el hecho de que cuando por fin se logra la promulgación de una ley de contratos de distribución comercial, la regulación contenida en la misma sea obsoleta y no responda a las necesidades del momento.

2.2. Forma de regular

En relación con la forma de regular, la discusión se plantea en torno a si resulta conveniente una regulación *ex ante*, que determine el marco normativo en el que se desarrollan los contratos de distribución comercial y su alcance y contenido, para que los operadores económicos dispongan de unos criterios a los que ajustar sus estrategias contractuales o una regulación *ex post*, que, dejando en libertad a las partes para regular sus relaciones comerciales, someta los problemas de los desequilibrios de poder existentes entre las partes a la legislación vigente en materia de condiciones generales de los contratos (Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación), de competencia desleal por discriminación o explotación de la situación de dependencia económica en la que se encuentra alguna empresa en relación con sus proveedores o sus clientes (Ley 3/1991, de competencia desleal) y de prácticas restrictivas de la competencia (Ley 15/2007, de defensa de la competencia).

La Propuesta de Código Mercantil, dado su carácter omnicompreensivo de la regulación de la materia mercantil, ha optado por una integración de las dos modalidades, estableciendo, de un lado, unas normas singulares sobre contratos de distribución que puedan orientar las decisiones de los operadores del mercado y posibilitando, de otro, que los desequilibrios contractuales y los comportamientos anticompetitivos encuentren remedio en la normativa específica sobre estas materias.

2.3. Carácter imperativo o dispositivo de las normas

En relación con este tema, el debate se centra en determinar si se debe atribuir a las normas reguladoras de los contratos de distribución comercial un carácter dispositivo o imperativo. Las normas imperativas chocan frontalmente con el principio de libertad

contractual que rige en el ámbito del derecho de obligaciones y contratos mercantiles, de modo que la opción por una regulación de tal naturaleza debe ser excepcional y debe justificarse en base a criterios de interés general o de equidad, como podrían ser la existencia de un gran desequilibrio de poder entre las partes que intervienen en el contrato y la necesidad de tutela de la parte más débil. No hay que olvidar a este respecto que, en el mundo de la distribución comercial, la parte más débil de la relación contractual unas veces es el distribuidor (por ejemplo, en el caso de la relación existente entre el fabricante de un producto de marca reconocida y el comerciante minorista que vende dicho producto o de la relación entre el franquiciador y el franquiciado) y otras el proveedor (por ejemplo, en el caso de la relación existente entre un pequeño fabricante o un fabricante de marca blanca y un empresario perteneciente al sector de la gran distribución comercial, como podría ser una cadena de grandes almacenes o de hipermercados y supermercados). Las normas dispositivas, más propias del derecho mercantil, presentan una mayor flexibilidad al dar un mayor peso a la autonomía de la voluntad al establecer el régimen contractual, pero tienen el inconveniente de no resolver los problemas derivados de los desequilibrios de poder entre las partes, aunque solucionan la cuestión de clarificar las normas de derecho supletorio que se aplican en defecto de pacto expreso.

Frente a este dilema, la Propuesta de Código Mercantil, a diferencia de lo que sucedía con los Anteproyectos de Ley anteriores, ha optado claramente en esta materia por dotar a las normas reguladoras de los contratos de distribución de un carácter meramente dispositivo, al igual que lo hace con carácter general para todos los contratos mercantiles³. Se trata, por consiguiente, de normas que no tienen carácter obligatorio y que no se imponen a los contratantes, sino que operan simplemente con carácter supletorio en defecto de pacto contractual expreso.

2.4.- Definición de los diferentes tipos contractuales

A la hora de determinar el contenido esencial de una ley reguladora de los contratos de distribución comercial surge como prioritario objeto de debate la cuestión de si la regulación debe definir los diferentes tipos de contratos de distribución existentes en la práctica y, en consecuencia, deben establecerse reglas específicas para cada uno de ellos o, por el contrario, debe omitir toda mención de los mismos y limitarse a una regulación general común para todos ellos. Frente a estas alternativas cabe también una posición intermedia consistente en establecer en la ley una enumeración conceptual y abierta de los principales tipos contractuales que están operativos en el sector y una regulación general aplicable a todos ellos, sin perjuicio de la incorporación de alguna norma específica sobre determinadas peculiaridades que presentan algunas de sus modalidades.

Existen corrientes de opinión que consideran que no tiene sentido definir las distintas modalidades contractuales cuando se trata de un sector muy dinámico y en constante evolución, y advierten, en consecuencia, que su incorporación a un texto legislativo encierra el peligro de su rápida obsolescencia. Frente a esta posición se puede decir que hay algunos tipos de contratos que están presentes en casi todos los

mercados, gozan de buena salud y puede predecirse con bastante certeza que seguirán vigentes al menos en el corto y medio plazo.

Por otra parte, puede apreciarse que, en la práctica, existe una gran confusión conceptual en cuanto a la caracterización tipológica de las diferentes modalidades de contratos de distribución, la cual está planteando grandes problemas en relación con la ejecución e interpretación de los mismos, fundamentalmente cuando los tipos contractuales vienen impuestos o son utilizados por operadores económicos extranjeros, de modo que puede resultar eficiente el establecimiento, aunque sea por razones puramente didácticas, de una definición de las principales modalidades utilizadas en la actualidad.

Tomando partido sobre esta polémica, la Propuesta de Código Mercantil contempla a estos efectos los siguientes tipos básicos de contratos de distribución: (i) La venta o distribución exclusiva; (ii) La compra o suministro en exclusiva; (iii) La distribución selectiva; y (iv) La franquicia. Esta enumeración no debería ser excluyente sino abierta y por ello debe recoger también las denominaciones que se dan en la práctica a algunas de estas modalidades contractuales como puede ser el caso de la concesión en el contexto de la venta en exclusiva o de la distribución autorizada en el contexto de la distribución selectiva.

El primero de los tipos básicos es el **contrato de compra en exclusiva o de suministro en exclusiva** que es aquél por el que el distribuidor, a cambio de algunas contraprestaciones especiales, se obliga a adquirir determinados bienes o servicios solamente a un proveedor o a otras personas que ese proveedor designe (art. 543.2 a). En la compra en exclusiva la obligación de exclusividad la tiene el comprador no el suministrador.

El segundo de los tipos sería **la venta en exclusiva**, que es justamente la figura contraria a la compra en exclusiva. En la venta en exclusiva el proveedor se obliga a vender únicamente a un distribuidor en una zona geográfica determinada los bienes o servicios especificados en el contrato para su comercialización con carácter general dentro de dicha zona o su reventa a un grupo determinado de clientes (art. 543.2 b). La exclusividad recae, en este caso, en el proveedor o en el fabricante, que se obliga a vender sus productos a un único distribuidor en un determinado territorio, de modo que dichos productos sólo se distribuirán en ese territorio a través de un distribuidor exclusivo.

El tercero de estos tipos sería la **distribución selectiva**, entendida como aquella modalidad de distribución en la que el proveedor se obliga a vender los bienes objeto del contrato únicamente a distribuidores seleccionados por él en atención a circunstancias objetivas, mientras que el distribuidor seleccionado se compromete a revenderlos a consumidores finales respetando las instrucciones del proveedor y prestando asistencia técnica a los compradores (art. 543.2 d). La distribución selectiva no se puede aplicar a todo tipo de productos, sino sólo a aquellos que precisan asistencia técnica en el momento de la venta o un servicio técnico postventa que permita su correcto mantenimiento o reparación y a los productos de lujo. También es una característica de la distribución selectiva el hecho de que los productos objeto de la misma se vendan conjuntamente con otros productos de la misma naturaleza. Hay que

tener en cuenta a este respecto que para que haya selectividad no es esencial la exclusividad.

El cuarto de los tipos básicos de los contratos de distribución es el **contrato de franquicia**, que es aquél por el que el franquiciador cede al franquiciado el derecho a explotar un sistema de comercialización de bienes o servicios bajo los signos distintivos y la asistencia técnica del franquiciador, a cambio del pago de una compensación económica (canon), y del compromiso de ajustarse a las pautas de actuación establecidas (art. 543.2 f). Las franquicias pueden ser fundamentalmente comerciales, industriales, de productos y de servicios. La franquicia comercial sería, como hemos señalado con anterioridad, la única que entraría dentro del ámbito de aplicación de esa norma.

La Propuesta de Código Mercantil enumera también otras dos modalidades contractuales: la distribución autorizada y la concesión. En la **distribución autorizada** el proveedor se obliga a suministrar al distribuidor bienes o servicios para que éste los comercialice directamente o a través de su propia red, como distribuidor oficial, en un territorio determinado (art. 543.2 c). En consecuencia, la distribución autorizada se puede fácilmente reconducir a algunas de las otras figuras que acabamos de comentar, fundamentalmente a la de distribución selectiva. Y en la **concesión**, terminología muy extendida en la práctica, el distribuidor pone su establecimiento al servicio de un proveedor para comercializar, en régimen de exclusividad y bajo las directrices y supervisión del proveedor, bienes o servicios en una zona geográfica determinada (art. 543.2 e). La concesión se puede asimilar perfectamente a los contratos de venta en exclusiva. Desde un punto de vista técnico, la diferencia de la venta en exclusiva y la concesión simplemente está en el grado de integración que se produce del distribuidor con respecto al proveedor o al fabricante, pero en lo demás realmente es una figura, sino idéntica, sí muy parecida.

Finalmente, hay que señalar a este respecto, que no hay que tener ningún temor a que las definiciones de las principales modalidades de contratos de distribución contenidas en una ley de contratos de distribución no coincidan con las que se establecen en algunas regulaciones especiales, como, por ejemplo, la legislación en materia de ordenación del comercio o en la normativa de competencia en materia de restricciones verticales, porque es tarea principal de las leyes mercantiles definir los tipos contractuales mercantiles con carácter general⁴.

3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA REGULACIÓN PROYECTADA

Las principales características de la regulación de los contratos de distribución contenida en la Propuesta de Código Mercantil son las siguientes:

- a) Se trata de una regulación modesta, realista y básica, en el sentido de que trata fundamentalmente de dar una solución razonable a los problemas existentes que se presentan actualmente en la práctica, que se han dado en el pasado y que previsiblemente se darán también en el futuro y no de crear nuevos problemas o de resolver problemas artificiales o coyunturales relacionados con la crisis que

actualmente padecemos.

A este respecto se ha tratado de evitar el riesgo de la sobre-regulación, esto es, que la regulación proyectada no guarde proporción con los problemas detectados que trata de resolver, de que se oponga a las normas de defensa de la competencia y de que la propia norma pueda generar ineficiencias, lo que es bastante frecuente.

- b) Es, como ya se ha indicado, una regulación basada en el máximo respeto al principio de la autonomía de la voluntad, que es el que debe regir primordialmente las relaciones comerciales entre empresarios u operadores de mercado.
- c) Es una regulación neutra en el sentido de que procura un justo equilibrio de las relaciones contractuales entre las partes sin perseguir la tutela del distribuidor por influjo de la consideración de que es la parte débil de la relación contractual, la cual, como ya se ha indicado con anterioridad debe lograrse por otras vías jurídicas.
- d) No impone la formalización del contrato por escrito. En efecto, en materia de forma, no se establece que el contrato tenga que constar necesariamente por escrito para su eficacia o validez. Sin embargo, dada la situación existente en nuestro país, en el que, como ya se ha señalado con anterioridad, la gran mayoría de los contratos de distribución son verbales, resulta aconsejable establecer una disposición normativa que incite o incentive a las partes a utilizar la forma escrita, como el conceder a las partes el derecho a exigir la formalización por escrito y penalizar a aquella parte que se niegue a hacerlo, obligándola, en caso de conflicto, a probar que el contenido oral del contrato se desviaba de lo que establece la ley con carácter general para todos los contratos de distribución o para alguna de sus modalidades⁵.

4.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS

La Propuesta de Código Mercantil determina con bastante precisión el ámbito de aplicación de las normas sobre los contratos de distribución, tanto desde un punto de vista positivo, especificando a qué tipos de contratos se aplica, como desde un punto de vista negativo, señalando las figuras que quedan excluidas de esta regulación.

4.1. Contratos incluidos

La regulación proyectada se circunscribe a los contratos de distribución en sentido estricto, esto es, aquellos en que un proveedor o fabricante suministra de forma estable y continuada sus productos o servicios a un comerciante-distribuidor (operación de venta) para su comercialización (operación de reventa). En este sentido la Propuesta de Código Mercantil define el contrato de distribución como aquél por el que una de las partes, denominada distribuidor, que actúa como empresario independiente asumiendo el riesgo

de las operaciones en las que interviene, se obliga a adquirir de otra, denominada proveedor, bienes o servicios para su comercialización de manera duradera y estable (art. 543-1). Hay que recordar a este respecto que, como ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, no es el nombre que las partes otorgan al contrato sino su contenido el que determina su naturaleza jurídica.

La única cuestión que queda abierta en relación con este punto es si la regulación debe resultar aplicable solamente a los contratos entre proveedores y distribuidores minoristas o entre comerciantes mayoristas y distribuidores minoristas o también a las relaciones contractuales entre proveedores y comerciantes mayoristas.

4.2. Exclusiones

Desde un punto de vista negativo, está claro que la normativa de referencia no debe aplicarse a aquellos contratos que tienen una naturaleza jurídica diferente a la de los contratos de distribución, como es el caso de la **agencia**, que cuenta además con una regulación específica de carácter imperativo; la **franquicia industrial**, que es aquel contrato que autoriza al franquiciado para fabricar productos sirviéndose de las patentes o los conocimientos técnicos (*know how*) del franquiciador, la cual se regirá por las normas relativas a la transferencia de tecnología; y la **logística**, porque se considera que es una actividad distinta de la actividad de distribución, aunque pueda ser complementaria de la misma y porque, dada la vinculación de esta actividad con el transporte, su regulación debe realizarse en el contexto de la normativa reguladora de este último contrato. También se excluyen los contratos de **comercialización de productos o servicios financieros**, por tener una regulación específica, y cualquier modalidad de distribución que comporte una **vinculación de naturaleza laboral** entre un proveedor y la persona que se encarga de distribuir sus productos (art. 543-3),

Resulta discutible, sin embargo, si deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de estas normas, los contratos que tiene por objeto la distribución de productos o servicios financieros o los contratos que se refieren al supuesto en el que la distribución se realiza por un empresario autónomo dependiente.

5. CONTENIDO DE LA REGULACIÓN CONTRACTUAL

5.1. Planteamiento general

En relación con la regulación del contenido de los contratos de distribución se planteó la cuestión de si la norma debería contener simplemente una recopilación de las obligaciones contractuales básicas aplicables a todos los tipos de contratos o establecer también normas específicas sobre las distintas modalidades contractuales. La propuesta de Código Mercantil se decanta por una combinación de las citadas alternativas, esto es, proceder a una regulación general de las obligaciones contractuales básicas que se completa con algunas disposiciones específicas para algunas modalidades contractuales.

5.2. Cuestiones básicas en materia de regulación común

Por lo que respecta a la regulación general del contenido del contrato, la Propuesta, en lugar de establecer un catálogo de obligaciones y derechos de las partes, establece unas pautas de comportamiento contractual de las mismas con base en la buena fe, que es la que debe regir la relación entre ellas, y deja a la autonomía de la voluntad la regulación del resto de las cuestiones atendiendo al caso concreto, con los límites marcados por la legislación en materia de condiciones generales de los contratos.

En cuanto a normas concretas, en la Propuesta de Código Mercantil se contienen las siguientes:

- a) Fase precontractual. A la hora de establecer una regulación de los contratos de distribución hay que poner especial énfasis en la fase precontractual, esto es, la fase anterior a la firma del contrato, que, desde nuestro punto de vista, es la fase más importante, pues es en ella donde se va a cerrar la negociación del contrato y se van a sentar las pautas de lo que será el posterior contenido del mismo e incluso los efectos jurídicos que desplegará en el momento de su resolución o extinción.

En este sentido, y ante la ausencia de una regulación general en esta materia, conviene regular el deber de información precontractual sobre el objeto del contrato, las características principales del sistema de distribución que utiliza el proveedor y su funcionamiento, así como las cuestiones relativas a la imposibilidad inicial y al error y sus consecuencias jurídicas, teniendo en cuenta que lo que debe primar a este respecto es el principio de la conservación del contrato frente a la nulidad del mismo (art. 543-4.1).

También se ha considerado necesario regular, con carácter supletorio, la obligación de confidencialidad que vincula a las partes durante esta fase (art. 543-4.3) y la responsabilidad específica de la parte contractual, que ha actuado de mala fe, en aquellos casos en los que el contrato se ha estado negociando durante un cierto tiempo y al final no se lleva a efecto porque dicha parte no he tenido nunca una verdadera intención de firmar el citado contrato (art. 543-4.5).

- b) Obligaciones y derechos de las partes. La regulación se limita a establecer las obligaciones básicas del proveedor, consistentes en suministrar al distribuidor la información comercial y técnica precisa para el desarrollo del negocio y mantener disponibles los productos para su entrega al distribuidor (art. 543-7), y del distribuidor, consistentes en mantener una organización empresarial suficiente y desarrollar una actividad adecuada, comercializar los productos respetando su marca y ajustándose al sistema de distribución establecido por el proveedor y llevar una contabilidad sobre la actividad relativa a la distribución (art. 543-8)

Asimismo se regulan: La forma de determinación de los objetivos comerciales y de los stocks, que deberá hacerse de mutuo acuerdo y, a falta de éste, a través de un arbitraje o peritaje independiente (art. 543-10). La actividad publicitaria del distribuidor, que deberá ser aprobada previamente por el proveedor (art. 543-12). La cesión del contrato por el distribuidor, que precisará

- el consentimiento del proveedor (art. 543-13.1). Y el nombramiento de agentes y colaboradores por el distribuidor (art. 543.12.2)
- c) Deterioro de la imagen de marca. Un aspecto novedoso de la regulación propuesta es el establecimiento de una norma que determina que, si el distribuidor aplica precios o realiza actuaciones que ocasionan un menoscabo de la imagen de la marca o del prestigio comercial del proveedor, éste podrá resolver el contrato (art. 543-11).
 - d) Independencia de las partes. También se clarifica la independencia de las partes a efectos de atribución de responsabilidades. Se pretende con ello precisar que el fabricante o proveedor y el distribuidor son empresas completamente independientes, que cada una debe asumir sus propias responsabilidades (especialmente en materia laboral y fiscal) y que no existe una responsabilidad solidaria entre ambos por el mero hecho de que el proveedor utilice un distribuidor para comercializar sus productos o servicios (art. 543-14).
 - e) Prescripción. Finalmente la Propuesta de Código Mercantil establece, con carácter general, un plazo de tres años para la prescripción de las acciones derivadas de las obligaciones mercantiles, aplicable a los contratos de distribución (art. 712-1)

5.3. Normas específicas para algunas modalidades contractuales

En cuanto al establecimiento de normas específicas para las diversas modalidades contractuales, la Propuesta de Código Mercantil se limita a las siguientes cuestiones:

- a) Regular el alcance de la exclusiva en el contrato de concesión o venta con exclusiva y determinar con precisión los conceptos y la distinción entre lo que, en la práctica, se denominan ventas activas y ventas pasivas (artículo 453-15). En este sentido se especifica que la venta activa consiste en vender fuera del territorio de la exclusividad, mientras que venta pasiva es vender dentro del territorio de exclusiva a personas no pertenecientes al mismo. Aunque también se aclara que, si al cliente de fuera del territorio que viene a comprar al distribuidor dentro del territorio de la exclusiva, el distribuidor no le cobra el transporte de la mercancía desde un territorio al otro, la venta pasiva se convierte en una venta activa.
- b) Regular los criterios de selección de los distribuidores, que deben tener carácter objetivo, la prohibición de venta a distribuidores no autorizados y la venta a través del establecimiento autorizado, en materia de distribución selectiva.
- c) Incorporar, con respecto a la franquicia, aquellas normas sobre obligaciones contractuales que se contienen en la Ley de ordenación del comercio minorista, tales como la obligación del franquiciador de comunicar los conocimientos técnicos necesarios para el desarrollo del negocio y las de pago de las cuotas y cánones y el mantener confidencial el *know how* recibido por parte del franquiciado, cuya inclusión en esta última ley carece de sentido por tratarse de normas de derecho privado de carácter mercantil.

6. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

Por último, conviene hacer referencia al tema más polémico en esta materia, que es el relativo a la extinción del contrato.

6.1. Denuncia unilateral del contrato

La Propuesta de Código Mercantil reconoce en materia de extinción contractual la posibilidad de la denuncia unilateral del contrato cuando este se ha celebrado por tiempo indeterminado o indefinido, con la exigencia de un preaviso de un mes por cada año de duración del contrato con un máximo de seis meses (art. 543-20). Pero lo que impera en esta materia es la autonomía de la voluntad y, por lo tanto, al establecer las cláusulas contractuales, las partes son libres de fijar los términos del preaviso, con la única salvedad de que los plazos tienen que ser iguales para el proveedor y el distribuidor.

6.2. Indemnización por clientela

La norma proyectada establece, como regla general, que, en caso de extinción del contrato, el distribuidor no tendrá derecho a una indemnización por clientela, pero reconoce que, excepcionalmente, si se dan una serie de circunstancias, por ejemplo, que esa clientela sea fruto del esfuerzo exclusivo del distribuidor, que el distribuidor haya informado al proveedor sobre sus clientes o que exista un pacto post-contractual de no competencia, cabrá la posibilidad de reclamar una indemnización por clientela como justa compensación (art. 543-24), pero sólo en estos casos y con carácter excepcional, teniendo que probar evidentemente el distribuidor dichas circunstancias.

Aunque la norma nada dice al respecto, por considerar que la situación normal es que no haya indemnización por clientela, el parámetro a utilizar para determinar su importe, en aquellos casos en que sea procedente, deberá ser el de los beneficios realmente obtenidos por el distribuidor, y no el basado en el margen comercial, teniendo en cuenta tanto el beneficio presente como el proyectado hacia el futuro, porque en muchas modalidades de contratos de distribución los beneficios no fructifican en el momento, sino que se perciben bastante tiempo después.

6.3. Indemnización por inversiones

La Propuesta de Código Mercantil contempla también el derecho del distribuidor a percibir una indemnización por las inversiones exigidas por el proveedor y no amortizadas al término del contrato cuando este tenga una duración indeterminada y se produzca su resolución por la decisión unilateral del proveedor (art. 543-22).

7. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Para concluir esta exposición hay que recordar la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de unas normas específicas de defensa de la competencia que se aplican a estas modalidades contractuales.

Esta normativa de competencia se encuentra recogida básicamente, con carácter general, en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley española 15/2007 de Defensa de la Competencia, incorporados ahora al Título III del Libro III de esta Propuesta de Código Mercantil, y, con carácter específico, en los Reglamentos (UE) nº 330/2010, sobre acuerdos verticales de suministro y distribución y nº 461/2010, sobre comercialización de vehículos de motor⁶, y debe tenerse muy en cuenta porque su trasgresión genera la nulidad total o parcial del contrato de distribución.

Hay que destacar a este respecto que, hasta la creación de los juzgados de lo mercantil, la jurisprudencia civil frecuentemente no tomaba en consideración la existencia de la normativa de defensa de la competencia al resolver muchas de las cuestiones planteadas en el contexto de los contratos de distribución, quizá por la creencia de que no eran competentes para aplicarla, situación que quedó definitivamente zanjada por la Disposición adicional primera de la Ley 15/2007, anteriormente citada, que atribuyó a los juzgados de lo mercantil la competencia para conocer las cuestiones de orden jurisdiccional civil que se planteen en torno a la aplicación de los artículos 1 y 2 de la Ley de defensa de la competencia relativos a la prohibición de la realización de prácticas colusorias o de abuso de posición dominante por parte de los operadores de mercado (la denominada aplicación privada o judicial de las normas de defensa de la competencia).

EL CONCEPTO DE CONTRATO DE TRANSPORTE MULTIMODAL O *TERRESTRE PLUS* DE MERCANCÍAS EN ESPAÑA

TATIANA ARROYO VENDRELL *

Resumen

La LCTTM unifica el contrato de transporte por carretera y el contrato de transporte ferroviario de mercancías en un nuevo tipo de contrato: el contrato de transporte terrestre de mercancías. Incorpora además una regulación específica para el contrato de transporte multimodal (art. 67 y ss. LCTTM), que debiera calificarse de “*terrestre plus*” o “*más que terrestre*”. Adicionalmente, el concepto de “*modo de transporte*” recogido en la definición de transporte multimodal tiene como efecto, que un contrato de transporte con un tramo por carretera y otro ferroviario deje de ser calificado como multimodal. La diferenciación sin embargo, del contrato de transporte por carretera y del contrato de transporte ferroviario, así como del contrato de transporte con un tramo por carretera y otro ferroviario como multimodal sigue imperante en ámbito de internacional.

Contenido

1. Punto de partida: la unificación del contrato de transporte por carretera y ferroviario de mercancías bajo el nuevo contrato de transporte terrestre de mercancías. – 2. El contrato de transporte multimodal. – 2.1. El contrato de transporte multimodal antes de la LCTTM. – 2.2. El nuevo concepto de contrato de transporte multimodal o “*terrestre plus*” de mercancías de la LCTTM. – 2.3. El concepto de “*modo de transporte*” de la LCTTM.

1. PUNTO DE PARTIDA: LA UNIFICACIÓN DEL CONTRATO DE TRANSPORTE POR CARRETERA Y FERROVIARIO DE MERCANCÍAS BAJO EL NUEVO CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS

Con la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías¹ (en adelante, LCTTM) se introdujo un nuevo régimen jurídico para los contratos de transporte por carretera y ferroviario. De este modo, se actualizaba esta materia del Derecho tan necesitada de una adaptación a las realidades comerciales del

* Profesora Ayudante Doctor de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid.

¹ BOE núm. 273 de 12 de noviembre de 2009.

transporte². Hasta la promulgación de la LCTTM estos contratos se encontraban regulados en el título VI del Libro II del Código de Comercio (art. 349 a 379) y desde su promulgación con el Código de 1885 apenas habían sido objeto de modificación. Varios lustros e innumerables cambios en el sector alentaban a su modernización.

En la redacción de la LCTTM el legislador toma como modelo³ dos instrumentos internacionales: el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, hecho en Ginebra el 19 de mayo de 1956 (en adelante, CMR⁴) y las Reglas uniformes CIM relativas al contrato de transporte internacional por ferrocarril de mercancías (en adelante, CIM)⁵. Aunque prima la

² Sobre la fase prelegislativa, la fase gubernamental y la fase legislativa de la LCTTM vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La tramitación parlamentaria de la Ley 15/2009 de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías”, *RDT*, núm. 6, 2010, p. 9 y ss.

³ La propia Exposición de Motivos en el punto II de la LCTTM lo dice expresamente: “*se ha tenido en cuenta a la hora de redactar la ley, puede decirse que la misma adapta, en lo sustancial, el Derecho del contrato de transporte terrestre español al modelo que suponen los convenios internacionales en la materia, básicamente al Convenio de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) y a las Reglas Uniformes CIM/1999, siguiendo así el camino antes trazado por otros países europeos*”. Y fundamenta esta decisión con las siguientes palabras: “*La consideración que subyace a esta decisión es sin duda alguna la de reconocer que no resulta tan distintos, en el momento actual, el transporte internacional y el puramente interno, al que van destinados los preceptos de la presente ley*”.

Es indudable, que nuestro legislador ha tomado como modelo los citados instrumentos internacionales. Sin embargo, hay un punto esencial en el que nuestra LCTTM se diferencia sobremanera respecto del CMR y el CIM. En particular, la LCTMM establece como regla general su carácter dispositivo (con la salvedad del régimen de la responsabilidad del porteador y de la prescripción), mientras que los instrumentos internacionales parten de la regla general inversa: la imperatividad de su articulado. En este sentido, también PARDO VEGEZZI, J. M., *Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías*, Fundación Francisco Corell, Madrid, 2012, p. 32 y; SÁNCHEZ-GAMBORINO, F. J., “La Ley 15/2009 de 11 de noviembre del contrato de transporte terrestre de mercancías”, *Ponencia impartida el 15 de enero de 2012 en la SEAIDA*.

⁴ Desde su aprobación, este Convenio ha sido modificado en dos ocasiones. En primer lugar, a través del Protocolo de Ginebra de 5 de julio de 1978 se sustituye en su art. 23, el franco/oro, como unidad de cuenta para el cálculo de la indemnización, por los Derechos Especiales de Giro o DEG. Este protocolo entró en vigor el 28 de diciembre de 1980. España depositó el instrumento de adhesión a tales efectos, el 23 de septiembre de 1982 (BOE núm. 303, de 18 de diciembre) y entró en vigor para España el 9 de enero de 1983. En segundo lugar, el 21 de febrero de 2008, en sede de la UNECE, se aprobó el Protocolo adicional concerniente a la carta de porte electrónica (e-CMR), lo que supone, en esencia, el reconocimiento jurídico del empleo de las cartas de porte en soporte electrónico. Este protocolo entró en vigor el pasado, 5 de junio de 2011, tras cumplirse el nonagésimo día siguiente después de que cinco Estados hubieran depositado su instrumento de ratificación o adhesión. Actualmente, los Estados que han ratificado o se han adherido al e-CMR son Bulgaria, Dinamarca, Eslovaquia, España, Latvia, Lituania, Países Bajos, República Checa y Suiza. En España entró en vigor, el 8 de agosto de 2011, a través del Instrumento de adhesión publicado en BOE núm. 141, de 14 de junio de 2011.

⁵ Apéndice B del Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril firmado en Berna el 9 de mayo de 1890, en vigor según el Protocolo de 1999, de 3 de junio firmado en Vilna (en adelante, COTIF). Modificado con anterioridad por el Protocolo de 20 de diciembre de 1990 en Berna. El antecedente del COTIF es el Convenio de Berna sobre el transporte por ferrocarril de 1890, en vigor desde el 1 de enero de 1893 y modificado en varias ocasiones (1896, 1905, 1924, 1933, 1952, 1961 y la última en 1970).

La última reforma del Protocolo de 1999, de 3 de junio firmado en Vilna, entró en vigor el 1 de julio de 2006. En España entró en vigor en idéntica fecha en virtud del BOE núm. 149, de 23 de junio de 2006 (Instrumento de ratificación de 7 de junio de 2002). Sobre el el Protocolo de Vilna de 1999 y las importantes novedades que incorpora vid.: CLARKE, M., “International Carriage of Goods by Rail: CIM 1999 in force”, *JBL*, marzo 2007, p. 213 a 218; EMPARANZA SOBEJANO, A., “Ámbito de aplicación de las Reglas Uniformes Reguladoras del transporte internacional de mercancías por ferrocarril: los sujetos”, en VV.AA., *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*, EMPARANZA SOBEJANO, A. y RECALDE CASTELLS, A. (dirs.), Thomson-Civitas, Cizur Menor,

influencia del primero de los instrumentos citados debida a su extendida aceptación⁶ y al mayor volumen de mercancías desplazadas por es modo de transporte: la carretera⁷.

Este modelo de política legislativa va más allá de incorporar lo dispuesto en los convenios internacionales relativos a los contratos de transporte de mercancías por carretera y ferroviario para introducir un régimen único para ambos contratos bajo un nuevo tipo contractual: el “*contrato de transporte terrestre de mercancías*”. Esta novedad queda claramente reflejada en el propio título de esta ley: “*Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías*” y en el art. 1 LCTTM cuando lo define como el transporte de mercancías “*por medios mecánicos con capacidad de tracción propia*”.

Bajo este nuevo contrato se unifica⁸ el régimen jurídico de dos contratos de transporte de mercancías hasta ahora diferentes -carretera y ferroviario-, salvo por escasas excepciones, cuando se añade alguna especialidad para el ferroviario⁹.

Llama la atención que el legislador justifica los motivos por los que se han tomado como fuente el CMR y el CIM, pero a la contra, no explica las razones que fundamenta la decisión de unificar ambos contratos -carretera y ferroviario- bajo un único¹⁰.

2008, p. 29 a 44; EMPARANZA SOBEJANO, A., “Reclamaciones y acciones: presupuestos, competencia y prescripción”, en VV.AA., *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*, EMPARANZA SOBEJANO, A. y RECALDE CASTELLS, A. (dirs.), Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 281 y ss.; EMPARANZA SOBEJANO, A., “El transporte internacional de mercancías por ferrocarril”, en VV.AA., *El contrato de transporte*, J.L. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ (coord.), vol. I, CGPJ, 2002, p. 414 a 459; FREISE, R., “Neue Entwicklungen im Eisenbahnrecht anlässlich des Inkrafttretens des “Übereinkommens COTIF 1999”, *Transportrecht*, febrero, 2007, p. 45 a 54; LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., “El nuevo régimen del transporte ferroviario internacional. El Protocolo de Vilnius de 1999”, *Derecho de los Negocios*, núm. 148, 2003, p. 1 a 12; PULIDO BEGINES, J. L., “El concepto de porteador y la dualidad porteador contractual – porteador sustituto en las CIM- 1999”, *RDM*, 2007, núm. 264 y 265, p. 533 a 596; PÜTZ, A., “Supuestos especiales de responsabilidad (art. 38 y 39 RU CIM)”, en VV.AA., *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*, EMPARANZA SOBEJANO, A. y RECALDE CASTELLS, A. (dirs.), Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 219 a 236; RECALDE CASTELLS, A., “El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril: concepto, naturaleza y caracteres. La documentación del contrato”, en VV.AA., *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*, EMPARANZA SOBEJANO, A. y RECALDE CASTELLS, A. (dirs.), Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 45 a 81 y; ZURUMENDI ISLA, A., “Pluralidad de porteadores en las RU CIM”, en VV.AA., *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*, EMPARANZA SOBEJANO, A. y RECALDE CASTELLS, A. (dirs.), Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 303 a 342.

⁶ En vigor en 55 Estados, entre los que se cuentan desde los 28 Estados miembros del Unión Europea, a otros que se extienden por el continente asiático (desde Rusia hasta Tayikistán, incluidos entre otros: Siria, Líbano o Irán), así como por el continente africano (Marruecos y Túnez).

⁷ Conforme al Libro Blanco presentado por la Comisión el 12 de septiembre de 2001 - La política Europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad: “*el transporte por carretera representa hoy en día un 44% del transporte de mercancías, frente a un 41% para la navegación de corta distancia, un 8% para el ferrocarril y un 4% para las vías navegables*”

⁸ Vid. en este sentido, el punto II de la Exposición de Motivos: “*La ley opta por regular unitariamente el contrato de transporte terrestre de mercancías en sus dos variantes, por carretera y por ferrocarril. En principio, los preceptos son comunes a ambos modos, sin perjuicio de ofrecer soluciones específicas para el transporte ferroviario de mercancías en los lugares oportunos, cuando ello resulta necesario o conveniente*”. Si bien, no justifica las razones que han llevado a esta unificación.

⁹ Por ej. Art. 33.1 y 33.2 LCTTM sobre plazo de entrega de la mercancía al destinatario.

¹⁰ El CMR y el CIM han sido tomados como modelos en legislaciones nacionales. Así por ej. en Austria a través de la Ley de 28 de junio de 1990 se extiende la aplicación del CMR a los contratos de transporte por carretera nacionales.

Es cierto, que de entre los convenios unimodales vigentes, el CMR y el CIM son los que más se asemejan entre sí¹¹.

De hecho, centrándonos en el núcleo clásico de los convenios, el régimen de responsabilidad del porteador (fundamento, causas de exoneración y los límites de responsabilidad, la pérdida del derecho a limitar la responsabilidad...), las similitudes pueden observarse al menos, en los hitos enunciados a continuación:

1. El fundamento parte de la responsabilidad del porteador, pero incluye entre las causas de exoneración, una que claramente incorpora el carácter subjetivo del fundamento de la responsabilidad en los siguientes términos: “*él, sus empleados o agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podrían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias*” (art. 23.2 CIM)¹²;

2. El resto de causas y presunciones de exoneración del CIM y el CMR también guardan estrechas similitudes entre sí.

Por un lado, coinciden las causas de exoneración: culpa del cargador o destinatario, instrucciones erróneas del cargador y vicio propio de las mercancías.

Por otro lado, recoge también un listado esta vez de presunciones de exoneración y sólo en caso de pérdida o avería (no por el contrario, en caso de retraso) por los siguientes riesgos: el empleo de vehículos abiertos expresamente así acordados; ausencia o deficiencia en el embalaje; manipulación, carga o descarga de la mercancía y operaciones complementarias realizadas por el cargador o destinatario o personas que actuaron en su nombre; la naturaleza de las mercancías; insuficiencia o imperfección de las marcas o números de los paquetes y; el transporte de animales vivos¹³.

La carga probatoria es distinta entre las causas y las presunciones. En el caso de las primeras es más severa, al resultar necesario probar el nexo de causalidad entre la causa alegada y el daño acaecido. Mientras que para el segundo grupo, la carga probatoria es más sencilla. Es suficiente con establecer que la pérdida o avería ha podido resultar por alguno de los citados riesgos. También esta diversa carga probatoria es coincidente entre lo dispuesto en el CMR y en CIM (art. 17 CMR y art. 23 CIM).

No obstante, también median diferencias entre ambos regímenes:

1. Así en un punto en el que se denota mayor disparidad es el relativo a los límites de responsabilidad por la mercancía dañada o perdida. Las diferencias tienen causa en una peculiaridad de carácter económico. Por un lado, los tipos de mercancías transportadas -volumen y valor- de los diferentes modos de transporte no son

¹¹ Sobre el parecido entre el CIM y el CMR, vid. GÓRRIZ LÓPEZ, C., “Transporte por ferrocarril (II) derecho internacional”, *Manual de derecho del transporte*, MARTÍNEZ SANZ, F., (dir.); PÜTZ A., (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 311, según el autor las semejanzas son producto de una recíproca influencia.

¹² En términos muy semejantes, el art. 17.2 CMR “*por circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir*”. En este sentido también, DE WIT, R., *Multimodal transport. Carrier liability and documentation*. 1º ed., LLP (Lloyd’s Shipping Law Library), Londres, 1995, p. 95 y ss., califica el régimen de responsabilidad como *negligence liability*. En la literatura inglesa es más común la expresión *fault liability*, la cual se enfrenta a la *strict liability* (u objetiva), conocida esta última por los alemanes como *Gefährdungshaftung*.

¹³ El CIM acoge una causa de exoneración más, no prevista en el CMR dentro del segundo de los listados relativos a las causas de exoneración. Esta causa de exoneración adicional –del CIM– es el transporte de mercancías acompañadas de una persona, cuando la pérdida o avería sea consecuencia de una circunstancia que el acompañante debía evitar (art. 23.3.g CIM).

necesariamente idénticos. Por otro lado, el costes del transporte y el tiempo de desplazamiento tampoco coinciden. Influyen todos estos aspectos en la elección del modo de transporte. No por ello, es de extrañar que el límite del CMR es 8,33 Derechos especiales de giro, mientras que el límite del CIM es de 17 Derechos especiales de giro (en adelante, DEG);

2. Ambos convenios coinciden en establecer la pérdida del derecho a limitar la responsabilidad. En virtud de la fórmula prevista en el art. 36 CIM cuando: “*se pruebe que el daño hubiere sido motivado por un acto o una omisión cometidos por el transportista, bien con intención de provocarlo, o de modo temerario y con consciencia de que de ello podría resultar dicho daño*” (art. 36 CIM). Por su parte, el art. 29 CMR emplea una fórmula distinta haciendo alusión al daño causado por dolo o por falta que le sea imputable y que sea equiparada al dolo por la legislación del lugar. Por tanto, se centra en el “*dolo*” y además, a efectos de su interpretación se remite al derecho nacional. En ninguno de los dos convenios queda claro, si la pérdida al derecho a limitar la responsabilidad por parte del porteador (contractual) debe derivarse del acto u omisión del propio porteador exclusivamente o si la pérdida del derecho del porteador se extiende al acto u omisión también de sus empleados y agentes¹⁴;

3. Otro punto nuclear con efecto económico y jurídico del que se desprende la divergencia regulatoria reside en el efecto de la falta de aviso o reserva. El plazo de aviso o reserva para daños aparentes coinciden en el momento de la entrega, igual que para los no aparentes en un plazo de 7 días (art. 47 CIM o el art. 30 CMR). No obstante, la falta de reserva simplemente concede la presunción de entrega conforme de las mercancías en el lugar de destino para el CMR en el caso del daño o de la pérdida. El reclamante puede destruir esta presunción con la pertinente prueba en contrario. Por su parte para el CIM, la consecuencia jurídica prevista en caso de la falta de reserva o aviso una vez transcurrido dicho plazo es la pérdida de toda acción, salvo por ejemplo en el supuesto de conducta dolosa o fraudulenta del porteador. En el CMR sólo en el caso del retraso la falta de la reserva trae como efecto la pérdida de la acción y;

4. Si bien ambos convenios coincide al fijar el plazo para el ejercicio de las acciones en 1 año, no obstante, si la conducta del demandado (porteador o porteador efectivo) se fundamenta en un daño resultante de un acto o una omisión cometidos, bien con intención de provocar dicho daño, o bien temerariamente y con consciencia de que de ello podría resultar dicho daño, el plazo se amplía a dos años en el CIM y hasta 3 años en el CMR por dolo o de falta equivalente a dolo¹⁵.

Ante estas similitudes entre ambos convenios la LCTTM a efectos de unificar el régimen para ambos contratos establece idéntico régimen con las siguientes características:

1. Parte de un período de responsabilidad delimitado por el tiempo de custodia entre la recepción y la entrega (art. 47 LCTTM);

¹⁴ En este punto el CMR de manera expresa y a diferencia del CIM, extiende la pérdida de este derecho a los empleados del transportista o cualesquiera otras personas a las que el transportista haya recurrido para la realización del transporte. Se refiere no obstante, a las acciones dirigidos directamente contra estos sujetos distintos al transportista o porteador contractual y no aclara por tanto, si el transportista pierde también el derecho a limitar por los actos y omisiones de estos otros sujetos.

¹⁵ Art. 32 CMR y art. 48.1 CIM.

2. Distingue entre dos listados de exoneración y de manera expresa diferencia entre causas y presunciones de exoneración (art. 48.1 LCTTM para las causas y art. 49 LCTTM para las presunciones¹⁶). También empleando una fórmula más clarificadora distingue el efecto de las presunciones respecto de las causas de exoneración. De este modo, para el caso del listado de presunciones es suficiente si “*han podido resultar verosímilmente*”.

Por su parte, el listado de causas es idéntico con las causas del CMR y el CIM. Pero en el caso del listado de presunciones aunque semejante¹⁷, contiene alguna diferencia con efectos prácticos significativos: así por ej. no se requiere el acuerdo expreso recogido en la carta porte para el empleo de vehículos abiertos, en España basta ahora con el acuerdo o que sea acorde con la costumbre.

Además, la LCTTM se olvida de recoger la presunción especial prevista en el CIM para el caso de transporte acompañado. En este sentido, el art. 23.3 CIM establece que: “*g) transporte que, en virtud de las disposiciones aplicables o de acuerdos entre el expedidor y el transportista que estén indicados en la carta de porte, deba efectuarse con acompañamiento, en el caso de que la pérdida o la avería sean resultado de un riesgo que el acompañamiento hubiera tenido como finalidad evitar.*”

Novedoso en este punto respecto de los Convenios son las dos disposiciones aclaratorias contenidas en esta Ley sobre el efecto de la presunción de exoneración en el caso del transporte de animales vivos (art. 50 LCTTM), así como de vehículos especialmente acondicionados para controlar la temperatura, la humedad del aire u otras condiciones ambientales (art. 51 LCTTM).

3. Respecto del límite de responsabilidad, su cuantía se limita a un “*tercio del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples/día por cada kilogramo de peso bruto de mercancía perdida o averiada*” (art. 57 LCTTM). En la actualidad, su cuantía (un tercio de 17,75 euros, conforme al IPRREM de 2015) es igual a 5,91 euros por cada kg de peso bruto. Comparado con el valor de los DEG, que a 30 de diciembre de 2014 ascendía a 1.21660 euros, en el caso del CMR con 8,33 DEG equivale a 10,13 euros por kg de peso bruto y en el caso del CIM con 17 DEG equivalen 20,68 euros por kg de peso bruto. En definitiva, el límite de la LCTTM es mucho más bajo que el establecido en ámbito internacional, ya sea para el transporte ferroviario o por carretera. En cuanto al límite de responsabilidad en el caso de retraso, LCTTM acoge el límite del CMR: el precio del transporte. Límite muy lejano respecto del CIM, que establece como tope máximo el cuádruple (art. 33.1 CIM y art. 23.5 CMR).

4. Respecto de la pérdida del derecho a limitar la responsabilidad se introduce una fórmula que guarda semejanzas tanto con el CMR, como con el CIM. En primer lugar, es igual al CMR al referirse al “*dolo*” (art. 29.1 CMR). En segundo lugar, y

¹⁶ Art. 17.2 CMR para las causas y art. 17.4 CMR para las presunciones y art. 23.2 CIM para las causas y art. 23.3 CIM para las presunciones.

¹⁷ De entre la nomenclatura empleada en el CMR y en el CIM, en la LCTTM el parecido es mayor y en ocasiones idéntico a los términos y expresiones empleados en el CMR.

siguiendo la terminología del CIM (art. 36)¹⁸, también hace alusión a la “*infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción haya sido causado*”. La terminología no es idéntica en este punto a la del CIM, pero sí coincide con la idea de fondo. Adicionalmente, clarifica que esta pérdida del derecho de limitar la cuantía del porteador no sólo se aplica en el caso de sus propios actos, sino también de los causados “*por sus auxiliares, dependientes o independientes*”; aclarando así las cuestiones planteadas en torno a la pérdida de este derecho del porteador por actos ajenos. Se echa en falta sin embargo, que el articulado se refiere expresamente al acto y no haga alusión a la omisión, como sí lo hace tanto el CMR, como el CIM.

5. Coincide el plazo para realizar reserva¹⁹: el mismo día de la entrega para los daños aparentes y 7 días naturales para los no aparentes. Si bien, debe atenderse con especial cuidado, pues si bien la LCTTM habla de días naturales, el plazo de 7 días previsto en el art. 30.1 CMR excluye los festivos y domingos. Se unifica también el efecto jurídico de la falta de reserva, que ahora en el marco de la LCTTM será exclusivamente de presunción de entrega conforme de mercancías en destino y admite por tanto, prueba en contrario.

6. Por último, en cuanto al plazo para el ejercicio de la acción calificado de prescripción expresamente en la LCTTM, es idéntico al CIM: esto es de 1 año como plazo general y 2 años plazo especial, cuando la acción tenga su fundamento en la actuación dolosa o infracción consciente y voluntaria. En este punto se acoge no lo dispuesto en el CMR, cuyo plazo especial en caso de dolo se extendía a 3 años, por el contrario, se unifica con el régimen del CIM.

Obsérvese de este modo, como en esta parte nuclear (período, fundamento, causas y presunciones de exoneración, límites de responsabilidad y la pérdida de este derecho, reservas o avisos y plazos para el ejercicio de acciones) y una de las partes excepcionalmente de carácter imperativo de la LCTTM²⁰, se unifica el régimen para un nuevo contrato el contrato de transporte de mercancías terrestre: ya sea ferroviario o por carretera.

Se crea un nuevo régimen, que apenas guarda diferencias respecto del período, fundamento y causas y presunciones de exoneración respecto del CMR y el CIM. Si bien, respecto de la pérdida del derecho no hay realmente una unificación, al acoger tanto la fórmula del dolo del CMR, como a la “*infracción consciente y voluntaria*”, la cuál nos recuerda a lo dispuesto al CIM.

¹⁸ Reza así: “*daño hubiere sido motivado por un acto o una omisión cometidos por el transportista, bien con intención de provocarlo, o de modo temerario y con consciencia de que de ello podría resultar dicho daño*”

¹⁹ Art. 60 LCTTM.

²⁰ El art. 3 LCTTM declara la naturaleza dispositiva de su normativa salvo “*expresa estipulación contraria de esta Ley*”. Se contemplan sólo dos excepciones. En primer término, según el art. 46 LCTTM las disposiciones del capítulo de responsabilidad del porteador previstas en el capítulo V serán imperativas. En segundo término, conforme al art. 78 LCTTM se establece la segunda excepción a la regla general de la naturaleza dispositiva de las normas respecto del capítulo dedicado a la prescripción de acciones. No se establece excepción o salvedad expresa respecto del capítulo VII relativo a contrato de transporte multimodal, que en virtud de lo dispuesto en el art. 3 LCTTM gozan del carácter de normas dispositivas.

Cuesta entender la razón no justificada de unificar el límite de responsabilidad a niveles muy inferiores a los internacionales, así como los plazos más breves para el ejercicio de acciones. No se entiende esta decisión teniendo en cuenta que conforme al ámbito de aplicación de la LCTTM no se aplica o no sólo a los transportes nacionales, los que discurren estrictamente por territorio español, sino también a aquellos transportes internacionales²¹ en el caso de que no le sea aplicable ningún convenio internacional y resulte aplicable el derecho español como derecho aplicable al contrato.

2. EL CONTRATO DE TRANSPORTE MULTIMODAL

La primera novedad básica incorporada a través de la LCTTM y recién abordada, es la unificación en ámbito nacional del contrato de transporte por carretera y el contrato de transporte ferroviario de mercancías bajo un único régimen jurídico para el contrato de transporte terrestre de mercancías.

La consecuencia de esta novedad reside en que la *“unificación del régimen jurídico para ambos tipos de contratos: ferroviario y por carretera”* trae consigo la creación de un nuevo tipo de contrato: el *“contrato de transporte terrestre de mercancías”*.

De esta manera, nuestro legislador elimina la distinción hasta ahora existente entre el contrato de transporte por carretera y el contrato de transporte ferroviario de nuestra legislación nacional. Esta diferenciación sin embargo, sigue imperante en ámbito de internacional: el contrato de transporte por carretera es algo distinto del contrato de transporte ferroviario, dos contratos y dos modos de transporte diferentes con regímenes jurídicos independientes.

La tipificación de este nuevo contrato de transporte terrestre de mercancías trasciende más allá de las consecuencias ya enunciadas, y en particular, influye directamente al concepto del *“contrato de transporte multimodal”* introducido por primera vez en el derecho español²² también en la LCTTM: capítulo VII (art. 67 y ss.) bajo el rótulo *“Transporte multimodal”*.

²¹ El artículo 2 titulado establece: *“1. El contrato de transporte de mercancías es aquél por el que el porteador se obliga frente al cargador, a cambio de un precio, a trasladar mercancías de un lugar a otro y ponerlas a disposición de la persona designada en el contrato.”*. Obsérvese, que no contiene referencia alguna al carácter nacional del contrato de transporte. La ausencia de referencia expresa al carácter internacional o nacional del contrato de transporte de terrestre regulado en la LCTTM se debe exclusivamente a la intención del legislador de aplicar el régimen de la LCCTM tanto al contrato de transporte nacionales o de cabotaje, así como al contrato de transporte internacional. Hubiera sido deseable, que el legislador haber incluido esta aclaración. En su lugar, sólo establece en una disposición – art. 2.2- relativa a la prelación de fuentes legales y con una dudosa técnica legislativa lo siguiente: *“2. El contrato de transporte terrestre de mercancías se regirá por los Tratados internacionales vigentes en España de acuerdo con su ámbito respectivo, las normas de la Unión Europea y las disposiciones de esta Ley. En lo no previsto serán de aplicación las normas relativas a la contratación mercantil.”*

²² De los Estados miembro de la UE disponen de una regulación específica sobre el contrato de transporte multimodal, al menos, los Países Bajos (art. 40 a 52 del Libro 8º del Código civil holandés vigente (*Nieuw Burgerlijk Wetboek* o NBW) y Alemania (parágrafos 452 a 542d ubicados en sección III – *“El transporte a través de diversos modos de transporte”*) (multimodal) del capítulo IV sobre el transporte en general del Libro IV, titulado de los *“contratos mercantiles”* (*Handelsgeschäfte*), del Código de comercio alemán (*Handelsgesetzbuch* o HGB).

2.1. El contrato de transporte multimodal antes de la LCTTM

El transporte multimodal surge con ocasión de la evolución experimentada por el sector del transporte principalmente a partir de la revolución industrial: los productos se abarataron por la sustitución del trabajo manual por la maquinaria industrial y el comercio vivió una expansión geográfica, que influyó en los distintos modos de transporte.

Durante la segunda revolución industrial se produjo el desarrollo de los modos de transporte -principalmente, del ferroviario y del marítimo- y empieza a apreciarse la necesidad de efectuar cambios en las estructuras organizativas de los transportes. Los transportes son cada vez de mayor longitud, lo que requiere de la interconexión de los diversos vehículos y por ende, de la actuación de una pluralidad de porteadores y de la combinación de modos.

El transporte se enfrentaba no obstante, a varios obstáculos, entre ellos uno principal de carácter técnico reside en el fraccionamiento de la carga con cada cambio de modo de transporte. Una herramienta fundamental para salvar este obstáculo fue el contenedor²³. Esta unidad de carga supuso un profundo cambio en la organización del transporte, al facilitar la agrupación de las mercancías, el trasbordo de las mercancías y permitir efectuar transportes sin ruptura de carga durante el desplazamiento, pudiendo así ejecutar transportes más largos y en consecuencia, transportes en los que con mayor frecuencia participan una más amplia pluralidad de porteadores y una pluralidad de modos de transporte. Su empleo se traduce en un notable ahorro del tiempo, al que se suma la disminución de los costes, así como de los riesgos aparejados a las operaciones de carga y descarga²⁴.

²³ Sobre el origen y el desarrollo del contenedor vid. LEVINSON, M., *The Box. How the Shipping Container Made the World Smaller and the World Economy Bigger*, Princeton University Press, Princeton, 2006, p. xi y a lo largo de los primeros tres capítulos y; PELLÓN RIVERO, R., “El transporte multimodal internacional de mercancías (repercusiones en el transporte aéreo)”, *Revista de Derecho Privado*, tomo LXIX, 1985, p. 131.

²⁴ En general, sobre la revolución que el contenedor a supuesto para el transporte y por todos, sobre la función económica del contenedor como instrumento para abaratar costes, ahorrar tiempo y reducir los riesgos del transporte vid. DE WIT, Ralph, *Multimodal transport. Carrier liability and documentation*, *op. cit.*, p. 4 y 5; DÍAZ MORENO, A., “El transporte multimodal: obligaciones, derechos y responsabilidad”, en VV.AA, *El transporte terrestre nacional e internacional*, ILLESCAS ORTÍZ R. (dir.), Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, p. 62 y ss; GLASS, D.A; CASHMORE, C., *Introduction to the Law of Carriage of Goods*, Sweet & Maxwell: Londres, 1989, p. 250; GANTEN, R., *Die Rechtsstellung des Unternehmers des kombinierten Verkehrs (CTO)*, Commercium, Hamburg, 1978, p. 9; GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal)*, Publicaciones Real Colegio de España, Bolonia, 2001, p. 78 y ss; HAAK, K., HOEKS, M., “Intermodal transport under unimodal arrangements conflicting conventions: the UNCITRAL/CMU draft instrument and the CMR on the subject of intermodal contracts”, *Transportrecht*, 3, 2005, p. 89; LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, Carlos, “El contrato de transporte multimodal internacional de mercancías”, *Contratos Internacionales*, CALVO CARAVACA, A.L., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., Tecnos, Madrid, 1997, p. 587; MARTÍN CASTRO, M.P., *El transporte multimodal: concepto y sujetos*, EDICIP, Cádiz, 2001, p. 59; PULGAR EZQUERRA, J., “Especialidades del transporte de mercancías en contenedores”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 247, enero-marzo 2003, p. 37 y 38 y; RICHTER-HANNES, D., *Die UN-Konvention über die internationalen multimodale Güterbeförderung*, Gof-Verlag, Viena, 1982, p. 18 y ss.

En el marco el transporte terrestre (carretera o ferroviario), así como para el transporte combinado terrestre (carretera y ferroviario) durante la última década se ha extendido el uso de otra unidad de carga: las cajas móviles (*swap body* o *Wechselbehälter*)²⁵.

Este fenómeno de la pluralidad de modos, de la integración de operaciones de transporte más complejas en contratos de transporte entre cuyos rasgos resalta el empleo de dos o más modos de transporte, ha sido desde hace ya más de medio siglo, objeto de estudio en ámbito internacional y nacional.

Los intentos internacionales por regular esta nueva forma de contratar han sido innumerables²⁶, sin alcanzar hasta al momento un resultado satisfactorio. En nuestra opinión, los factores más importantes en ámbito internacional que han impedido unificar esta tipo de contrato son: las peculiaridades de los regímenes unimodales, la dificultad de revisar y abandonar los precedentes históricos legislativos a la luz de los nuevos hechos, la falta incluso de uniformidad y de modernización del derecho del transporte internacional de mercancías por mar o el posible conflicto entre las convenciones unimodales, el carácter imperativo de las mismas, y por último, pero de mayor calado en nuestra opinión, el conflicto de intereses entre los diferentes agentes involucrados en el sector y la imposibilidad hasta el momento de alcanzar un consenso aceptado por todos los directamente afectados en el transporte de mercancías sobre el régimen de responsabilidad del porteador en el marco de este contrato.

²⁵ Estas unidades de carga carecen de bastidor o armazón de metal. Frente al contenedor tienen la desventaja de no permitir su apilamiento. Vid. THUME, K-H., *Kommentar zur CMR. Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr*, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH: Heidelberg, 1995, p. 129 a 133.

²⁶ Los proyectos más importantes por establecer un régimen jurídico para el contrato de transporte combinado o multimodal pueden dividirse en dos grupos. En el primero, destaca la actividad de tres organismos internacionales: la Cámara de Comercio Internacional (ICC) con la propuesta de 1927 y 1949, del Comité Marítimo Internacional (CMI) con dos propuestas de 1937 y 1947, así como del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) con un proyecto de 1965. Esta etapa se cierra con la Conferencia de Nueva York del CMI, de 1965, cuando surgió una nueva iniciativa y se elaboraron hasta un total de 7 proyectos. De nuevo sin alcanzar éxito. El segundo grupo de proyectos fueron desarrollados principalmente por organismos internacionales de naturaleza intergubernamental. En primer lugar, la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (UNECE) redactó primero, el "Proyecto de Roma" de 1969 y finalmente, en 1970 el "Convenio sobre el transporte combinado internacional de mercancías", también conocido como TCM en su versión de Roma. Tras caer este proyecto en un saco roto, retomó esta tarea y a pesar de las reticencias expresadas por algunos Estados en noviembre de 1971 se dio por concluido el "Proyecto TCM" (también conocido, como Proyecto IMCO/UNECE). Un segundo organismo internacional la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) elaboró una serie de estudios en la materia, se constituyó un "Grupo Preparatorio Intergubernamental" desde 1973 a 1979 hasta culminar el "Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías, de 24 de mayo de 1980" (CTM) y conocido, como Convenio de Ginebra. Éste ha sido hasta la actualidad el último intento de alcanzar una disciplina jurídica para el contrato de transporte multimodal. Pero no ha entrado en vigor, al no haberse alcanzado el número de ratificaciones necesarias. Vid. CADWALLADER, F. J. J., "Uniformity in the regulation to combined transport", *Journal of Business Law*, 1974, p. 193; DE WIT, R., *Multimodal transport. Carrier liability and documentation*, op. cit., p. 152 y ss.; GANTEN, R., *Die Rechtsstellung des Unternehmers des kombinierten Verkehrs (CTO)*, op. cit., p. 17 y ss; PELLÓN RIVERO, R., "El transporte multimodal internacional de mercancías (repercusiones en el transporte aéreo)", op. cit., p. 135; RICHTER-HANNES, D., *Die UN-Konvention über die internationale multimodale Güterbeförderung*, op. cit., p. 25 y 26; SÁNCHEZ ANDRÉS, A., "El transporte combinado de mercancías", *Revista de Derecho Marítimo*, enero-junio 1975, núm. 135-136, p. 70.

Como se desprende a través de nuestra doctrina²⁷, los primeros estudios no se centraron en el hecho de emplear diferentes modos de transportes, si no en la característica de la participación de una pluralidad de porteadores. La cuestión objeto de encaje, pasaba por determinar cómo y qué clase de vínculo jurídico vincula a las partes, cuando el número de porteadores intervinientes es plural.

Posteriormente, el núcleo objeto de estudio se desplazó al análisis de la diversidad de modos de transporte²⁸. Inicialmente, no se reconocía la autonomía del contrato, pero finalmente, se ha venido imponiendo la concepción del contrato de transporte multimodal como una modalidad contractual autónoma²⁹ y por ende, un tipo contractual distinto a los contratos de transporte unimodales. Así lo ha venido reconociendo nuestra doctrina³⁰ y nuestra jurisprudencia en diferentes sentencias de nuestras Audiencias Provinciales³¹ antes de la LCTTM.

Aunque la consecución de una regulación internacional del contrato de transporte multimodal no ha sido posible, de todos los intentos por regular el transporte multimodal, sí se ha logrado la aceptación mayoritaria del concepto del “*contrato de transporte multimodal*”.

Este concepto es el resultado de hacer encajar un nueva forma de contratar servicios de transporte, caracterizada por el empleo de una pluralidad de modos de transporte que se enfrentaba al marco contractual tradicionalmente delimitado por contratos de transporte unimodales. Para ello, ha sido necesario una profunda revisión del derecho del transporte. Pero a través de esta revisión se ha venido imponiendo un concepto del contrato de transporte multimodal con la siguiente noción³²: el contrato de

²⁷ En este sentido, en España: SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “El transporte combinado de mercancías”, *op. cit.*, p. 62 y ss.; DÍAZ MORENO, A., “El transporte multimodal: obligaciones, derechos y responsabilidad”, *op. cit.*, p. 5 y; PELLÓN RIVERO, R., “El transporte multimodal internacional de mercancías (repercusiones en el transporte aéreo)”, *op. cit.*, p. 132.

²⁸ Vid. SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “El transporte combinado de mercancías”, *op. cit.*, p. 62; PELLÓN RIVERO, R., “El transporte multimodal internacional de mercancías (repercusiones en el transporte aéreo)”, *op. cit.*, p. 133.

²⁹ Vid. ARROYO MARTÍNEZ, I., “Ámbito de aplicación de la normativa uniforme: su extensión al transporte puerta a puerta”, *ADM*, vol. XVIII, 2001, p. 444, 445 y 446; GÓRRIZ LÓPEZ, C., “El contrato de transporte multimodal de mercancías: el problema normativo”, *Anuario de Derecho Marítimo*, núm. XXI, 2004, p. 188; LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., “Contratos internacionales de transporte por carretera, ferrocarril, marítimo y multimodal”, *Cursos de contratación internacional*, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2º ed., COLEX: Madrid, 2003, p. 747 y; MARTÍN CASTRO, M.P., *El transporte multimodal: concepto y sujetos*, *op. cit.*, p. 32.

³⁰ Vid. GÓRRIZ LÓPEZ, C., “El contrato de transporte multimodal de mercancías: el problema normativo”, *op. cit.*, p. 188; ARROYO MARTÍNEZ, I., “Ámbito de aplicación de la normativa uniforme: su extensión al transporte puerta a puerta”, *op. cit.*, p. 444, 445 y 446; LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., “Contratos internacionales de transporte por carretera, ferrocarril, marítimo y multimodal”, *op. cit.*, p. 747; MARTÍN CASTRO, M.P., *El transporte multimodal: concepto y sujetos*, *op. cit.*, p. 32.

³¹ SAP de Barcelona de 25 de septiembre de 2009 (JUR 2009/491719), SAP de Madrid de 10 de noviembre de 2005 (JUR 2006/1157), SAP de Madrid de 12 de abril de 2005 (JUR 2005/114691), SAP de Barcelona de 16 de abril de 2004 (JUR 2004/186078), SAP de Barcelona de 9 de septiembre de 2002 (JUR 2004/14089), SAP de Barcelona de 7 de junio de 2002 (JUR 2004/14066) y SAP de Barcelona de 19 de octubre de 2000 (JUR 2001/59109).

³² Entre la doctrina internacional la definición más ampliamente admitida hace alusión a un sujeto, porteador, que asume la promesa de realización del conjunto de la operación por varios modos de transporte: vid. DE WIT, R., *Multimodal transport. Carrier liability and documentation*, *op. cit.*, p. 3: “*A contract for the multimodal carriage of goods contains an undertaking by a carrier, who is called the multimodal transport operator, to perform carriage of goods by at least two different modes of transport*”.

transporte de mercancías en virtud el cual un porteador se compromete a efectuar el transporte empleando al menos, dos modos de transporte.

Este contrato de transporte multimodal se caracteriza por el empleo de al menos, dos modos de transporte. Esto es una pluralidad de modos de transporte. Son indiferentes los modos de transporte, mientras sean más de uno. Y a esta característica de plurimodalidad, se adicionan dos más: un único contrato y un sujeto responsable por el conjunto del transporte.

2.2. El nuevo concepto de contrato de transporte multimodal o “terrestre plus” de mercancías de la LCCTM

Los antecedentes recién enunciados son la antesala que nos servirán para desgranar a continuación los entresijos del concepto de contrato de transporte multimodal contemplado en nuestro derecho a través del LCTTM, capítulo VII (art. 67 y ss.) bajo el rótulo “*Transporte multimodal*”.

Comienza el capítulo recogiendo la definición del contrato de transporte multimodal: “*A efectos de esta Ley, se denomina multimodal el contrato de transporte celebrado por el cargador y el porteador para trasladar mercancías por más de un modo de transporte, siendo uno de ellos terrestre, con independencia del número de porteadores que intervengan en su ejecución.*” (art. 67 LCTTM).

Varias son las ideas que se desprenden de este artículo. La primera, la LCTTM acoge el término “*multimodal*”. No por el contrario, otros términos acuñados para referirse a esta misma clase de contrato. Así, inicialmente en ámbito internacional se empleó la expresión “*contrato de transporte combinado*”³³, tanto por la doctrina³⁴,

from the place where the goods are taken in charge to a place designated for delivery” y; JERMAN B., “The role of maritime transport in conventions on multimodal transport”, *op. cit.*, p. 587: “*multimodal transport is the performed using at least two different modes of transport and includes carriers who accept the responsibility for the whole carriage, from the moment the goods are taken from the consignor until the moment they are delivered to the consignee*”.

Entre la doctrina nacional vid. entre otros: ARROYO MARTÍNEZ, I., “Ámbito de aplicación de la normativa uniforme: su extensión al transporte puerta a puerta”, *op. cit.*, p. 444, 445 y 446; GÓRRIZ LÓPEZ, C., “El contrato de transporte multimodal de mercancías: el problema normativo”, *op. cit.*, p. 188; LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., “Contratos internacionales de transporte por carretera, ferrocarril, marítimo y multimodal”, *op. cit.*, p. 747 y; MARTÍN CASTRO, M.P., *El transporte multimodal: concepto y sujetos*, *op. cit.*, p. 32.

³³ En España, la expresión “*transporte combinado*” ha detentado otro significado. Empleado en dos ocasiones: en el ex art. 373 C. de C (“*pactos o servicios combinados*”) y en el art. 110 Ley de Navegación Aérea (LNA). El primero de los artículos el ex art. 373 C. de c., hoy derogado, relativo al contrato de transporte terrestre y el segundo, el art. 110 LNA, relativo al transporte aéreo, regulan no supuestos idénticos al concepto hoy ampliamente aceptado como combinado o multimodal, sino por el contrario supuestos de pluralidad porteadores, que intervienen en una misma operación de transporte asumiendo una responsabilidad por el conjunto de transporte. Por tanto, la expresión “*transporte combinado*” hace alusión a la pluralidad subjetiva de porteadores intervinientes. Por el contrario, la pluralidad de modos de transporte no es característica esencial del contrato. Es lógico, por ello, que tanto entre nuestra doctrina, como jurisprudencia y en último lugar, con la LCTTM se haya impuesto el término “*multimodal*”.

³⁴ Vid. entre otros: CLARKE, M., “Harmonization of the regulation of carriage of goods in Europe”, *Transportrecht*, vol. 25, núm. 11-12, 2002, p. 430; SCHMITTHOFF, C.M., “The development of the combined transport document”, *Il Diritto Maritimo*, 1972 (II-III), p. 312 y ss. y; SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “El transporte combinado de mercancías”, *op. cit.*, p. 49 y ss.

como en los primeros documentos empleados para este tipo de contrato³⁵, así como en los primeros proyectos de instrumentos internacionales redactados³⁶. Esta expresión se emplea todavía hoy en el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929³⁷ (art. 31), así como en el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999³⁸ (título del capítulo IV y en su art. 38). Sin embargo, su utilización empezó a verse desplazada por el término “*multimodal*”, con motivo del último convenio internacional elaborado para regular este tipo de contrato: el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías, de 24 de mayo de 1980 (también conocido, como Convención de Ginebra). Este convenio no ha entrado en vigor a falta de ratificaciones suficientes, y no es de esperar que lo haga.

En segundo lugar, el contrato de transporte multimodal se caracteriza como vimos por tres elementos: 1. Media un único contrato, el multimodal; 2. Asume la obligación por el conjunto del transporte un sujeto el porteador (contractual) y; 3. El transporte de mercancías se realiza empleando más de un modo de transporte.

A primera vista, se alinea esta definición con el concepto hoy ampliamente aceptado. Sin embargo, la tipificación del nuevo contrato de transporte terrestre de mercancías (ya sea por carretera o ferroviario) afecta directamente al concepto de contrato de transporte multimodal. Así se desprende del propio texto del art. 67, cuando al hacer alusión al traslado de mercancías “*por más de un modo de transporte*”, añade “*siendo uno de ellos terrestre*”.

Así el “*terrestre*” es considerado por el legislador como un único “*modo de transporte*”. Y en consecuencia, sólo media un contrato de transporte multimodal, si el

³⁵ Se ha elaborado y empleado en la práctica tanto Reglas como documentos de transporte. Entre las Reglas las primeras fueron “Recomendaciones relativas a un Documento de Transporte Combinado”, redactadas tras cinco días de deliberaciones durante el Seminario Internacional sobre Transporte Combinado celebrado en mayo de 1972. La ICC difundiría posteriormente, en 1973, “Las Reglas uniformes para un documento de transporte combinado” (“*Uniform Rules for a Combined Transport Document*”). Por último, la UNCTAD aprobó las “Reglas de UNCTAD/ICC relativas a los Documentos de Transporte Multimodal”, que entraron en vigor el 1 de enero de 1992.

Entre los documentos formulados para documentar las operaciones multimodales se elaboraron el “FIATA Combined Transport Bill of Lading” de 1970 y el COMBICONBILL de 1972 de Consejo Marítimo Internacional y del Báltico –o, BIMCO- (revisado en 1995).

A raíz de “Las Reglas uniformes para un documento combinado” de la ICC de 1973, tanto la Federación Internacional de Transitarios y Asimilados (FIATA) por un lado, como BIMCO con la Asociación Internacional de Armadores (International Shipowners’ Association, o, INSA) por otro, han elaborado nuevos documentos adaptados a estas Reglas, concretamente, la FBL o Combined Transport Bill of Lading (última versión de 1987) y COMBIDOC de 1977, respectivamente.

A su vez con motivo de “las Reglas de la UNCTAD/ICC relativas a los Documentos de Transporte Multimodal” de 1992, la FIATA elaboró un nuevo documento la “FIATA Multimodal Bill of Lading” del mismo año. BIMCO por su parte, redactó un nuevo documento MULTIDOC de 1995. Este sin embargo, no sustituye a sus antecesores de 1987 y 1977.

³⁶ Todos los proyectos desarrollados con la salvedad del último: Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías, de 24 de mayo de 1980.

³⁷ Conocido como Convenio de Varsovia o CV

³⁸ Conocido como Convenio de Montreal o CM.

transporte implica un tramo por carretera o/y ferroviario con uno marítimo, aéreo y/o por vía de navegación interna³⁹.

El efecto que trae consigo es claro, según la LCTTM un contrato de transporte con un tramo por carretera y al menos, otro tramo ferroviario, no puede ser calificado, ni englobado bajo el concepto del contrato de transporte multimodal conforme al art. 67. En su lugar, este contrato debe ser calificado como un contrato de transporte terrestre.

Esto significa por ej. que lo que sería un contrato de transporte multimodal en ámbito internacional -un contrato de transporte con un tramo por carretera y un tramo ferroviario- es un contrato de transporte terrestre (y no multimodal) en España⁴⁰.

Pero además el concepto de transporte multimodal de la LCTTM, recogido en el art. 67, está condicionado a que al menos, uno de los modos sea el terrestre, es decir, si el contrato de transporte prevé un tramo marítimo y uno aéreo, no es contrato de transporte multimodal a los efectos de la LCTTM.

La LCTTM adopta así un criterio “*unimodal plus*”, y en particular, un criterio “*terrestre plus*” o “*más que terrestre*”. En su virtud será contrato de transporte multimodal conforme a la LCTTM siempre que se utilice el modo terrestre y a éste se adicione otro modo de transporte: aéreo, marítimo o fluvial.

No regula por tanto cualquier clase de contrato de transporte multimodal, con independencia de los modos de transporte implicados, sino que por el contrario es requisito imprescindible que uno de sus tramos sea terrestre. Se diferencia por tanto en este punto del concepto de contrato de transporte multimodal que se caracteriza por el empleo de al menos, dos modos de transporte y por tanto, siendo indiferentes los modos de transporte implicados. Se viene así así a parcelar la multimodalidad, al regular no

³⁹ Conforme disposición adicional primera, mientras no se regule el “*contrato de transporte fluvial de mercancías*” a través de una ley especial, este contrato queda sometido a la LCTTM. Esto significa, que mientras no resulte aplicable una normativa específica al contrato de transporte fluvial, en caso de mediar un contrato de transporte multimodal con un tramo por ej. por carretera y otro por vías de navegación interna será de aplicación en cualquier caso la LCTTM. No por ello, deja de ser un contrato de transporte multimodal a los ojos del legislador, sino que a falta de regulación específica se estará a lo dispuesto, en los arts. 46 y ss (capítulo V, Responsabilidad del porteador). Así se desprende como consecuencia de lo previsto en el art. 68 LCTTM sobre el régimen jurídico para el contrato de transporte multimodal.

Para DÍAZ MORENO, A., “El transporte multimodal en la Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías”, *op. cit.*, p. 325, sin embargo, un contrato de transporte multimodal con un tramo por carretera o ferroviario y otro tramo por vías de navegación interna, no sería multimodal.

En nuestra opinión, el hecho de que en la práctica quede sometido al régimen de la LCCTM, no significa por eso que conceptualmente deje de ser un supuesto de transporte multimodal. De hecho, y aunque no sea de esperar, si se aprobara una ley especial para el transporte por vías de navegación interna en España, quedaría sin efecto la disposición adicional primera de la LCTTM y habría que estar a esa ley especial, tanto si se celebra un contrato de transporte por vías de navegación interna, como si lo que media es un contrato de transporte multimodal con un tramo terrestre y otro por vías de navegación interna, en el que pueda localizarse el daño.

⁴⁰ No coincidimos con DÍAZ MORENO, A., “El transporte multimodal en la Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías”, *op. cit.*, p. 326, cuando afirma que un contrato de transporte con un tramo ferroviario y otro por carretera, sí sería multimodal conforme a la LCTTM. En nuestra opinión, atendiendo a la definición de contrato de transporte multimodal recogida en el art. 67 de la LCTTM, y especialmente, cuando expresamente dice: “*A efectos de esta Ley, se denomina multimodal el contrato de transporte celebrado por el cargador y el porteador para trasladar mercancías por más de un modo de transporte, siendo uno de ellos terrestre*”. Si el legislador requiere, que al menos uno de los modos de transporte sea “*terrestre*”, el otro modo de transporte tendrá que ser distinto al “*terrestre*”. Por ende, no puede ser multimodal conforme a la LCTTM el contrato con un tramo ferroviario y otro carretera, dado que ambos tramos son terrestres.

toda combinación posible de modos de transporte, sino sólo la combinación plurimodal “terrestre plus”. En definitiva, estamos ante un subtipo de transporte multimodal, aquél que se caracteriza por su rasgo “terrestre plus”.

2.3. El concepto de “modo de transporte” de la LCTTM

La regulación del nuevo tipo de contrato de transporte terrestre de mercancías en conjunción con la regulación del contrato de transporte multimodal (art. 67 y ss. LCTTM) o “terrestre plus” adicionalmente, tiene efecto en el concepto de modo de transporte.

En este punto, y a la luz de la definición contenida en el art. 67 LCTTM, nuestro legislador parece adoptar un concepto de modo de transporte conforme a su acepción jurídica⁴¹, según el cual hay tantos modos de transporte como regímenes jurídicos los regulen.

A la contra, parece rechazar la concepción fáctica⁴². En su virtud, los modos de transporte se distinguen por particularidades y especialidades técnicas. Estas particularidades técnicas son: el “vehículo” como instrumento utilizado para la realización del transporte (camión, locomotora, buque, aeronave) y el “medio”⁴³ como

⁴¹ A favor de un criterio jurídico del término “modo” y del empleo de los términos “medio” y “modo” indistintamente: DÍAZ MORENO, A., “El transporte multimodal: obligaciones, derechos y responsabilidades”, *op. cit.*, p. 50; PELLÓN RIVERO, R., “El transporte multimodal internacional de mercancías (repercusiones en el transporte aéreo)”, *op. cit.*, p. 133 y 134 y; SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “El transporte combinado de mercancías”, *op. cit.*, p. 62 y 63.

⁴² En este sentido, para MARTÍN CASTRO, M.P., *El transporte multimodal: concepto y sujetos*, *op. cit.*, p. 41 y ss., existen tanto modos como sistemas de transportes dotados de características especiales y especialidades técnicas. Entre la doctrina internacional refleja semejante parecer DE WIT, R., *Multimodal transport. Carrier liability and documentation*, *op. cit.*, p. 171. También en términos semejantes vid. GÓRRIZ LÓPEZ, C., “El contrato de transporte multimodal de mercancías: el problema normativo”, *op. cit.*, p. 193. No obstante, este mismo autor GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal)*, *op. cit.*, p. 33, cuando señala, que la responsabilidad del porteador se divide a razón de los diferentes modos, engloba bajo la expresión modo de transporte terrestre: dos instrumentos internacionales -COTIF y CMR- relativos al transporte ferroviario y por carretera, respectivamente.

⁴³ En nuestra opinión, conforme a la concepción fáctica la expresión “medio de transporte” no puede confundirse con el “modo de transporte”. Para nosotros, la expresión “medio de transporte” queda relegada exclusivamente como referencia a la vía y medio físico por el que discurre el transporte (medio terrestre, aéreo, marítimo).

Sin embargo, entre nuestra doctrina los términos medio y modo de transporte se confunden generando las más dispares conjugaciones de modos y medios de transporte. Así, ARROYO MARTÍNEZ, I., “Ámbito de aplicación de la normativa uniforme: su extensión al transporte puerta a puerta”, *op. cit.*, p. 430 y 431 distingue por un lado, el agua y el aire como dos modos distintos, por otro lado, la vía terrestre se dividiría a su vez en dos modos de transporte: la carretera y el ferrocarril. De esta confusión de las vías y medios se elimina por ej. el transporte por vías de navegación interna como modo de transporte, que estaría incluido dentro del modo de transporte que discurre por mar. Utiliza indistintamente los términos modo y medio, entre otros autores también: CLAVERO TERNERO, M., “Las Reglas de Rotterdam: apunte sobre el ámbito de aplicación y las relaciones con otros convenios de transporte internacional de mercancías”, en VV.AA., *Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 235 y ss.; GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal)*, *op. cit.*, a lo largo del trabajo, por ej. en la p. 77 y ss. y; LÓPEZ RUEDA, F.C., “La consecución de un régimen uniforme para el transporte multimodal internacional: Problemas y

el entorno físico por el que discurre el transporte y se desplaza el vehículo: aire, agua y tierra⁴⁴.

Bajo esta concepción fáctica los modos de transporte son: el transporte por carretera, el transporte ferroviario, el transporte marítimo, el transporte por vías de navegación interna y el transporte aéreo⁴⁵. No se hace depender la existencia de los modos de transporte de su regulación jurídica, como sí sucede con la acepción jurídica.

Es por este motivo, que en nuestra opinión la concepción jurídica debe ser rechazada, pues la identificación de los “*modos de transporte*” se supedita a lo establecido en cada momento por el legislador, pudiendo variar además de Estado a Estado⁴⁶. Añadido este rasgo a la transcendencia internacional propia del sector del transporte de mercancías, lejos de ofrecer claridad, enturbia la tan ansiada certidumbre y previsibilidad legal⁴⁷, máxime cuando se observa que la noción de “*modo de transporte*” afecta al concepto de “*contrato de transporte multimodal*”.

Sin embargo, el concepto de “*modo de transporte*” que parece recoger nuestro legislador en la definición del contrato de transporte multimodal del art. 67 LCTTM, queda ensombrecido a la vista de lo dispuesto en el art. 70 LCTTM.

El art. 70 LCTTM contempla de manera separada el “*contrato de transporte con superposición de modos*”: una copia mejorada del art. 2 CMR.

Este contrato de transporte con superposición⁴⁸ se caracteriza en términos generales, por ser un transporte en el que se emplea un vehículo de carretera cargado de mercancías, que en parte se desarrolla por carretera y en parte se superpone sobre otro modo de transporte. Comúnmente, el trayecto por carretera se realiza en la fases iniciales y/o finales, mientras que la superposición física del vehículo de transporte por carretera se efectúa en la fase intermedia del conjunto del transporte.

De esta descripción amplia puede entreverse sus tres rasgos esenciales: la “*falta de ruptura de la (unidad de) carga*”, la “*superposición física del vehículo de carretera*

soluciones”, *I Congreso Internacional de Transporte, Los retos del transporte en el siglo XXI*, Tirant Lo Blanch, Valencia, tomo I, 2004, p. 743.

⁴⁴ También se pueden emplear en este punto las expresiones: medio aéreo, medio marítimo y medio terrestre.

⁴⁵ Los modos de transporte por carretera y por ferrocarril comparten igual medio o vía (tierra), pero emplean vehículos diferentes (camión y locomotora); el transporte marítimo y por vías de navegación interna comparten el mismo o parecido vehículo (buque, o variantes), pero circulan por diferentes medios o vías: mar y río. El transporte aéreo emplea un vehículo la aeronave y se desplaza por otro medio: el aire.

⁴⁶ El derecho o la sanción legal de un modo de transporte, es actividad a *posteriori*, que en el caso del transporte queda supeditada a la importancia económica de su regulación. De ahí, que para algunos países la regulación del transporte por vías de navegación interna carece de importancia, mientras que para otros sucede lo contrario.

⁴⁷ Por ej. hasta la aprobación del Convenio de Budapest relativo al contrato de transporte de mercancías por aguas de navegación interiores, de 3 de octubre de 2000 (o CMNI) el modo de transporte por vías de navegación carecía de una normativa internacional. Por ello, hasta entonces bajo la acepción jurídica no podría ser considerado como un modo de transporte.

⁴⁸ En francés se emplea la expresión “*le transport superposé*” -vid. PUTZEYS, J., “Le droit superposé ou les paradoxes de l’article 2 C.M.R”, *ETL*, v. XXV, núm.2, 1990, p. 107 a 109- ; en italiano, “*trasporti misti o sovrapposti*” -vid. ROSELLO, C. “Tre questioni in tema di CMR: i presupposti di applicabilità della Convenzione; il regime dei trasporti misti o "sovrapposti"; la distribuzione dell’onere della prova relativa alla responsabilità del vettore”, *DM*, 54, 2002, p. 568 y ss-. En España en la última década se ha impuesto la expresión “*transporte de superposición*”. También se ha empleado la expresión transporte de “*carga rodada*”, si bien en un marco principalmente más comercial.

sobre otro vehículo de transporte”, y en consecuencia, la “pluralidad de modos de transporte” empleados en la ejecución del traslado de las mercancías, de entre los cuales al menos, uno es la carretera.

Calificado como contrato de transporte multimodal, aunque en nuestra opinión también pueda hablarse de un contrato de transporte de “carretera rodada plus”, implica un primer modo, que es la carretera y no el “modo de transporte terrestre”. De hecho, el “contrato de transporte con superposición de modos”, como reza el propio título del art. 70 LCTTM frecuentemente se desarrolla en dos modalidades: una primera, en combinación con el modo de transporte marítimo; en una segunda, en combinación con el modo de transporte ferroviario.

Así cuando el citado artículo dice: “durante su ejecución el vehículo de transporte por carretera, el remolque o el semirremolque sean transportados por un modo distinto, siempre que las mercancías no hayan sido transbordadas”, sin duda alguna ese u otro “modo distinto” es el ferroviario.

Emplea por tanto, el legislador español en el art. 70 LCTTM un concepto de “modo de transporte” distinto al previsto en el art. 67 LCTTM cuando regula el concepto del contrato de transporte multimodal⁴⁹.

En la práctica, este art. 70 LCTTM no tendrá efecto, cuando el vehículo de carretera se superponga sobre el vagón ferroviario para los transporte nacionales, dado que el régimen jurídico, tanto para la carretera, como para el ferroviario está unificado en la LCTTM.

Sólo tendrá por tanto, efecto para la segunda modalidad: cuando el vehículo por carretera se superponga sobre el buque. En este caso, se aplicará el régimen de responsabilidad de red del art. 70, en lugar de la regulación dispuesta en el art. 68 para el contrato de transporte multimodal a los efectos de la LCTTM o “terrestre plus” (o “más que terrestre”).

La discusión de la noción de “modo de transporte” pudiera parecer baladí y es cierto, que en ámbito puramente nacional no parece tener al menos de momento, consecuencias prácticas, sino sólo teóricas. Sin embargo, no creemos que deba olvidarse, que la noción de modo de transporte influye directamente al concepto de contrato de transporte multimodal. El rasgo de internacional de este sector y la unificación del contrato de transporte multimodal en ámbito internacional no debiera verse oscurecida por los derechos nacionales. No olvidemos, que conforme a la definición de transporte multimodal del art. 67 LCTTM en España un contrato de transporte con un tramo por carretera y otro ferroviario, ya no se caracteriza por el empleo de una pluralidad de modos y por tanto, no se puede calificar como contrato de transporte multimodal. Esta cuestión se resolvería, si el legislador hubiera acogido la

⁴⁹ Quizás por este motivo, DÍAZ MORENO, A., “El transporte multimodal en la Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías”, *RDT*, núm. 6, 2010, p. 325, considera, que el legislador en la LCTTM no ha querido definir expresamente la expresión “modo de transporte”. De este manera, intenta no adoptar una elección entre el concepto de modo de transporte en su acepción fáctica o jurídica. En opinión del autor, del conjunto de disposiciones se desprende, que el legislador ha optado por adoptar ambas.

concepción fáctica de “*modo de transporte*” de una manera clara y rotunda al definir el contrato de transporte multimodal en el art. 67 LCTTM.

LOS CONTRATOS PARA LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS.

ALTEA ASENSI MERÁS*

Resumen

Los contratos para las comunicaciones electrónicas se caracterizan porque los servicios objeto del contrato no consisten en una actuación personal de quien presta los servicios, sino que se trata de servicios que se proporcionan por medios tecnológicos adecuados. El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado el pasado 30 de mayo de 2014 por el Consejo de Ministros incorpora el régimen jurídico aplicable a los contratos para las comunicaciones electrónicas y efectúa una regulación completa de las modalidades relativas al contrato de servicio de comunicación electrónica, al contrato de alojamiento de datos y a los acuerdos para llevar a cabo la copia de datos o información.

Contenido

1. Introducción. – 2. Régimen jurídico de los contratos para las comunicaciones electrónicas. – 3. El contrato de servicio de comunicación electrónica. – 3.1. Noción del contrato de servicio de comunicación electrónica. – 3.2. Obligaciones de las partes. – 3.3. Supuestos de incumplimiento y régimen de responsabilidad. – 4. El contrato de alojamiento de datos. – 4.1. Concepto del contrato de alojamiento de datos. – 4.2. Obligaciones de las partes. – 5. Acuerdos para la copia de datos o información. – 6. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

La implantación de la tecnología de la información y la comunicación ha propiciado el nacimiento de una nueva modalidad de contratación, la contratación electrónica, que se diferencia de los contratos tradicionales por el hecho de que introduce el uso de procedimientos electrónicos en las diferentes fases del proceso de celebración de un contrato¹. La libertad de iniciativa económica y el principio espiritualista que se aplica a la perfección de los contratos mercantiles y los principios inspiradores de la contratación entre ausentes han venido constituyendo la base sobre la que se ha venido practicando la denominada contratación mercantil entre ausentes por medios electrónicos².

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Mercantil de la Universidad de Alicante

¹ FERNANDEZ FERNÁNDEZ, R., *El contrato electrónico. Formación y cumplimiento*, Bosch Editor, 2013, p. 40.

² ILLESCAS ORTIZ, R; *Derecho de la contratación electrónica*, 2ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 207.

La categoría de los contratos electrónicos, entendida como la integrada por los contratos celebrados por medios electrónicos, no constituye una realidad específica de Internet, que es sólo uno de los medios de comunicación empleados para la formación de contratos de tal categoría. No obstante, la expansión de la contratación en Internet ha ido unida a la utilización de la contratación electrónica, que presupone la transmisión inmaterial a través de redes informáticas de declaraciones negociales con respecto a los más variadas modalidades contractuales, tanto relativas a prestaciones susceptibles de ser ejecutadas por medios electrónicos, como a bienes corporales cuya entrega física es necesaria para el cumplimiento del contrato³.

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado el pasado 30 de mayo de 2014 por el Consejo de Ministros incorpora una nueva regulación aplicable a los denominados “contratos para las comunicaciones electrónicas” (arts. 532-1 a 532-14 PCM) como una categoría de prestación de servicios especiales frente a la categoría general correspondiente a los contratos de prestación de servicios mercantiles. Bajo esta denominación el anteproyecto se refiere al régimen jurídico aplicable a los mismos y efectúa una regulación completa del contrato de servicio de comunicación electrónica y del contrato de alojamiento de datos. Por último, se refiere a los acuerdos para la copia temporal de datos o información en el ámbito del contrato de comunicaciones electrónicas o del alojamiento de datos.

La regulación de los contratos para las comunicaciones electrónicas contenida en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil supone una novedad, ya que estas modalidades contractuales consideradas atípicas carecen, hasta el momento, de una regulación jurídica especial en nuestro sistema jurídico, salvo en lo relativo a determinados aspectos básicos de la eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica y al régimen de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información establecido en la Ley 34/2002 de Servicios de la sociedad de la información, por medio de la cual se incorporó la legislación española la Directiva 2000/31/CE de Comercio electrónico.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS PARA LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

Los conflictos de intereses típicos de la expansión de la contratación electrónica han ido unidos a una particular necesidad de adaptación del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que se trate de un medio de emisión de declaraciones de voluntad negociales que no impide la aplicación del Derecho privado preexistente. Por tratarse ante todo de la utilización de medios técnicos electrónicos para la emisión de declaraciones de voluntad en la formación de contratos, la admisibilidad de la contratación electrónica en nuestro ordenamiento jurídico deriva de con carácter general de la aplicación del principio de

³ MIGUEL ASENSIO, P.A.; *Derecho privado de Internet*, 4ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 801.

autonomía de la libertad reconocido a los contratantes para formaliza y configurar sus relaciones jurídicas.

En este sentido, cabe afirmar la aplicación a los contratos electrónicos de las disposiciones generales sobre obligaciones contractuales o relativas al tipo contractual que se trate⁴, si bien su funcionamiento en determinados sectores de la actividad económica puede estar sometido a controles públicos. No obstante, la aplicabilidad a la contratación electrónica de las reglas generales del Derecho privado preexistente no resulta suficiente para garantizar la seguridad jurídica y dificulta que el medio electrónico proporcione a los usuarios contratantes la confianza necesaria en sus relaciones por la falta de garantías sobre ciertos elementos relativos a la identidad de las partes contractuales o la prueba de la identidad del contenido del contrato.

El marco general regulador de la contratación electrónica en la normativa comunitaria se halla contenido en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior⁵. La intervención normativa comunitaria en el ámbito de la contratación electrónica responde a la necesidad de tratar de eliminar los obstáculos para el desarrollo del comercio electrónico a escala comunitaria y favorecer la contratación electrónica que, dada su expansión, aumenta las posibilidades de los operadores económicos de comercializar sus productos y servicios en el mercado interior⁶.

La Directiva 2000/31/CE de Comercio electrónico se centra en la regulación de los requisitos que deben cumplir los prestadores de servicios de la sociedad de la información. La regulación específica de los contratos celebrados por vía electrónica se limita a imponer a los Estados miembros la obligatoriedad de velar porque su legislación permita la contratación electrónica, impone determinados requisitos de información que deben cumplir los prestadores de servicios en relación con determinados contratos electrónicos y establece algunos requisitos que deben cumplirse en relación con los contratos destinados a la realización de pedidos por vía electrónica. Con el objetivo de transponer la normativa comunitaria, el legislador español aprobó la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico⁷ cuyo Título IV (arts. 23 a 29 LSSI) se dedican a la contratación por vía electrónica. Por medio de esta regulación se regulan los aspectos básicos de la eficacia de los contratos electrónicos y ciertas obligaciones previas a la contratación y de información posterior a la celebración del contrato. Asimismo, la LSSI incluye la

⁴ ILLESCAS ORTIZ, R., “Derecho de la contratación...”, *op. cit.*, p. 479-54.

⁵ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (*Diario Oficial n° L 178 de 17/07/2000 p. 0001 – 0016*)

⁶ MIGUEL ASENSIO, P.A., “Derecho privado...”, *op. cit.*, p. 815.

⁷ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002)

regulación de algunos aspectos adicionales relativos a la forma y la prueba de los contratos electrónicos, la intervención de terceros de confianza, la determinación de la ley aplicable y el lugar de celebración del contrato.

El resto de normas específicas reguladoras de la contratación electrónica en la legislación española tienen su origen, asimismo, en la armonización de la normativa comunitaria. El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias que regula las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores (arts. 80 a 91 LGDCU) y los contratos celebrados a distancia (arts. 92 a 106 LGDCU), incorporando en lo esencial el régimen contenido en la Directiva 97/7/CE⁸. Asimismo, la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores (LCDSF) incorpora al Derecho español la Directiva 2002/65/CE sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores⁹.

El Título III del Libro quinto del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado el pasado 30 de mayo de 2014 por el Consejo de Ministros, en adelante ACM, se refiere a la regulación “De los contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales” (arts. 531-1 a 536-8 ACM). Bajo esta denominación el anteproyecto incorpora seis capítulos en los que se regulan los contratos de prestación de servicios mercantiles en general, los contratos para las comunicaciones electrónicas, los contratos publicitarios, el contrato de admisión a subasta pública, el contrato de cesión de bienes inmateriales y el contrato de licencia de bienes inmateriales.

El artículo 532-1 del ACM se refiere dentro de sección primera relativa a las disposiciones aplicables a los contratos para las comunicaciones electrónicas. Respecto del régimen jurídico aplicable a los contratos para las comunicaciones electrónicas se dispone que los contratos que se incluyen en esta categoría “son siempre mercantiles”.

La mercantilidad del contrato se determina, tanto desde el punto de vista objetivo como desde el punto de vista subjetivo. Desde un punto de vista objetivo, el contrato para las comunicaciones electrónicas es mercantil, ya que el objeto de estas modalidades contractuales consiste en la prestación de un servicio mercantil por medios electrónicos.

Desde un punto de vista subjetivo el contrato para las comunicaciones electrónicas es mercantil, ya que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 531-1 de la ACM; se exige que el prestador de servicios tenga la condición de empresario, esto es, de persona física o jurídica que ejerza profesionalmente y en nombre propio una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado. En este sentido, el prestador de servicios de comunicaciones electrónicas tendrá la condición de empresario, ya se persona física o jurídica, y

⁸ MIGUEL ASENSIO, P.A., “Derecho privado...”, *op. cit.*, p. 818.

⁹ ILLESCAS ORTIZ, R; “La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores y la dogmática contractual electrónica”, *RCE*, nº 84, 2007, VLEX-453482, pp.1-15.

realizará una actividad consistente en la prestación de servicios de comunicaciones por medios electrónicos.

3. EL CONTRATO DE SERVICIO DE COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA

3.1. Noción del contrato de servicio de comunicación electrónica

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado el pasado 30 de mayo de 2014 por el Consejo de Ministros incorpora una regulación detallada del contrato de servicio de comunicación electrónica (arts. 532-2 a 532-11 ACM). Esta regulación se refiere a la noción del contrato, a las obligaciones que le corresponden realizar al prestador del servicio y al cliente del servicio y a los supuestos específicos de incumplimiento y de responsabilidad de las partes contractuales.

El artículo 532-2 del ACM establece el concepto del contrato de servicios de comunicaciones electrónicas al que define como aquél por el que el prestador de servicios de comunicaciones electrónicas, a cambio de una remuneración “se obliga frente al cliente a suministrarle el acceso a la red pública de comunicaciones electrónicas para la transmisión de datos o información”. La prestación de servicios que define la esencia de esta modalidad contractual consiste en la utilización por el operador de la interconexión de las redes públicas de comunicaciones para que sus usuarios puedan comunicarse con otros usuarios o acceder a los servicios prestados por otro operador.

La conexión a Internet, desde el punto de vista técnico, hace referencia a una realidad física que permite la conexión de la red privada del usuario a través de un conjunto de estándares y procesos a la red del operador y, a través de ésta, al conjunto de redes que integran Internet. De esta forma, el concepto del contrato de servicios de comunicaciones electrónicas podría englobar dentro de su ámbito de aplicación al contrato de conexión a Internet que, pese a ser una modalidad contractual atípica, ha sido definido como aquel en el que el operador de servicios de comunicaciones electrónicas pone a disposición de los usuarios de dicho servicio la capacidad potencial para acceder, a través de la plataforma proporcionada por el operador, a los servicios y recursos ubicados fuera de los márgenes de la misma¹⁰.

Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGtel) define la interconexión a Internet como “la conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por un mismo operados o por otro distinto, de manera que los usuarios de un operador puedan comunicarse con los usuarios del mismo operados o de otro distinto, o acceder a los servicios prestados por otro operador. Los servicios podrán ser prestados por las partes interesadas o por terceros que tengan acceso a la red. La

¹⁰ YANGUAS GÓMEZ, R; *Contratos de conexión a Internet, “hosting” y búsqueda. Servicios de intermediación en red con consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 165.

interconexión constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas”¹¹.

El elemento esencial de la definición de interconexión contenida en la LGtel reside en la posibilidad de que a un operador se le permita conectar físicamente sus medios e infraestructuras al correspondiente punto de interconexión ajeno para, sirviéndose del mismo, posibilitar el tránsito de la información del operador más allá de las fronteras de su propia red¹². Dicho concepto resulta, asimismo, apropiado para definir el contrato de conexión a Internet ya que la obligación esencial de éste coincide con la finalidad de dicha modalidad contractual consistente en permitir que los usuarios del mismo operador o de otro distinto puedan acceder a los servicios prestados por otro operador.

3.2. Obligaciones de las partes

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado 30 de mayo de 2014 se refiere al contenido aplicable al contrato de servicio de comunicación electrónica y detalla las principales obligaciones que le corresponden a las partes contractuales: al prestador de servicios de comunicaciones electrónicas y al destinatario o cliente de dichos servicios.

Respecto a las obligaciones que le corresponde realizar al prestador de servicios de comunicaciones electrónicas, el artículo 532-3 del ACM establece, en primer lugar, que el prestador estará obligado “a proporcionar el acceso a la red pública de comunicaciones electrónicas para la transmisión de datos o información, en las condiciones de continuidad, regularidad, velocidad, volumen y seguridad previstas en el contrato, y en lo no previsto, en las condiciones y bajo los usos y los estándares observados en la prestación de servicios idénticos o análogos, así como en los contemplados en los códigos de conducta o instrumentos análogos publicados o adheridos por el prestador”.

Respecto al objeto de la prestación del servicio de comunicaciones electrónica, conviene recordar, que la Directiva 2002/22/CE define el concepto de acceso funcional a Internet como aquel en el que la conexión proporcionada deber permitir a los usuarios finales “efectuar transmisiones de datos a velocidades suficientes para acceder de forma funcional a Internet, teniendo en cuenta las tecnologías dominantes utilizadas por la mayoría de los abonados y la viabilidad tecnológica”¹³. En este sentido, la obligación se configura como estándar mínimo de calidad que el prestador deberá alcanzar en todo momento, asumiendo el operador, en caso de no hacerlo, las consecuencias administrativas y civiles derivadas del cumplimiento defectuoso de la obligación.

Con la introducción del concepto de “acceso funcional” no se hace referencia a los medios que hacen posible la conexión en sí, sino a que la conexión debe cumplir con unos parámetros de calidad determinados. La obligación de servicio universal requiere

¹¹ Apartado 14 Anexo II LGtel

¹² YANGUAS GÓMEZ, R., “Contratos de conexión a Internet, “hosting...”, *op. cit.*, p. 145.

¹³ art. 4 Directiva 2002/22/CE)

que la transmisión de datos efectuada a través de la correspondiente conexión sea suficiente para satisfacer de manera adecuada las exigencias técnicas que la prestación de determinados servicios facilitados a través de la red requiere. Dichas exigencias pueden derivarse tanto de la velocidad de conexión como de la capacidad de la misma.

Desde un punto de vista técnico, para acceder de manera funcional a determinados servicios, la conexión deberá alcanzar determinados niveles de calidad. A pesar de que resulta difícil determinar cuáles de estos servicios aspira concretamente a acceder el usuario, el criterio utilizado para concretar dicha indeterminación proviene del valor global del nivel de calidad ofertado que corresponde a cada una de las “tecnologías y modalidades de servicio relevantes de conexión a internet”¹⁴.

Cada prestador de servicios de conexión a Internet contará con un catálogo de ofertas de conexión, a cada una de las cuales le corresponde un nivel de calidad distinto y determinado, e forma que sólo las modalidades de mayor calidad permitirán un acceso funcional a los servicios técnicamente más exigentes. En este sentido, la Orden de Calidad¹⁵ en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas dispone que ciertos operadores “deberán tener disponible para su publicación la información que se especifica a continuación: a) nivel de calidad de servicio ofertado y b) nivel de calidad de servicio conseguido”¹⁶.

Además del valor global del nivel de calidad, el legislador introduce un nuevo concepto conocido como “compromiso de calidad” que determina el objeto del contrato porque determina el nivel individual de calidad del servicio. En este sentido, la Carta de Derechos del Usuario de los Servicios de Comunicaciones Electrónicas¹⁷ y la Orden de Calidad incorporan la obligación de incluir, dentro del contenido mínimo de los contratos de comunicaciones electrónicas “los niveles individuales de calidad del servicio así como las indemnizaciones asociadas al cumplimiento de los compromisos de calidad y si éstas se ofrecen de forma automática por el operador o previa petición del usuario final”¹⁸.

En segundo lugar, se señala expresamente que el prestador de servicios de comunicaciones electrónicas, estará obligado a “mantener el secreto de las comunicaciones”. De hecho, el incumplimiento de dicha obligación por parte del prestador de servicios de comunicaciones electrónicas podría suponer una vulneración de las obligaciones contractualmente adquiridas por el prestador del servicio o derivadas del valor global de calidad, siempre que logre acreditarse tanto el daño causado como la relación de causalidad.

El cumplimiento de la obligación relativa del mantenimiento del secreto de las comunicaciones también resulta de aplicación, en el ámbito extracontractual, ya que para que opere la cláusula de exoneración de responsabilidad prevista en el artículo 14

¹⁴ YANGUAS GÓMEZ, R., “Contratos de conexión a Internet, “hosting”...”, *op.cit.*, p. 167.

¹⁵ Orden ITC/912/2006, de 29 de marzo, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad del servicio en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas

¹⁶ Art. 4 Orden ITC/912/2006

¹⁷ Carta de Derechos del Usuario de los Servicios de Comunicaciones Electrónicas de 2009 (CDUSCE)

¹⁸ Art. 8d CDUSCE y art. 10 Orden ITC/912/2006

de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico se requiere que los operadores de redes de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar el acceso a ésta, no sean “responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos”¹⁹.

Asimismo, el artículo 532-4 del ACM establece en relación al equipo suministrado o puesto a disposición del cliente por el prestador de servicios de comunicaciones electrónicas, que “la transmisión o el uso del equipo necesario para el acceso o las comunicaciones suministrado o puesto a disposición del cliente por el prestador se regirá por la normativa correspondiente al contrato de compraventa, arrendamiento o cualquier otra normativa aplicable”.

En relación a las obligaciones que le corresponde realizar al cliente, el artículo 532-5 del ACM señala, en primer lugar, que el cliente estará obligado a “pagar al prestador la remuneración pactada, en el momento y la forma previstos”. En este sentido se señala que, en defecto de pacto, la remuneración debida por el cliente se fijará de acuerdo con los usos del sector”. Es habitual que en los contratos de conexión a internet el operador del servicio de comunicaciones electrónicas que presta servicios de conexión a internet exija una remuneración en pago por la provisión de dichos servicios.

La razón de esta circunstancia se encuentra en la particularidad de la prestación del propio servicio que consiste en la transmisión de señales cuya ejecución se lleva a cabo por el propio sistema operativo, lo que dificulta la provisión del servicio a coste cero o a través de otros medios de financiación derivados de la publicidad. Ello no impide, no obstante, que se den otros supuestos en los que el usuario pueda conectarse a Internet de forma gratuita sin que la figura mute su naturaleza jurídica, ya que el pago de una contraprestación por parte del prestatario no constituye una obligación necesaria del contrato de conexión a Internet²⁰.

En segundo lugar, el cliente estará obligado a “hacer uso del servicio conforme las condiciones previstas en el contrato, y en cualquier caso con respeto a los derechos de terceros, la ley y el orden público. Por último, se establece que el cliente estará obligado a “custodiar y mantener el secreto de cualesquiera instrumentos o medidas de seguridad”. De esta forma, el cliente asume las obligaciones que se derivan del pago de la remuneración pactada por la prestación del servicio de comunicación electrónica y de cumplimiento de las limitaciones que se derivan del uso y del deber de secreto conforme a las condiciones generales previstas en el contrato.

El contenido de las obligaciones y deberes del cliente o consumidor que, como prestatario recibe un servicio de conexión a Internet ofrecido por un operador de redes y telecomunicaciones vendrán determinados por el acuerdo contractual de carácter privado que le vincule con el prestador del servicio de comunicaciones electrónicas. Es

¹⁹ Art. 14 LSSI

²⁰ YANGUAS GÓMEZ, R., “Contratos de conexión a Internet, “hosting”...”, *op cit.*, p. 145.

precisamente el vínculo contractual de donde surgen las obligaciones del cliente de usar el servicio conforme a las condiciones establecidas en el contrato así como asegurar la red conforme a las medidas de seguridad establecidas.

3.3. Supuestos de incumplimiento y régimen de responsabilidad

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado 30 de mayo de 2014 regula los supuestos de incumplimiento contractual y delimita el régimen de responsabilidad aplicable al prestador del servicios de comunicaciones electrónicas y al cliente destinatario del servicio ante los supuestos de incumplimiento contractual, ya sea total o parcial, lo que determinará, en cada caso, el alcance de la responsabilidad de cada una de las partes contractuales.

Por una parte, el artículo 532-6 del ACM señala la responsabilidad del prestador del servicio de comunicaciones electrónicas por incumplimiento del servicio cuando establece que “el prestador deberá de indemnizar al cliente los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato”, salvo que el prestador pruebe que dicho incumplimiento no es imputable a su culpa ni a la de sus auxiliares. De esta forma, en caso de interrupción temporal del acceso al servicio de comunicaciones electrónicas, el cliente tendrá derecho a recibir del prestador del servicio una indemnización por los daños derivados de la ausencia de la prestación.

Al igual que sucede con otros servicios de la sociedad de la información, los servicios de conexión a Internet presentan una serie de particularidades que determinan en buena medida el alcance de responsabilidad contractual de los operadores y servidores de servicios de comunicaciones electrónicas. Debido a la significación de la causa que trae origen del daño, no resulta indiferente si el daño se produce como consecuencia de un incumplimiento total del prestador o de un incumplimiento parcial o defectuoso del mismo.

El artículo 532-7 del ACM señala que en los supuestos específicos de incumplimiento del prestador del servicio de comunicaciones electrónicas de sus obligaciones relativas a mantener el secreto de las comunicaciones a causa de la interceptación de la información o cualquier otro tipo de intromisión ilegítima por parte de terceros, “el prestador quedará exonerado de su responsabilidad si prueba haber aplicado todas las medidas de seguridad técnicamente apropiadas para tal finalidad”.

No obstante lo dispuesto con carácter general sobre responsabilidad del prestador del servicio por incumplimiento, el prestador del servicio de comunicaciones electrónicas será responsable por el incumplimiento consistente en la pérdida de la integridad de la información transmitida si el cliente prueba que dicha pérdida trae causa de la culpa del prestador. A tales efectos, cuando las partes hayan acordado, o el prestador haya comunicado al cliente, las medidas de seguridad tendentes al mantenimiento de la integridad de la información transmitida, se considerará que el prestador ha incurrido en culpa si todas o algunas de dichas medidas no han sido aplicadas.

Cuando lo que se produce no es una interrupción del servicio de comunicación electrónica sino una degradación en la prestación del servicio hasta el punto de vulnerarse las obligaciones adquiridas contractualmente por el prestador del servicio de comunicaciones electrónicas, incluida la obligación de guardar secreto de las comunicaciones, o las derivadas del incumplimiento del valor global de calidad, nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento defectuoso de la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas por parte del prestador del servicio, del que se derivará la correspondiente responsabilidad frente al cliente por incumplimiento contractual, siempre que se logre acreditar tanto el daño causado como la relación de casualidad.

Asimismo, el artículo 532-8 del ACM establece que el prestador no incurrirá en incumplimiento del contrato cuando, a pesar de producirse la interrupción en la prestación del servicio, “dicha interrupción haya sido planificada por necesidades de mantenimiento de la regularidad del servicio o del equipo necesario para su prestación. El prestador deberá no obstante avisar previamente de dichas interrupciones al cliente en la forma y el tiempo pactados en el contrato o, en defecto de pacto, en las condiciones que quepa esperar de un prestador diligente de servicios de comunicación electrónica”. Asimismo, el prestador no será responsable del incumplimiento debido a la interrupción del servicio causada por los fallos o deficiencias en algún tramo de la red de comunicaciones electrónicas respecto del cual el prestador no sea además el operador de red “siempre que las consecuencias de tales fallos o deficiencias no hubiesen podido ser evitadas por el prestador mediante el ejercicio de la debida diligencia”.

Cuando se produzcan interrupciones múltiples en la prestación del servicio, las mismas serán consideradas una única interrupción sin solución de continuidad siempre que, por su periodicidad y reiteración, impidan al cliente la comunicación o la transmisión de información en condiciones normales durante el tiempo en que se produzcan. Cuando las partes hayan previsto un sistema para las comunicaciones entre ellas para los fines del contrato, el cliente deberá comunicar al prestador las interrupciones que se produzcan en el servicio. En tales casos, el prestador no será responsable por los daños que el cliente sufra con anterioridad a la comunicación requerida y siempre que la misma se retrase injustificadamente.

El derecho del cliente a la compensación económica por parte del prestador del servicio de comunicaciones electrónicas en caso de interrupción del servicio de comunicación electrónica se configura como un reaseguramiento del derecho general que tiene el prestatario a recibir una reparación por los daños causados ante la ausencia de la prestación del servicio objeto de la relación contractualmente establecida²¹. No obstante lo anterior, el prestador no incurrirá en incumplimiento del contrato cuando la interrupción en la prestación del servicio haya sido planificada por necesidades de mantenimiento de la regularidad del servicio o fuera causada por los fallos en algún

²¹ ROMERO GALLARDO, A; “El derecho compensatorio del abonado por la interrupción temporal de acceso a Internet conforme al Real Decreto 776/2006, de 23 de junio”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 12, 2007, p. 101.

tramo de la red de comunicaciones electrónicas respecto del cual el prestador no sea además el operador de red, siempre que las consecuencias de tales fallos no hubiesen podido ser evitadas por el prestador mediante el ejercicio de la debida diligencia.

Por otra parte, el artículo 532-9 de la ACM señala que el cliente del servicio de comunicaciones electrónicas “deberá indemnizar al prestador los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato”, salvo prueba de que dicho incumplimiento no es imputable a su culpa ni a la de sus auxiliares. Asimismo, se añade que siempre que por parte del prestador de servicios de comunicaciones electrónicas se hayan aplicado correctamente los medios o las medidas de seguridad dispuestas para la identificación del cliente o la restricción del acceso al servidor, el cliente indemnizará al prestador los daños que se deriven del uso del servicio por parte de terceros, incluido el no consentido, en incumplimiento de las condiciones de uso del servicio, así como de cualesquiera otras que puedan vincular al cliente.

Dentro de la práctica habitual, los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas incluyen en los contratos de conexión a Internet con los usuarios condiciones generales relativas al uso del servicio cuyo objetivo es imponer un uso personal y no transferible delo servicio. Entre dichas cláusulas, sobresalen del resto las que establecen la prohibición genérica de uso de la conexión por parte de terceros distintos al prestatario, ya que únicamente podrá hacer uso legítimo de la conexión el prestatario designado como contraparte en el contrato²².

De esta forma, únicamente podrá hacer uso legítimo de la conexión el cliente que sea prestatario designado expresamente como contraparte en el contrato de comunicaciones electrónicas. Por medio de esta previsión, se persigue excluir del uso del servicio por parte de terceros u otros usuarios, con independencia de que se trate de un usuario esporádico o permanente o de un uso consentido o no por parte del cliente del servicio.

En relación a la duración del contrato el artículo 532-10 del ACM señala que “el contrato de prestación de servicio de comunicación electrónica se considera celebrado por tiempo indefinido”. En este caso, cuando el contrato haya sido celebrado por tiempo indefinido, es decir, cuando no se haya establecido un periodo determinado de duración se dispone que qualquiera de las partes pueda denunciarlo unilateralmente siempre y cuando medie “preaviso por escrito a la otra parte de treinta días”.

Por último, el artículo 532-11 del ACM establece que el contrato de servicio de comunicación electrónica se extinguirá de forma automática “cuando el prestador quede privado de la posibilidad de continuar prestando el servicio por la pérdida del título o la habilitación administrativa necesaria para ello”. Asimismo, se añade que la extinción automática del contrato mediando dolo o culpa por parte del prestador “dará lugar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios”.

²² YANGUAS GÓMEZ, R., “Contratos de conexión a Internet, “hosting”...”, *op. cit.*, p. 225.

4. EL CONTRATO DE ALOJAMIENTO DE DATOS

4.1. Concepto del contrato de alojamiento de datos

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado el pasado 30 de mayo de 2014 por el Consejo de Ministros incluye una regulación del contrato de alojamiento de datos (arts. 532-12 a 532-14 ACM) que se refiere a: la noción del contrato y a las obligaciones que le corresponden realizar al prestador del servicio del alojamiento de datos. Esta regulación, al igual que sucede con el contrato de comunicaciones electrónicas, supone una novedad, ya que esta modalidad contractual considerada atípica crece, hasta el momento, de una regulación jurídica especial en nuestro sistema jurídico.

El artículo 532-12 del Anteproyecto del Código Mercantil establece el concepto del contrato de alojamiento de datos al que define como aquél por el que una parte, el prestador del servicio de alojamiento de datos, a cambio del pago de una remuneración, se obliga frente al cliente “a poner a su disposición del cliente una determinada capacidad de almacenamiento en un sistema de información bajo su control, a conservar los datos o la información almacenados, así como, en su caso, a permitir el acceso de terceros a los mismos en las condiciones pactadas en el contrato o, en su defecto, conforme a lo previsto en el presente Código o en disposiciones especiales”.

La definición señalada del contrato de alojamiento de datos se identifica con el denominado contrato de hospedaje de página web al que se define como aquel en virtud del cual una de las partes contratantes, el prestador del servicio, se obliga a la cesión de uso de un espacio de memoria de su servidor para que la otra parte, a la que denominamos cliente o usuario, almacene allí su sitio web, al mismo tiempo que conecta el servidor a una red de telecomunicaciones, de tal forma que la información alojada tenga acceso a Internet²³. Por su parte, el cliente se obliga, en la mayoría de los casos, al pago de un precio que consistirá en la entrega de una suma de dinero.

La definición del contrato enumera, por tanto, el conjunto de prestaciones que deben ser asumidas por el prestador del servicio de alojamiento de datos, consistentes en poner a disposición del cliente una determinada capacidad de almacenamiento de información en un sistema de información que esté bajo su control, conservar los datos o información almacenados y hacerlos accesibles a terceros en las condiciones pactadas en el contrato o conforme a lo previsto en las disposiciones especiales. De esta forma, estas obligaciones principales asumidas por el prestador, definatorias del núcleo u objeto del contrato, van a coincidir con el interés principal del cliente consistente en disponer de una determinada capacidad de almacenamiento de información en un soporte informático que le permita acceder a la misma en cualquier momento.

²³ SÁNCHEZ LERÍA, R., *El contrato de hospedaje de página web*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 69.

4.2. Obligaciones de las partes

El artículo 532-13 de la ACM señala las obligaciones que le corresponde realizar al prestador del servicio de alojamiento de datos. En primer lugar, se establece que será obligación del prestador de alojamiento de datos “poner a disposición del cliente la capacidad de almacenamiento pactada en un sistema de información bajo su control, así como permitir el acceso del cliente a dicho sistema de información para el alojamiento, la recuperación, el manejo o la cancelación de los datos o información almacenados”. De esta forma, el deber de almacenamiento a que se compromete el prestador implica la disposición al cliente de la posibilidad de disponer de la capacidad pactada en el sistema o soporte de información.

Por medio del contrato de alojamiento de datos el prestador se obliga a i) posibilitar el almacenamiento de información, hasta una determinada capacidad fijada en el propio contrato, en un soporte informático; ii) conservar los datos; iii) hacerlos accesibles a través de la red global que constituye Internet. En este sentido, las obligaciones principales asumidas por el prestador del servicio consistentes en hacer posible el almacenamiento, conservación y enrutamiento de datos, definitivas del núcleo objeto del contrato, van a coincidir con el interés principal del prestatario en el momento de formalizar la relación jurídica. Dicho interés no será otro que poder almacenar cierta cantidad de datos en un soporte ajeno que le permita acceder a ellos en cualquier momento²⁴.

Asimismo, se prevé que, cuando así se haya pactado por las partes, el prestador “deberá igualmente permitir el acceso de terceros a la información alojada a través de la red de comunicaciones electrónicas, previa disposición de los mecanismos de direccionamiento necesarios, y conforme a lo pactado en el contrato y, en lo no pactado, en las condiciones y bajo los usos y los estándares normalmente observados en la prestación de servicios idénticos o similares, así como en los contemplados en los códigos de conducta o instrumentos similares publicados o adheridos por el prestador”. El prestador de servicios se asume, asimismo, el deber de posibilitar el tráfico de los datos almacenados, es decir, a hacer llegar la información almacenada desde el soporte de almacenamiento hasta el punto de conexión de red.

Al igual que sucede con el contrato de hospedaje de página web, en el contrato de alojamiento de datos el prestador se obliga a realizar una actividad tendente a la satisfacción del interés del acreedor, éste es, la presencia en Internet del sitio web almacenado. Esta actividad se concretará en adquirir los servidores donde se hospedarán las páginas web, mantener las mismos en unas condiciones adecuadas para que puedan servir para el uso al que se destina, realizando tareas de mantenimiento y garantizar que éstos se hallen conectados a una red de telecomunicaciones para que el sitio web sea accesible a Internet²⁵.

²⁴ YANGUAS GÓMEZ, R., “Contratos de conexión a Internet, “hosting” ...”, *op. cit.*, p. 316.

²⁵ SÁNCHEZ LERÍA, R., “El contrato de hospedaje...”, *op. cit.*, p. 81

El prestador del servicio de alojamiento de datos se obliga, en primer lugar, a poner a disposición del cliente el espacio de memoria del servidor pactado que posibilite el almacenamiento de información, hasta una determinada capacidad fijada en el propio contrato, que se cede al cliente y que puede ser medida en número de Megabytes. En este sentido, un cumplimiento exacto de dicha obligación requerirá que el prestador ponga a disposición del cliente el espacio de memoria exactamente previsto en el contrato, ya que el cliente podrá exigir al prestador del servicio que la capacidad de memoria sea exactamente la pactada en el contrato.

El prestador del servicio de alojamiento de datos se obliga, en segundo lugar, a “conservar los datos o la información alojada por el cliente y mantener su integridad”. En este sentido, el prestador asume también la obligación de custodiar la información alojada por el cliente en el soporte de información y evitar su pérdida, lo que incluye adoptar todas las medidas técnicas u organizativas que sean necesarias para preservar la integridad de los datos alojados en las infraestructuras que estén bajo su control. Para almacenar los datos en los servidores del prestador del servicio de alojamiento de datos, se requiere de una traslación de aquellos en el espacio que necesitará en ocasiones incluso de la intervención de otros prestadores y servicios de intermediación, cuales son los encargados de proveer la conexión a Internet.

El prestador del servicio de alojamiento de datos se obliga, en tercer lugar a posibilitar la accesibilidad del cliente al espacio de memoria del servidor, en cualquier momento. El disco duro continuará en posesión del prestador y el usuario accederá al espacio de memoria por vía electrónica a través de su cuenta respectiva, lo que le permitirá traspasar los datos al mismo desde su ordenador personal. En este sentido, el prestador de servicios de hosting se compromete a hacer llegar la información almacenada, saliente, o susceptible de almacenamiento, entrante, desde el soporte de almacenamiento hasta el punto de concesión de la Red. Asimismo, constituye un deber del prestador del servicio de alojamiento de datos posibilitar al prestatario la gestión del contenido de la información almacenada en el servidor, conforme a lo pactado en el contrato y bajo los usos y los estándares normalmente observados en la prestación de servicios idénticos o similares.

Por último, el prestador del servicio de alojamiento de datos estará obligado a adoptar las medidas técnicas necesarias para asegurar la custodia y preservación de cuantos datos se hallen alojados en sus infraestructuras²⁶. No obstante, en la práctica, resulta habitual que se incluyan en el contrato de alojamiento de datos cláusulas que establecen las condiciones que los prestadores del servicio tratan de imponer a sus usuarios y que van dirigidas a tratar de exonerarse de la responsabilidad que pudiera surgir como resultado de la pérdida de la información almacenada en sus sistemas.

A diferencia de la regulación establecida para el contrato de servicio de comunicación electrónica, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil no se refiere a los supuestos de incumplimiento y régimen de responsabilidad aplicable en el ámbito

²⁶ YANGUAS GÓMEZ, R., “Contratos de conexión a Internet, “hosting”...”, *op. cit.*, p. 344.

del contrato de alojamiento de datos. Sin embargo, el artículo 532-1 ACM, señala que “serán de aplicación al contrato de alojamiento de datos y a la obligación de realizar la copia temporal las disposiciones relativas al contrato de servicio de comunicación electrónica” salvo en lo que resulte incompatible con su contenido y finalidad. No obstante, se matiza que “no será de aplicación al contrato de alojamiento de datos lo dispuesto sobre responsabilidad del prestador del servicio por incumplimiento”.

5. ACUERDOS PARA LA COPIA DE DATOS O INFORMACIÓN

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado el pasado 30 de mayo de 2014 por el Consejo de Ministros hace referencia a los acuerdos para llevar a cabo la copia temporal de datos o información indicados por el cliente en el ámbito del contrato de servicio de comunicación electrónica o de alojamiento de datos.

El artículo 532-14 de la ACM señala las obligaciones que le corresponde realizar al prestador del servicio para llevar a cabo la copia temporal de datos o información, en el ámbito del contrato de comunicación electrónica o del contrato de alojamiento de datos. En primer lugar, se establece que el prestador del servicio de comunicación electrónica o de alojamiento de datos estará obligado a realizar copia de la información o los datos “conforme a las indicaciones del cliente, o bien de manera automática cuando ello resulte necesario, para su conservación con carácter temporal y su transmisión a través de la red de comunicaciones electrónicas, con vistas al acceso de los terceros que lo soliciten a tales datos o información”.

En segundo lugar, se establece que el prestador estará obligado a actualizar periódicamente la copia de los datos o la información “al objeto de respetar su contenido en cada momento, en las condiciones previstas en el contrato o, en lo no previsto, en las condiciones y bajo los usos y los estándares normalmente observados en la prestación de servicios idénticos o similares, así como en los contemplados en los códigos de conducta o instrumentos análogos publicados o adheridos por el prestador”.

Dentro del concepto de acuerdos para llevar a cabo la copia de datos o información pueden quedar incluidos los acuerdos para realizar servicios de búsqueda en Internet realizados a partir de sistemas informáticos complejos que indexan el contenido de las páginas web existentes en Internet y lo incorporan a una base de datos donde se retienen en un soporte denominado memoria caché que permite el almacenaje temporal y transitorio de dicha información.

Tal y como ha señalado la jurisprudencia los archivos de memoria caché “no están destinados a guardar de forma permanente los datos de los que dispone, sino sólo durante un tiempo y como medio necesario para hacer un uso rápido y puntual de los mismos. Gracias a esta forma de almacenaje, definida por su temporalidad y escasez de datos recogidos en cada página, lo que la dota de una gran agilidad, el buscador logra

una muy alta velocidad de respuesta ofreciendo en pocos segundos un número muy alto de páginas disponibles sobre el tema objeto de búsqueda”²⁷.

6. CONCLUSIÓN

Una de las principales novedades que incorpora el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado el pasado 30 de mayo de 2014 por el Consejo de Ministros es la incorporación de la regulación de contratos mercantiles específicos, entre los que se encuentran, los contratos una nueva regulación aplicable a los denominados “contratos para las comunicaciones electrónicas” (arts. 532-1 a 532-14 PCM) como una categoría de prestación de servicios especiales frente a la categoría general correspondiente a los contratos de prestación de servicios mercantiles.

Bajo la denominación de los “contratos para las comunicaciones electrónicas” el Anteproyecto del Código Mercantil se refiere al régimen jurídico aplicable a los mismos y efectúa una regulación completa del contrato de servicio de comunicación electrónica (arts. 532-2 a 532-11 ACM) y del contrato de alojamiento de datos (arts 532-12 y 532-13 ACM). Por último, se refiere a los acuerdos para la copia temporal de datos o información en el ámbito del contrato de comunicaciones electrónicas o del alojamiento de datos (art.532-14 ACM).

La regulación de los contratos para las comunicaciones electrónicas contenida en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil supone una novedad, ya que estas modalidades contractuales consideradas atípicas carecen, hasta el momento, de una regulación jurídica especial en nuestro sistema jurídico, salvo en lo relativo a determinados aspectos básicos de la eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica y al régimen de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información establecido en la Ley 34/2002 de Servicios de la sociedad de la información, por medio de la cual se incorporó la legislación española la Directiva 2000/31/CE de Comercio electrónico.

La nueva regulación jurídica prevista en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aplicable en el ámbito de la contratación electrónica y los contratos de servicios mercantiles en el mundo electrónico recoge los grandes principios de la contratación electrónica, como la equivalencia funcional, la neutralidad tecnológica, la inalteración del derecho preexistente, etc. La utilización de medios electrónicos para la contratación no altera el régimen contractual, las obligaciones o pactos para las partes derivadas de la celebración del contrato. Rige el principio de neutralidad de los medios electrónicos. La contratación electrónica obliga a las partes igual que si el contrato se hubiera celebrado por escrito.

Junto a la regulación general de la contratación celebrada por medios electrónicos, la regulación propuesta sí se establece algo realmente novedoso, ya que

²⁷ SAP Barcelona de 17 de septiembre de 2008 (AC 2008, 1773)

incorpora el régimen jurídico aplicable a los contratos mercantiles específicos propios del «mundo electrónico». Esta sería la aportación más importante del Anteproyecto Código Mercantil en esta materia: a la hora de regular el contrato de servicios mercantiles hay una parte que se refiere a los servicios mercantiles consistentes en servicios dentro de las redes informáticas, es decir, a los contratos específicos para el ámbito electrónico entre los que se encuentran: los contratos de servicio de comunicaciones electrónicas, el contrato de alojamiento de datos y los acuerdos para la copia temporal de datos o información en el ámbito del contrato de comunicaciones electrónicas o del alojamiento de datos.

A RESPONSABILIDADE CIVIL E SEU SEGURO

SERGIO RUY BARROSO DE MELLO*

Preâmbulo

O presente estudo foi realizado com o objetivo de homenagear ao meu grande Amigo Rafael Illescas Ortiz, Professor Renomado da Universidade Carlos III, de Madri, Presidente da Seção Espanhola da Associação Internacional de Direito de Seguro – SEAIDA e membro do Conselho Presidencial da AIDA Mundial, além de um vasto currículo no campo do direito, institucional e da intelectualidade. Tenho em meu Amigo Illescas uma grande referência como pessoa e profissional, trata-se de um Ilustre membro da categoria dos Notórios Juristas, reconhecido em seu país e em dezenas de outros, seja por sua incansável dedicação do Mundo Jurídico, seja, por seus elevadíssimos conhecimentos, seja por sua maneira afável e gentil de tratar a todos que com ele se relacionam. Ao meu Amigo Querido Rafael Illescas Ortiz dedico o presente estudo, realizado com carinho e profundo respeito à sua obra jurídica e humana.

Contenido

Introdução. – 2. Conceito legal de responsabilidade civil. – 3. Qualificação legal do seguro de responsabilidade civil. – 4. Influência da evolução da RC sobre o seguro de RC. – 5. O dano no seguro de responsabilidade civil. – 6. A evitabilidade do dano ao segurado por meio do seguro de RC. – 7. A reclamação do terceiro e a assunção da defesa pelo segurador. – 8. O risco no seguro de responsabilidade civil. – 9. O sinistro no seguro de RC. – 10. Definição de interesse no seguro de RC. – 11. O princípio indenitário no seguro de RC. – 12. Delimitação temporal. – 13. O sistema *claims made*. – 14. Delimitação geográfica. – 15. Atos de disposição do segurado sobre o crédito. – 16. Deveres básicos do segurado de RC. – 17. Ausência de ação direta do terceiro em face do segurador. – 18. Necessidade de intervenção do segurador nos acordos com terceiros. – 19. A prescrição no seguro de responsabilidade civil. Momento em que inicia seu curso. – 20. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um dos tópicos da ciência jurídica que maior evolução tem apresentado nos últimos tempos. Esse é um registro histórico que a ninguém surpreenderia, porque guarda plena correspondência com dois fatos sociais que atuam como motivadores do desenvolvimento ora comentado: identifico em um primeiro plano

* Presidente do Comitê Ibero Latino-americano da AIDA (CILA).

a consciência cidadã acerca da existência de seus direitos e das tutelas oferecidas para sua proteção, e, em uma segunda perspectiva, a incidência da ciência e da tecnologia na vida do mundo moderno, que consigo trouxe como paradoxo, dada a massificação do uso das forças e energia, maiores riscos e perigos para a comunidade.

Cada vez mais nos deparamos com situações corriqueiras em nossas vidas que, em tempos anteriores, jamais poderiam gerar dívidas tendo como fundamento a responsabilidade civil. A atividade seguradora, ao perceber esse fenômeno social, respaldada pelo arcabouço jurídico, apresentou significativa evolução em suas coberturas, tanto do ponto de vista qualitativo quanto quantitativo.

Pela relevância do tema, torna-se conveniente o exame mais detalhado do fenômeno que cerca a responsabilidade civil e o seu seguro.

2. CONCEITO LEGAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Responsabilidade é um dever jurídico consequente à violação da obrigação. É o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico.

Por outro lado, só se cogita da responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. No dizer de Maria Helena Diniz¹:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

O Código Civil traz atualmente o conceito de responsabilidade civil ligado ao denominado ato ilícito e sua reparação. Nas exatas palavras de Carlos Roberto Gonçalves², “o art. 186 do Código Civil consagra uma regra universalmente aceita: a de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo.” A leitura do referido dispositivo em conjunto com o artigo 927, do mesmo diploma legal, nos dá a exata noção da responsabilidade civil aquiliana, senão, vejamos:

Art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*”

Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.*” (n.g.)

A conclusão imediata a que se chega é a de que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário (ato ilícito), causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

¹ DINIZ, M.H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2003, 17ª ed., p. 36.

² GONÇALVES, C.A. *Responsabilidade Civil*. Saraiva, São Paulo, 2002, 7ª ed.

3. QUALIFICAÇÃO LEGAL DO SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O seguro de responsabilidade civil é um contrato em virtude do qual o segurador se obriga, por conta do pagamento do prêmio, a evitar que o segurado sofra um **dano patrimonial** em consequência do exercício, por parte de terceiros, de reclamações cobertas no contrato de seguro de responsabilidade civil.³

Essa modalidade de seguro se tornou tão relevante que o legislador preferiu conceituá-la expressamente, o que fez por meio do artigo 787, do Código Civil, assim redigido:

Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

O seguro de responsabilidade civil, nas corretas palavras de Rui Stoco⁴, tem as características e atributos de um contrato *condicional e aleatório*, de forma que o objeto da garantia será sempre uma responsabilidade.

4. INFLUÊNCIA DA EVOLUÇÃO DA RC SOBRE O SEGURO DE RC

A evolução experimentada pelo direito no campo da responsabilidade civil tem produzido influência decisiva no seguro de responsabilidade civil. O fenômeno se verifica pela consolidação desse ramo da atividade seguradora, quantitativa e qualitativamente.

No campo quantitativo, determinou considerável expansão do seguro de RC (obrigatórios e facultativos) e, do ponto de vista qualitativo, deu lugar a certas mudanças em suas cláusulas e condições, além do surgimento de inúmeras modalidades. Dentre as mais tradicionais se encontram as seguintes:

- Responsabilidade Civil Facultativa de Veículos – RCF-V;
- Responsabilidade Civil Geral – RCG;
- Responsabilidade Civil Profissional (Médicos, Advogados, etc.);
- Responsabilidade Civil Ambiental;⁵
- Responsabilidade Civil do Fabricante;
- Responsabilidade de Diretores e Gerentes – D & O

³ Para o Ministro José Augusto Delgado, o seguro de responsabilidade civil “faz parte dos seguros contra danos, abrindo ao segurado possibilidade para proteger os seus bens contra os riscos que os ameaçam.” DELGADO, J.A. *Comentários ao Novo Código Civil*, Forense, Rio, 2004, volume XI, tomo I, p. 561

⁴ STOCO, R. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, p. 524.

⁵ Em sua obra “Seguros para riscos ambientais”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p.p. 600 e 601, Walter Polido apresenta algumas reflexões decisivas sobre essa modalidade de seguro, vejamos: “O mercado segurador brasileiro opera com seguros de riscos ambientais há mais de vinte anos, porém de maneira bastante incipiente. Todos os conceitos até então utilizados precisam ser revistos e atualizados.” (p. 600) “São poucas as iniciativas realizadas pelo mercado de seguros brasileiro no segmento de riscos ambientais, até o momento”. (p. 601) “O seguro de riscos ambientais jamais terá o condão de resolver integralmente todos os problemas inerentes à área ambiental, no Brasil e no mundo.”

5. O DANO NO SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O seguro de responsabilidade civil, por sua própria localização no atual Código Civil, se configura como seguro de dano, já que se inclui no Título VI, Capítulo XV, Seção II da referida norma.

O segurado pretende efetivamente proteger-se de uma ameaça ou consequência desfavorável a seu patrimônio, entendido esse em sua totalidade. Por essa razão, o seguro de responsabilidade civil protege o segurado contra as consequências desfavoráveis consistentes na ameaça de diminuição de seu patrimônio ou na diminuição efetiva que se pode determinar, justo pelo nascimento de uma dívida de responsabilidade na qual tenha incorrido.

O dano no seguro de responsabilidade civil, portanto, está representado pelo nascimento da dívida de responsabilidade civil a cargo do segurado. É o dano que o segurado sofre em consequência do descumprimento de sua responsabilidade, contratual ou extracontratual, para com terceiros, capaz de ocasionar ato ilícito.

Portanto, no seguro de responsabilidade civil, o dano consiste no gravame patrimonial que se produz pelo mero nascimento da dívida de responsabilidade civil.

6. A EVITABILIDADE DO DANO AO SEGURADO POR MEIO DO SEGURO DE RC

Quando se pretende proteger os bens materiais por meio de um seguro de dano tradicional, essa proteção sempre consistirá em proporcionar ao prejudicado (segurado) uma indenização, uma vez ocorrido o dano.

Se, ao contrário, por meio de um seguro, se procura proteger o segurado contra o dano que representa o pagamento de uma dívida de responsabilidade civil (art. 787 do Código Civil), o segurador pode evitar que o segurado tenha que realizar um desembolso, pagando em seu lugar à vítima do dano, tendo em conta que o pagamento da indenização não necessita ocorrer de forma simultânea com a causa de que deriva.

Essa é, contudo, uma faculdade do segurador, jamais uma obrigação legal ou dever contratual, porquanto essa espécie de seguro se caracteriza, como visto, por seu caráter indenizatório, de forma que a liberalidade não terão o condão de alterar a sua qualificação jurídica calcada no princípio indenitário.

7. A RECLAMAÇÃO DO TERCEIRO E A ASSUNÇÃO DA DEFESA PELO SEGURADOR

O reclamação por parte do terceiro prejudicado deve ser estimada como relevante, apesar de não se tratar, por si só, de uma dívida declarada de responsabilidade do segurado. A relevância da reclamação se justifica porque representa uma ameaça concreta de diminuição do patrimônio do segurado e, por consequência, do segurador, por ser ínsita no contrato com este último celebrado.

Ademais, para um cidadão normal, que não seja um bacharel em direito, a simples reclamação, seja judicial ou extrajudicial, causa uma série de prejuízos mensuráveis economicamente (como é exemplo a perda de horas de trabalho, ocupação excessiva, *stres* gerado pela preocupação para resolução do caso, etc.), os quais, indubitavelmente, constituem um dano (interpretado este em um sentido amplo de forma a incluir os prejuízos) que afeta a seu patrimônio e que pretende seja solucionado pela companhia seguradora, de forma a fazer valer a concepção tradicional e característica fundamental desse instituto que é o de *sentir-se seguro*.

Na premissa de que essa reclamação já constitui um dano para o patrimônio do segurado, pode ser significativo para o segurador, do ponto de vista econômico, que a direção jurídica da defesa do segurado corra a seu cargo e sob o seu total comando neste tipo de seguro. Esta direção jurídica, que deve estar expressa nas condições contratuais – tenha-se em conta que é um preceito de direito dispositivo – tem a função precípua de favorecer o segurador, que deve proteger-se pessoalmente da reclamação, como também do segurado, eliminando os prejuízos porventura reclamados pelo terceiro.

Afinal, no seguro de responsabilidade civil a determinação do dano não comporta interesses contrapostos entre segurado e segurador, como nos seguros de danos tradicionais, tanto que o legislador impõe ao segurado a obrigação de ter a anuência do segurador para transigir com o terceiro prejudicado (art. 787, 3º do Código Civil).

Por isso, o segurador deve dirigir e organizar toda a defesa do segurado frente a reclamação do terceiro, devendo o segurado prestar a colaboração necessária para seu sucesso.

8. O RISCO NO SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Risco segurável é aquele que ameaça um interesse que por sua vez é segurável, é dizer, é a possibilidade de alguém sofrer um dano em consequência da realização de um determinado ato danoso.

O risco compreende, portanto, de um lado, o acontecimento que é causa do dano, e, de outro, o dano em si mesmo.

No seguro de responsabilidade civil o risco compreende os seguintes elementos:

- a) o fato de incorrer real ou remotamente em responsabilidade civil;
- b) a reclamação do terceiro;
- c) a declaração de responsabilidade civil correspondente; e
- d) as consequências econômicas derivadas desses elementos.

9. O SINISTRO NO SEGURO DE RC

Conceitualmente, podemos dizer que sinistro é a realização do risco previsto no contrato de seguro, que, em princípio, gera a obrigação de indenizar do segurador.

No seguro de responsabilidade civil o sinistro não se identifica com um único fato, constitui-se por um conjunto de fatos complexos que compreenderiam vários momentos (fundamentalmente fatos danosos e a reclamação do terceiro), sendo necessário determinar qual o fato relevante a caracterizar a obrigação de indenizar do segurado e, em, conseqüência, o sinistro propriamente.⁶

A solução do tema ligado ao sinistro nos seguros de responsabilidade vem determinada pela concepção do contrato de seguro como contrato de trato sucessivo. Na medida em que uma das características naturais do contrato de seguro é o fato de que o segurado pretende permanecer segurado, é dizer, *estar seguro*, as obrigações no contrato não surgem no momento em que ocorre o sinistro, mas por meio do mesmo surgirá o direito a indenização que deve pagar o segurador, e, portanto, de forma correlativa, a sua obrigação contratual.

Mas esta é só uma parte, ainda que seja a fundamental, das obrigações do segurador. Há outras obrigações, que no caso do seguro de responsabilidade civil podem ser observadas claramente, as quais se correspondem com essa situação desejada pelo segurado de *estar seguro*, como é a assunção da defesa jurídica.

Por outro lado, a teor do artigo 787, § 1º, do Código Civil, tão logo saiba o segurado das conseqüências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador. Trata-se de uma obrigação positiva, porém, sem uma sanção expressa para caso de seu descumprimento.

No entanto, se a ausência de aviso do segurado acarretar prejuízo ao segurador, poderá ser invocado o artigo 771, do mesmo código, a fundar a perda do direito à indenização.

10. DEFINIÇÃO DE INTERESSE NO SEGURO DE RC

O interesse se define geralmente pela relação econômica de uma pessoa com um bem. Quando essa relação se vê lesionada o interessado sofre o correspondente dano.

Logo, não pode haver dano sem a prévia existência de um interesse e o seu valor será o dano máximo que pode sofrer o interessado.

Nos seguros de dano o interesse é decisivo para sua celebração. Se faltar o interesse não haverá risco e sem risco não há seguro.

O que se protege no seguro de responsabilidade civil é a relação do segurado com seu patrimônio ativo, já que este pode resultar afetado no caso do risco se realizar.

⁶ O Prof. Fernando Sánchez Calero, seguindo a doutrina geral da responsabilidade civil no direito espanhol, entende que o nascimento da dívida, cuja causa é o fato danoso, é o que determina o sinistro neste tipo de seguro. SÁNCHEZ CALERO, F., “La delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil tras la modificación del artículo 73 de la Ley de contrato de seguro”; *Revista Española de Seguros*, nº 89, 1997, p. 14.

11. O PRINCÍPIO INDENITÁRIO NO SEGURO DE RC

A teor do art. 787, pode-se dizer que o seguro de responsabilidade civil tem caráter preventivo, ou seja, tem por objeto evitar o dano ao segurado. Nos seguros preventivos, como o ora em estudo, o princípio indenitário se manifesta de forma distinta dos seguros de danos clássicos.

No entanto, para ser acionado o seguro de responsabilidade civil é fundamental que o terceiro receba a correspondente indenização paga pelo segurado.

Mesmo que o segurador pague diretamente ao terceiro, caso queira, o seguro de responsabilidade civil consistirá na mesma finalidade de todo seguro de dano – proteger o segurado frente a um possível dano -, na forma mais ampla, como é a de evitar que um dano ocorra no patrimônio do segurado, sem que isto suponha uma quebra do princípio indenitário.

12. DELIMITAÇÃO TEMPORAL

Tradicionalmente, a causa geradora da responsabilidade deverá ocorrer durante a vigência do contrato de seguro para tornar-se coberto. Em nossos dias somos testemunhas de eventos geradores de danos de caráter instantâneo nos quais a causa, o fato e o dano, ocorrem quase simultaneamente no tempo (queda de um avião, acidente automobilístico, etc.).

Mas há eventos nos quais se sucedem uma série de situações de ordem temporal que podem durar muitos anos, a saber:

- Momento da causa geradora do dano. Corresponde ao momento em que se realiza a ação por parte do agente, ação que finalmente produzirá o dano (por exemplo: a fabricação de um produto, a construção de um edifício, a ação de uma atividade profissional, etc.);
- Momento da exposição. Em certas ocasiões a causa não gera um dano imediatamente, mas será necessário que a vítima esteja exposta a mesma durante um período que se denomina normalmente de período de *latência*. Tal é o caso da exposição ao asbesto ou ao consumo de medicamentos defeituosos;
- Momento de manifestação. É aquele no qual o dano aflora afetando a integridade física ou o patrimônio da vítima do dano. É, por exemplo, o momento em que se diagnostica a enfermidade, ou em que se paralisa uma construção.

Tem ocorrido casos nos quais entre o momento da causa e o momento da manifestação do dano transcorreram-se mais de vinte anos, durante os quais o responsável contratou múltiplas apólices de seguro com distintas companhias, fato que mostra a grande dificuldade de estabelecer a escolha correta do contrato de seguro que dará cobertura ao dano.

De qualquer forma e independente da reclamação ocorrer dentro do período segurado, tão logo o segurador seja informado pelo segurado de ato seu capaz de acarretar responsabilidade, fica obrigado a evitar o dano correspondente ao segurado (Ref.: § 1º, do art. 787 do Código Civil).

A verdade é que o sistema de ocorrência é aplicável sem maiores problemas para os danos instantâneos, dado que é fácil identificar o momento específico de configuração do sinistro e a respectiva apólice. Nos eventos de manifestação tardia a solução é distinta, por existir períodos de latência, ou quando, tratando-se de danos instantâneos, a vítima reclama muito tempo depois da ocorrência dos fatos, circunstância cuja extensão é definida pelo término da prescrição da responsabilidade civil específica definida em lei.

É a prescrição na responsabilidade civil um dos elementos mais relevantes na busca dos potenciais responsáveis e, obviamente, dos seguradores.

13. O SISTEMA *CLAIMS MADE*

Em razão da situação descrita no item anterior, foram desenvolvidas uma série de cláusulas que delimitam temporalmente o risco no seguro de responsabilidade civil, referidas expressamente na Circular SUSEP nº 252/2004 (DOU de 27.04.2004)⁷ e conhecidas como *claims made*.⁸

O sistema de cláusula denominada *claims made* geralmente é utilizado quando se trata de garantir determinados riscos caracterizados por um período longo de *latência* (como ocorre com a responsabilidade civil profissional, por determinados produtos, etc.). Essa sistemática modificou o critério clássico de imputação do fato gerador de responsabilidade civil a partir da ocorrência do fato, para o da apresentação da reclamação (pelo terceiro). Além disso, a referida cláusula trabalha, por vezes, com um descasamento dos prazos de cobertura com os de prescrição, com o primeiro menor do que o segundo.

Fundamentalmente, estas cláusulas estabelecem que não estarão compreendidas no seguro de responsabilidade civil as hipóteses nas quais tendo ocorrido o ato danoso dentro do período segurado, a reclamação do terceiro tenha lugar transcorrido certo prazo, a contar da extinção do contrato de seguro.

Para Ricardo Bechara⁹, a cláusula do tipo *claims made* objetiva a “cobertura para danos que, aflorando ao conhecimento do segurado e ou emergindo mesmo no período de vigência do contrato, constituem efeito imprevisto de causas ou fatos preexistentes. A *claims made* fora idealizada para as hipóteses em que o segurado ignore a ‘incubação de um sinistro’ e daí se veja privado da cobertura tradicional à base de ocorrência.”

⁷ Atualmente encontra-se em audiência público novo Circular SUSEP sobre o tema, visando flexibilizar a utilização da cláusula de limitação temporal do risco.

⁸ *Claims made*, em tradução literal, outra coisa não seria senão “reclamação (ou reivindicação)” feita”.

⁹ BECHARA SANTOS, R., *Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria*, Forense, Rio, 2006, p. 527.

Este tipo de cláusula supõe uma delimitação válida do risco coberto justificada pela finalidade de evitar:

- a) que a companhia permaneça demasiado tempo na incerteza com respeito à possibilidade de cobrir a conseqüências de eventual responsabilidade do segurado; e
- b) possíveis casos de transações espúrias entre segurado e vítima, tendo em vista que reclamações excessivamente tardias obedecem freqüentemente a essas situações;

Se tivermos presente que o sinistro é a concretização do risco coberto pelo seguro, devemos concluir que a cláusula *claims made*, ao exigir que a reclamação se efetue em determinado prazo, para que opere o amparo do seguro de responsabilidade civil, realiza uma delimitação temporal do risco e, conseqüentemente, da responsabilidade do segurador. Disso, aliás, depende o seu equilíbrio econômico, pois se o valor do prêmio é estabelecido com base nos cálculos estatísticos e atuariais, segue-se, como conseqüência lógica, que é essencial o acordo das partes sobre a extensão dos riscos e os limites da indenização. Qualquer alteração nessa equação importa quebra do equilíbrio contratual.

14. DELIMITAÇÃO GEOGRÁFICA

É comum o seguro de responsabilidade civil garantir apenas aqueles atos nos quais o dano se produza em um determinado território que, normalmente, se restringe ao país em que se contrata.

No Brasil, todavia, é possível pactuar-se a extensão da garantia a danos causados em outros territórios mediante o correspondente aumento de prêmio, a teor do art. 17, da Circular SUSEP nº 256/2004.

15. ATOS DE DISPOSIÇÃO DO SEGURADO SOBRE O CRÉDITO

A natureza do crédito do segurado de responsabilidade civil não lhe permite a cessão a outras pessoas distintas do terceiro prejudicado (vítima).

A única exceção se dá em caso de sub-rogação válida, na qual o terceiro venha a ceder a outros o seu crédito. De qualquer sorte, este ato não legitima o sub-rogado a acionar ao segurador, com quem não contratou, mas sim ao segurado.

A dívida do segurado frente ao terceiro pode ser extinta pelo instituto da compensação de crédito, em havendo dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis (Ref.: Art. 1.010, do Código Civil).

De qualquer forma, nessas situações o segurado sofre um dano, porque a compensação sempre se dará pelo sacrifício de um direito de crédito líquido e certo. Portanto, o segurador de responsabilidade civil deve cumprir sua obrigação indenizatória do dano sofrido.

16. DEVERES BÁSICOS DO SEGURADO DE RC

O segurado tem, fundamentalmente, o dever de:

- Comunicar ao segurador, imediatamente, todo ato capaz de acarretar responsabilidade coberta pela garantia do seguro (Ref. § 1º, do Art. 787, do Código Civil);
- Promover atos de defesa da ação judicial intentada pelo terceiro prejudicado (Ref. § 2º, do Art. 787, do Código Civil);
- Solicitar anuência expressa do segurador para transigir com o terceiro ou indenizá-lo diretamente (Ref. § 2º, do Art. 787, do Código Civil). Destaque-se a ação penal e o acordo intentado nos seguros de RC automóvel;
- Dar imediata ciência da lide ao segurador, após citado (Ref. § 2º, do Art. 787, do Código Civil);
- Minorar as conseqüências derivadas do fato danoso para o terceiro (Ref. Art. 779, do Código Civil).

17. AUSÊNCIA DE AÇÃO DIRETA DO TERCEIRO EM FACE DO SEGURADOR

O fato do artigo 787, do Código Civil, prever a possibilidade de garantia do pagamento das perdas e danos do segurado ao terceiro vitimado, não autoriza à interpretação de legitimação do terceiro para acionar diretamente a seguradora. A garantia não ampara o terceiro, mas sim ao segurado.

Esse entendimento, aliás, é externado pelo Ministro José Augusto Delgado¹⁰, para quem:

O art. 787 em análise não permite a conclusão de que o terceiro, desde que vitimado, pode intentar diretamente ação judicial contra o segurador, por autorização expressa do segurado ou por sua livre vontade, em face de ser cientificado da existência do seguro. O seu direito nasce da natureza do seguro obrigatório de responsabilidade civil. (n.g.)

Em outras palavras, quando o legislador teve a intenção de fixar a obrigação do segurador diretamente à vítima o fez de forma expressa, como é o caso dos seguros de responsabilidade civil obrigatórios (artigo 788, do Código Civil).

De fato, a nova legislação aponta princípios básicos para o contrato de seguro facultativo de responsabilidade civil como é exemplo o seu caráter ressarcitório, típico dessa modalidade de seguro. A propósito, Ricardo Bechara Santos¹¹, ao examinar o tema, asseverou com propriedade:

¹⁰ DELGADO, J.A., *Comentários ao Novo Código Civil*, Forense, Rio, 2004, volume XI, tomo I, p. 566.

¹¹ BECHARA SANTOS, R., *Direito de Seguro no Novo Código Civil e Legislação Própria*, Forense, Rio, 2006, p. 294/295.

O Novo Código Civil Brasileiro – diferentemente do revogado Código de 1916 que nenhuma linha traçou a respeito - dedicou, no seu Capítulo XV que disciplina o contrato de seguro, dois dispositivos específicos ao Seguro de Responsabilidade Civil, como se vê de seus artigos 787 e 788, pelos quais cria dois modelos de Seguro de Responsabilidade Civil, o Facultativo (art. 787) e o obrigatório (art. 788), mas só nesse último, como se verá com mais detalhes nos comentários a ele, possibilitando a ação direta do terceiro contra a sociedade seguradora. (n.g.)

Portanto, face ao disposto no artigo 787, do Código Civil, no seguro facultativo de responsabilidade civil, o terceiro, com quem o segurador não contratou, carece de legitimidade jurídica para acioná-lo, em juízo ou fora dele, com o objetivo de recebimento da indenização por conta de dano causado pelo segurado.

18. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO SEGURADOR NOS ACORDOS COM TERCEIROS

No seguro de responsabilidade civil, segundo o disposto no § 2º, do art. 788, do Código Civil, é defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador.

Significa dizer que o segurado está proibido de transigir com o terceiro, em especial de reconhecer a sua responsabilidade, sem a anuência expressa do segurador.

Esta restrição visa possibilitar ao segurador o direito de ingressar com eventual ação judicial para promover o regresso do que pagou. Até porque, o segurado, transigindo, renuncia ou desiste de alegações que poderia fazer ou o segurador exercer.

19. A PRESCRIÇÃO NO SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. MOMENTO EM QUE INICIA SEU CURSO

Esse tema foi um dos mais controvertidos na doutrina e na jurisprudência nos últimos anos. Agora a situação encontra solução legal transparente.

Segundo o disposto no artigo 787, § 3º, do Código Civil, intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador. Vale notar que essa comunicação é no momento da citação, pois a teor do artigo 206, inciso II, “a”, é desse instante que tem início o prazo prescricional entre ambos em seguro de responsabilidade civil, vejamos:

Art. 206 – Prescreve:

§ 1º - em um ano:

I – omissis;

II – a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador.

20. CONCLUSÃO

Podemos asseverar, em comentários finais, que o seguro de responsabilidade civil apresenta-se como modalidade contemporânea de garantia de cobertura aos efeitos econômicos do dano praticado pelo segurado a terceiro que desafia, para seu sucesso, a criatividade e agilidade do segurador na atuação em defesa dos interesses de seu segurado em face do terceiro (vítima do dano), porquanto a sorte de ambos encontra-se intimamente ligada a atuação conjunta e eficiente dos reguladores de sinistros e, fundamentalmente, dos advogados contratados.

LA EXCESIVA ONEROSIDAD DE LAS PRESTACIONES EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL

FÉLIX BENITO OSMA *

Resumen

El mercado, los operadores y las relaciones comerciales se han visto con la crisis global afectados en su capacidad de negocio y en su productividad. Para solventar los desequilibrios financieros, económicos y la propia desconfianza e inseguridad jurídica los intérpretes han puesto sobre la mesa la necesidad de dar una respuesta a estos problemas desde una perspectiva uniforme e internacional. Cada vez resulta más frecuente que los tribunales, sin obviar los diferentes institutos y principios generales del derecho, apliquen de manera complementaria en los fundamentos jurídicos de las resoluciones judiciales los principios y reglas del comercio internacional a los supuestos de imposibilidad de cumplimiento de la prestación por la alteración de circunstancias sobrevenidas que suponen una excesiva onerosidad y un desequilibrio de las prestaciones contractuales. En este estudio, se analizan conjuntamente las especialidades de las obligaciones y contratos mercantiles, la buena fe, la lealtad, cooperación, excesiva onerosidad y la renegociación, conforme a la Propuesta de Código Mercantil.

Contenido

1. Situaciones de conflictos. – 1.1 Crisis económica-financiera. – 2. Alteración de circunstancias básicas sobrevenidas e imprevisibles en las condiciones contractuales. – 2.1. La cláusula “*rebus sic stantibus*”. – 2.2. Los principios unidroit. – 2.3. La excesiva onerosidad y el equilibrio de las prestaciones. – 2.4. La imposibilidad sobrevenida en el cumplimiento de la prestación. – 3. Preconclusividad e insolvencia. – 4. La propuesta de Código Mercantil. – 4.1. La buena fe. – 4.2. la excesiva onerosidad y la renegociación. – 5. Conclusiones.

1. SITUACIONES DE CONFLICTOS

Los conflictos derivan frecuentemente de las relaciones duraderas entre la empresa con distintas entidades públicas o privadas, por el cumplimiento de las obligaciones recíprocas existentes entre ellas, ante las posibles situaciones en las que puede hallarse la actividad empresarial debidas a factores externos incluso internos de gestión y de administración empresarial.

* Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid. Abogado.

Las desavenencias se producen entre las personas responsables tomando como base situaciones y circunstancias más o menos objetivas fundadas casi todas ellas a razones económicas, financieras, comerciales incluso del propio mercado de referencia.

1.1. Crisis económica- financiera

Las sociedades mercantiles se enfrentan a diario con problemas de financiación que se ha acrecentado, tras una crisis financiera abrupta global y permanente que desde 2008 azota despiadadamente a unos más que a otros dependiendo claro está de su prudencia y de un mayor o menor atino en la gestión de sus riesgos empresariales.

La falta de crédito empresarial puede derivar a un estancamiento del negocio y de la operatividad a medio y corto plazo de las iniciativas comerciales y empresariales. Cuando el tejido industrial de nuestro país gira en torno a la pequeña y mediana empresa (PYMES) los problemas de financiación y liquidez en la actividad aumentan y se intercomunican. Ello, puede ocasionar un colapso en las operaciones internas como también en las relaciones externas, con la clientela, las entidades financieras y los acreedores. Son vasos comunicantes en el que un simple obstáculo repercute directa o indirectamente a todos los involucrados de la cadena productiva y de distribución comercial.

Las sociedades que poseen un buen plan de negocio con una sólida reputación en el mercado pueden resultar sus actividades e iniciativas empresariales, desde un punto de vista financiero, inoperantes e inviables ante una excesiva y prolongada dependencia y carga financiera. Ello conlleva que tengan que tomar decisiones estratégicas, principalmente, con sus acreedores financieros y, por otro lado, con sus acreedores comerciales. Incluso verse compelidas a adoptar cambios significativos en sus estructuras internas que afecten considerablemente a la composición accionarial de la compañía, con la llegada de nuevos socios e inversores, la venta amistosa de una parte o departamento comercial, así como un aumento de capital social o la emisión de obligaciones y bonos convertibles o no en acciones.

Estos problemas de liquidez y de productividad en las empresas por el estrangulamiento financiero permiten la búsqueda de soluciones alternativas y también remedios preventivos al concurso.

2. ALTERACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS BÁSICAS SOBREVENIDAS E IMPREVISIBLES EN LAS CONDICIONES CONTRACTUALES

Las sociedades mercantiles constituyen organizaciones económicas e institucionales que desarrollan determinadas actividades empresariales, poniendo a disposición del mercado los bienes y servicios que producen o fabrican.

La imprevisibilidad y el carácter extraordinario de la situación económica y financiera actual pueden afectar a los contratos comerciales celebrados entre empresarios. Los contratos vinculan a las partes desde su perfeccionamiento incluso después de un cambio de circunstancias, de acuerdo con el principio "*pacta sunt*

servanda”, por cuanto que “*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos*” (art. 1091 CC). Los contratos obligan desde entonces no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, <<sinó también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, el uso y a la ley>> (art. 1258 CC).

Sin embargo, la alteración o modificación de los presupuestos fácticos que fueron recogidos en la redacción del clausulado contractual pueden y deben, a pesar incluso de no pactarse expresamente en el mismo, ser tenidos en cuenta para la adaptación contractual y, por ello, la continuidad de las obligaciones estipuladas en otro marco.

Esos cambios de la situación financiera e incluso comercial o de mercado pueden implicar desequilibrios no pretendidos en las condiciones contractuales que, sin embargo, se habían venido desarrollando en otro tiempo sin problema alguno sea de interpretación o de cumplimiento de las obligaciones. Independientemente del escenario político y económico una situación que en otro tiempo no constituía una controversia ahora si resulta, a consecuencia de la interpretación de una determinada cláusula o simplemente del vacío o laguna contractual. Incluso la imperiosa modificación de las condiciones contractuales para adaptarlas a las nuevas realidades y circunstancias del mercado. Todo ello, redunde en las causas de resolución del contrato entre las partes, la indemnización por incumplimiento, etc.

El deudor empresario en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación puede cumplir en un plazo razonable, suspendiéndose las obligaciones del perjudicado mientras no se haga efectiva la subsanación, conservando sus derechos indemnizatorios. Transcurrido el mismo sin que el deudor cumpla, el perjudicado puede dar por terminado el contrato y recuperar el precio, así como la petición de cualquier otro daño adicional. Es factible que los contratos estipulen un monto indemnizatorio en caso de incumplimiento culpable. En esos casos, el perjudicado no tiene que probar el daño sino hacer valer cláusula y la suma determinada, a menos que el tribunal considere que es notoriamente desproporcionada al daño efectivamente causado.

La actual coyuntura económico-financiera ha supuesto el resurgimiento de la dación en pago “*datio in solutum o pro soluto*” (entrega de la propiedad de un bien para liquidar una deuda¹). Mediante la dación en pago el deudor cede el bien al acreedor con efectos traslativos del dominio, quien consiente en recibir una prestación distinta a la pactada para extinguir la obligación y con efectos liberatorios para el cedente². Ello es debido a los problemas de iliquidez a las que se ven abocadas algunas empresas de modestas dimensiones estructurales y financieras. Estas situaciones generan la exclusión financiera y, en consecuencia, al concurso de acreedores. Sin embargo, las sociedades de gran tamaño se ven forzadas incluso a acudir a opciones impensables como la

¹ Un claro ejemplo, podemos encontrarlos en los deudores hipotecarios que podrán solicitar, y las entidades deberán aceptar, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda (Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos).

² Puede verse un breve estudio de la figura en PASTOR SEMPERE, C., “Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 21, 2014, pp. 121-145.

modificación estructural o el saneamiento e intercambio de deuda por capital³.

También, con frecuencia la aplicación de la doctrina “*rebus sic stantibus*”.

2.1. La cláusula “*rebus sic stantibus*”

La alteración sobrevenida de las circunstancias concurrentes en el momento de suscribir el contrato puede conllevar una ruptura del equilibrio entre las partes contratantes que convierta en excesivamente gravosa la prestación de una de ellas con respecto a la otra.

En estos supuestos, la cláusula “*rebus sic stantibus*” surge como remedio para restablecer el justo equilibrio entre las prestaciones que se ha visto alterado por circunstancias excepcionales sobrevenidas. El contrato es revisable o modificable siempre que concurren los presupuestos necesarios por la alteración de las circunstancias básicas. Ello significa que aunque los contratos sean en principio irrevocables resulta evidente que tienen excepciones, algunas de ámbito general- art. 1124 CC-, y otras en particular- arts. 1467, 1502 y 1503 CC-.

Esta doctrina a diferencia de otros ordenamientos⁴ carece de reconocimiento legal expreso en nuestro Derecho positivo. Existe como se ha dicho un silencio legal⁵, pero no significa que no exista y no pueda contemplarse. Fue admitida restrictivamente por su carácter peligroso y cauteloso por la jurisprudencia, estableciéndose sin embargo los presupuestos de aplicación según reglas de equidad y de justicia.

No obstante, existen en nuestro ordenamiento otras menciones y principios generales intrínsecamente relacionados con la figura como pueden ser el abuso de Derecho, la seguridad jurídica, la teoría del enriquecimiento sin causa, el error sustancial en la contratación, la equidad, la buena fe, el justo equilibrio o reciprocidad entre las prestaciones, la imposibilidad sobrevenida, el caso fortuito, la fuerza mayor, etc. A nivel autonómico podemos mencionar su reconocimiento en la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra- Ley 493- “*Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución*”.

La doctrina oscila respecto al fundamento técnico-jurídico de la modificación de la relación contractual, sus requisitos y presupuestos. Y, por supuesto, sus

³ Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE nº 238, de 1 de octubre de 2014).

⁴ Otros Ordenamientos jurídicos normativizan los efectos de la alteración de la base del negocio-*Geshäftsgrundlage*” en el BGB, la excesiva onerosidad sobrevenida en el Código Civil Italiano, o la “frustración” o “hardship” del Derecho anglosajón. Puede verse la regulación de la figura en distintos ordenamientos en MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., “La regulación de los efectos que sobre el contrato despliega una excesiva onerosidad en el Derecho comparado y en los textos internacionales”, en ORDUÑA MORENO, F. J., *La moderna configuración de la cláusula <<rebus sic stantibus>>*. *Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*, Civitas, 2013, pp. 25-107.

⁵ ALBALADEJO, M., Derecho Civil II, Vol. 1º, 9ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, p. 438.

consecuencias jurídicas⁶. La desaparición de la base del negocio en buena medida al principio de buena fe y la ruptura del mecanismo causal constituyen los fundamentos objetivos del fenómeno de la modificación y resolución por la alteración sobrevenida de las circunstancias en la relación obligatoria⁷.

La crisis económica ha propiciado que sea objeto de alegación permanente en los tribunales por la imposibilidad manifiesta de cumplimiento de lo estrictamente pactado⁸ pero ha sido con cierta acogida y punto de inflexión en 2013⁹. Desde este momento, se toma en consideración la figura siempre que se produzcan los requisitos y presupuestos, sin que su aplicación sea automática ni generalizada.

Aunque la crisis económica constituya un factor de cambio su concepto debe ser concretado y tipificado de forma que sea enlazada con la figura a la hora de su configuración y aplicación¹⁰.

Este cambio en la aplicación normalizada se ha justificado con la nueva configuración que de la figura ofrecen textos de armonización y actualización en materia de obligaciones y contratos (Principios de UNIDROIT¹¹, Principios europeos de Contratos¹² – *Principles of European Contract Law*- o el Anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del Código Civil¹³ y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea¹⁴).

La “*rati decidendi*” del juzgador en la resolución definitiva, por la cual motiva o fundamenta el fallo conforme a tales textos, se basa en considerar a tales textos como

⁶ Pueden verse las distintas posiciones en MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., “La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales en el Derecho español. La cláusula <<rebus sic stantibus>>”, *op.cit.*, pp. 112-119. Igualmente, en DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 63-78.

⁷ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1º, Tecnos, 1986, p. 886.

⁸ STS, Sala 1ª, de 27 de abril de 2012 (RJ 2012/4714), de 8 de octubre de 2012 (RJ 2012/9027).

⁹ Las STS, Sala 1ª, de 17 y 18 de enero 2013 (RJ 2013/1819 y 1604) reconocen que la actual crisis económica puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias. Es decir, la crisis económica constituye un factor de cambio de las circunstancias que debe ser ponderado en que aquellos caos que resulten dignos de tutela.

¹⁰ STS, Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 9188).

¹¹ Los Principios sobre contratos comerciales internacionales, elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado (UNIDROIT).

¹² Estos Principios han sido impulsados por la Comisión de Derecho Europeo de contratos o Comisión Lando. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un derecho contractual europeo más coherente (DOC 246, de 14 de octubre 2003). Estos Principios no se limitan a las relaciones mercantiles o comerciales sino que su objeto es aplicarse a los contratos en general.

¹³ Se propone en esta propuesta para el artículo 1213 el siguiente texto: “Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieran cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución comercial o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”. *Vid.* SALVADOR CODERCH, P., “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *Indret*, nº 4, 2009, pp. 1-60.

¹⁴ Esta propuesta (CESL) de 11 de octubre de 2011 ha sido enmendada por la Resolución Legislativa del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014.

complemento a nuestro ordenamiento jurídico, para buscar una solución jurídica a una laguna legal existente. Sin embargo, la aplicación en los Tribunales merece más que una reflexión en base al uso creciente que está realizando la jurisprudencia del TS. Son textos de diversas procedencias pero que responden a aspiraciones del tráfico jurídico internacional tendentes a la armonización y unificación de los distintos ordenamientos en materia de obligaciones y contratos.

El TS ha revisado y actualizado los criterios de aplicación hacia una progresiva objetivación de su fundamento técnico, alejada de los criterios subjetivistas, pero claramente compatible con el sistema codificado. No supone una ruptura respecto del principio general "*pacta sunt servanda*" ni tampoco de la estabilidad y mantenimiento de los contratos.

De este modo, ha establecido doctrina¹⁵ jurisprudencial sobre la caracterización general de la figura y de su régimen jurídico. Considera la Sala que resulta necesario el carácter extraordinario de la alteración de circunstancias, por el hecho notorio de la crisis económica, su notable incidencia en el mercado y su nota de imprevisibilidad en el marco de la distribución de riesgos del contrato. En este caso, la imprevisibilidad conecta con la asunción de los riesgos en el propio contrato. Es decir, que en el propio contrato la parte que invoca la aplicación no asuma expresa ni implícitamente el riesgo o no le sea imputable.

Además, requiere que dicha alteración o cambio de circunstancias produzca una ruptura de la razón de conmutatividad del contrato traducida en una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación de la parte afectada. Conlleva pues a una ruptura de la equivalencia entre las prestaciones.

Los efectos derivados de su acogimiento pueden ser resolutivos, modificativos y de integración o interpretación contractual¹⁶. No muestra ninguna duda que si las condiciones que eran tenidas en cuenta para las partes cambian necesariamente los pactos deben ser reestablecidos.

La cláusula "*rebus*" se despliega sobre el anormal desenvolvimiento del contrato a consecuencia de esta alteración o modificación de las circunstancias por quien cuestiona el cumplimiento contractual debido a un desequilibrio contractual por la excesiva onerosidad de las prestaciones.

Esa cláusula que puede llamarse implícita¹⁷ se encuentra en cada uno de los contratos. Surge precisamente cuando sea extraordinaria la alteración de la realidad que fue consentida en este momento y que ahora ese consentimiento tendría que ser de nuevo prestado de acuerdo a estas nuevas circunstancias. De este modo, nos planteamos lo que denominamos soluciones negociadas a la alteración de las circunstancias en el cumplimiento de las obligaciones y de los contratos.

¹⁵ SSTS, Sala 1ª, de 30 de junio y 15 de octubre de 2014 (RJ 2014/3526, JUR 2014/297115, JUR 2014/294451)- Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno-

¹⁶ Sobre los efectos derivados de la aplicación de la cláusula en la doctrina y jurisprudencia, vid. MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., "Las consecuencias derivadas de la excesiva onerosidad", en ORDUÑA MORENO, F. J., *La moderna configuración de la cláusula <<rebus sic stantibus>>. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*, Civitas, 2013, pp.208-233.

¹⁷ Así la cataloga, por ejemplo, NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A. *Derecho de obligaciones y contratos*, Civitas, 2011, p. 376.

Ese cambio de circunstancias debe ser significativo tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato como del equilibrio de las contraprestaciones¹⁸. A parte de la variación del marco que gira sobre el contrato es necesario que ésta afecte a la base del negocio, es decir, a su propósito negocial y al contenido económico esencial que informó al inicio la base del negocio perfeccionado.

Por tanto, la simple mención de la crisis económica no es suficiente fundamento para la aplicación de la cláusula *rebus sino que es necesario su prueba y relación de causalidad con la excesiva onerosidad*¹⁹.

2.2. Los Principios Unidroit

La globalización del mercado y a su vez la consecuente revolución de las telecomunicaciones en la industria y en el comercio propician que los operadores busquen la configuración de reglas uniformes que coadyuven a la implementación de zonas de libre comercio en el que las relaciones contractuales sean seguras y estables.

La opción de modernización del Derecho de obligaciones se pretende alcanzar con la armonización jurídica del Derecho sustantivo y la ley aplicable en los contratos mercantiles internacionales con el denominado “Derecho Uniforme del Comercio Internacional”²⁰. En la preparación de textos armonizados internacionales trabajan varios organismos especializados como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL o CNUDMI), el Instituto de Derecho Europeo instado por la Comisión Europea incluso dentro de la UE con sus fuentes normativas de aplicación directa o de transposición a Derecho interno de los Estados miembros.

Los Principios de UNIDROIT (PU) no son normas de derecho internacional privado sino reglas articuladas para los contratos comerciales internacionales en forma de texto articulado como instrumento opcional (*soft-law*) de carácter facultativo cuya aplicación dependerá de su elección por las partes.

Este conjunto de reglas que disciplinan el contrato pueden constituir un instrumento en el que las partes se valen de los mismos a la hora de interpretar determinadas cláusulas controvertidas del mismo, como complemento de normas y como modelo para las legislaciones nacionales o internacionales en la regulación de contratos internacionales²¹.

Como destaca su preámbulo pueden servir para interpretar o complementar el derecho nacional. De ahí que constituya una constante su aplicación práctica en las decisiones arbitrales y judiciales para la resolución de conflictos, sea como

¹⁸ ORDUÑA MORENO, F. J., *La moderna configuración de la cláusula <<rebus sic stantibus>>. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*, Civitas, 2013, p. 300.

¹⁹ ORDUÑA MORENO, F. J., *La moderna configuración de la cláusula <<rebus sic stantibus>>. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*, *op. cit.*, p. 306.

²⁰ Vid. ILLESCAS ORTÍZ, R., “El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su sistemática”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 207, 1993, pp. 37-91.

²¹ En ese sentido se pronuncia ILLESCAS ORTÍZ, R., “Los principios de UNIDROIT. ¿una nueva *lingua franca* para la redacción de los contratos comerciales internacionales?”, VV.AA., *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos de Comercio Internacional*, Aranzadi, 2ª., ed., 2003, pp. 385-386.

complemento del Derecho en los supuestos de lagunas jurídicas o en apoyo de una línea interpretativa jurisprudencial²².

Y, por otra parte, han recibido el respaldo de UNCITRAL²³ que recomienda la utilización de la edición de los PU sobre los contratos comerciales internacionales (2010), según proceda, con los fines a que se destinan. Desde sus comienzos han sido publicadas tres ediciones: 1994, 2004 y 2010.

Según el artículo 3.2.7 PU “excesiva desproporción” considera la excesiva desproporción como causa legal de anulación del contrato siempre que se otorgue a una de las partes una ventaja excesiva y se cumplan una serie de factores²⁴. Esa ventaja debe ser injustificada. Se disfruta de esa posición de debilidad de la otra parte a consecuencia de un estado de dependencia, de dificultades económicas incluso de falta de previsión y negociación, inexperiencia e impericia²⁵.

También, se reconoce que el juez pueda, a petición de la parte legitimada para anular el contrato o la cláusula, adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial. Incluso de quien recibió la notificación de anulación siempre que lo haga saber con suficiente y razonable antelación.

Sin embargo, la excesiva onerosidad constituye la excepción a la regla general de la obligación de cumplimiento de los contratos (art. 6.2.1 PU). Esta excesiva onerosidad (*hardship*) se produce no con una mera alteración sino siempre y cuando ésta sea “fundamental” por el acontecimiento de ciertos eventos. Nos encontramos con una circunstancia excepcionalidad que altere bien el costo de la prestación con incremento de su coste o que su valor disminuya de quien la recibe.

Dicho de otro modo, la excesiva onerosidad responde a una carga de contenido económico²⁶ a la que se ve una de las partes en una clara posición de desventaja o desequilibrio después de la celebración del contrato.

Esa excepcionalidad significa que dichos eventos no hayan sido previstos o tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato. Pero no basta con que esas circunstancias ajenas y excepcionales no fueran tenidas en cuenta sino que a su vez escapen de su control y que tal riesgo no fuese asumido en el

²² Puede verse en PERALES VISCASILLAS, P., “Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales”, en BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho contractual europeo*, Bosch, 2009, pp. 203-207. También, en MARTÍN SANTISTEBAN, S., “La aplicación de los principios Unidroit y los PDCE como *lex contractus* en la práctica judicial y arbitral”, VV.AA., *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, t.II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1495 y ss.

²³ En el Informe de su 45º período de sesiones, (A/67/17) de 25 de junio a 6 de julio de 2012 diciendo que “teniendo en cuenta que estos principios complementan una serie de instrumentos de derecho mercantil internacional, entre ellos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, felicita “al UNIDROIT por haber hecho una nueva aportación para facilitar el comercio internacional preparando normas generales sobre los contratos comerciales internacionales”

²⁴ (a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y (b) la naturaleza y finalidad del contrato.

²⁵ Vid. TIMOTEO M., “Desequilibrios contractuales y adecuación del contrato en los principios Unidroit”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 229, 1998, pp. 1274-1275.

²⁶ En ese sentido, MADRID PARRA, A., “Cumplimiento”, en VV.AA., *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos de Comercio Internacional*, Aranzadi, 2ª., ed., 2003, p. 315.

contrato [6.2.2 a) b) y c)]²⁷. Y además, produzcan sea directa o indirecta un desequilibrio no ya de su posición contractual sino económica. Así pues, la excesiva onerosidad pretende buscar con la buena fe y la equidad el reequilibrio entre las prestaciones sobre aquellas pendientes de cumplimiento o de ejecución.

En el caso de que nos encontremos con una excesiva onerosidad, la parte puede reclamar una renegociación inminente, siempre y cuando se indique la información y los fundamentos necesarios en que basa dicha reclamación [art. 6.2.3 (1)]. De este modo, se pretende que a quien se dirija pueda determinar si la renegociación se encuentra o no justificada, siempre con respeto a los principios generales de buena fe y de cooperación que se deben las partes.

La petición por sí misma no conlleva la suspensión del cumplimiento. La falta de acuerdo por las partes en un tiempo prudencial posibilita que cualquiera de ellas pueda ejercitar sus acciones correspondientes en los tribunales. La acción por la cual se peticiona que se declare la excesiva onerosidad permite al tribunal, a petición de parte, resolver o adaptar el contrato para reestablecer el equilibrio perdido [art. 6.2.3 (4) a y b].

Estas dos opciones, como indicaba con anterioridad, no constituyen una facultad para el juez sino para las partes en la medida en que puedan someter al tribunal/árbitro que declare, primeramente, la concurrencia de la excesiva onerosidad y, en segundo o tercer lugar, la resolución o adaptación del contrato, según el orden de preferencia o con un carácter subsidiario. Se faculta a un tercero el poder de control, adaptación, modificación y resolución del contrato. Pero no puede compeler a la partes a reintentar la renegociación.

Para el caso de que no reconozca dicha situación mantendrá en sus justos términos el cumplimiento del contrato, por lo que dejará sin alteración el mismo. En este caso, puede entenderse como otra opción facultativa, que sería la tercera²⁸, y es que el juez/árbitro opte por ajustarse al contenido del contrato decantándose por mantener el principio de "*pacta sunt servanda*". Pero en el caso de que estime la existencia de "excesiva onerosidad" tendrá inexcusablemente que resolver motivada y razonablemente el conflicto con la resolución del contrato o con su conservación ajustándolo lo más posible a lo pedido, siempre teniendo en cuenta los principios de buena fe, equidad y justo equilibrio de las prestaciones.

²⁷ Como señala MADRID PARRA, A., "Cumplimiento", *op. cit.*, p. 316: <<han de concurrir en esa situación cuatro requisitos, esto es, que la parte en desventaja: a) desconociera los sucesos al momento de celebrar el contrato, b) razonablemente no podía preverlos al momento de celebrar el contrato, c) no puede controlar dichos sucesos, d) no asumió el riesgo de tales sucesos>>. Como señala el art. 6.2.2:" a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja".

²⁸ Así es entendida por DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La cláusula rebus sic stantibus*, *op. cit.*, p. 307.

2.3. La excesiva onerosidad y el equilibrio de las prestaciones

La excesiva onerosidad de las prestaciones no significa la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de las obligaciones²⁹. Nos encontramos con la no aplicación de la figura cuando haya sido pactada la asunción del riesgo sobrevenido de la realidad por una de las partes.

Resulta claro que las partes pretenden en el contrato con el cumplimiento de su prestación el resarcimiento a título lucrativo con la prestación del otro. Esa es la causa que se haya presente en los contratos onerosos³⁰. Quiere ello significar que los intereses son patentes en una y otra, de quien los da y de quien los recibe. La expectativa de beneficio patrimonial descansa en la causa del contrato y principalmente en los contratos mercantiles en atención al ánimo de lucro de las prestaciones onerosas.

Ahora bien, pueden preverse que aquéllos queden intactos o inalterados mediante la incorporación contractual de cláusulas de estabilización o de revisión.

En estos casos, las partes intentan corregir las variaciones o desviaciones que pueden experimentar en el mercado los precios sobre determinadas mercancías o materiales. Incluso es factible que uno de ellos dada su posición dominante llegue a anticiparse no afectándole en demasía esa alteración pero sí a aquella otra que no lo percibió o ni siquiera tenía por qué conocerla. Ello no significa que el contrato sea más oneroso para este último. Distinto sería que resultando previsible no hubiera adoptado nada al respecto.

La excesiva onerosidad ocasiona en la mayoría de las ocasiones una pérdida de oportunidad o un incremento de los costes de las prestaciones o en su caso a una disminución o pérdida del valor o interés patrimonial de la contraprestación. Viene especialmente representada con los costes de producción y de ejecución del cumplimiento de la obligación que convierta sustancialmente la prestación programada. El cambio que produce en la actividad económica esas nuevas circunstancias puede comportar la inviabilidad económica a consecuencia de unas fuertes pérdidas o la completa desaparición de cualquier margen de beneficio económico frente a la situación que le comporta a quien lo recibe.

La excesiva onerosidad equivale a un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones por la alteración de las circunstancias entre el momento de la celebración del contrato y el cumplimiento de la obligación estipulada. No se trata de que el deudor no pueda cumplir sino que la prestación ha devenido más onerosa por ese cambio incluso imposible.

El contrato en el que surgen obligaciones recíprocas parte de la exigencia de una reciprocidad real y económica, en tanto que cualquier duda en la interpretación del contrato oneroso se resolverá a favor de la mayor reciprocidad de intereses (art. 1289

²⁹ Vid. MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., La excesiva onerosidad sobrevenida como presupuesto para la relevancia del cambio de circunstancias, en ORDUÑA MORENO, F. J., *La moderna configuración de la cláusula <<rebus sic stantibus>>...op.cit.*, pp. 149 y ss.

³⁰ Artículo 1274 CC: “en los contratos onerosos se entiendo por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera”.

CC) o en su caso aplicando la regla del *favor debitoris*³¹ (art. 59 CdC). Aunque dado que puede ser complicado quien puede resultar deudor en las obligaciones recíprocas <<habría de prevalecer el principio general del derecho de la contratación de justo equilibrio de las prestaciones³²>>

Se parte en restablecer el equilibrio no tanto en lo jurídico sino más bien en el sentido económico en el cumplimiento de la causa del contrato. Pero también parece contrario a la buena fe exigir al deudor el cumplimiento de lo estrictamente pactado cuando la alteración de las circunstancias haya dejado de ser significativa a lo que esperaba recibir por el cumplimiento de su prestación. Igualmente, restablecer el equilibrio contractual puede efectuarse mediante el uso de la equidad (art. 3.2 CC).

Los contratos obligan no sólo a lo estrictamente pactado sino también a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe (arts. 1258 y 7.1 CC). La buena fe en los contratos mercantiles adquiere una mayor significación en cuanto que aquéllos <<se ejecutarán y cumplirán de buena fe>> (art. 57 CdC). La buena fe tiene un carácter objetivo e imperativo que cumple una función de integración³³.

En esta situación compleja el perjudicado tendrá que comprobar que esa alteración de circunstancias de la base del negocio afecta propiamente a la causa del contrato o que simplemente resulta necesario su adaptación, modificación o integración a las nuevas realidades que se han mostrado diferentes al momento de su celebración.

Resulta necesario que se pruebe el vínculo existente o la relación de causalidad entre la alteración de circunstancias y la excesiva onerosidad³⁴, o bien que las expectativas económicas de base han sido frustradas o malogradas. Como se ha cambiado la base del negocio es necesario su restablecimiento como consecuencia de la buena fe contractual y del justo equilibrio y equitativo de las obligaciones.

2.4. La imposibilidad sobrevenida en el cumplimiento de la prestación

La imposibilidad sobrevenida es aplicable a todo tipo de obligaciones³⁵. La imposibilidad sobrevenida, objetiva o subjetiva, sea por un impedimento inherente al contenido de la obligación- prestación- que se opone a la exigibilidad o intrínseco en la persona o en su esfera patrimonial debe generar una imposibilidad efectiva de cumplimiento. No basta o no debe confundirse con una mera dificultad en el cumplimiento³⁶. Tampoco con dificultades económicas sobrevenidas de forma

³¹ SÁNCHEZ CALERO F y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, 35ª ed., 2012, p. 201: “El art. 59 establece que si se originasen dudas que no puedan resolverse con arreglo a lo estipulado en el C. de c. ni en el civil, se decidirá la cuestión a favor del deudor (el art. 1289 del C.c., al establecer unos criterios para <<cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas>>, parece hacer prácticamente innecesaria la norma del art. 59”.

³² PEINADO GRACIA, J. I., “Las obligaciones y los contratos mercantiles”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G y DÍAZ MORENO, A (Coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Tecnos, 17ª ed., 2014, p. 400.

³³ Vid. MONTES RODRÍGUEZ, Mª. P., “El art. 1258 CC y las fuentes de integración objetiva del contrato” en VV.AA., *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, t.II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1737-1747.

³⁴ ORDUÑA MORENO, F. J., *La moderna configuración de la cláusula <<rebus sic stantibus>>*. *Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*, op.cit., p. 314.

³⁵ STS, de 19 de octubre de 2012 (RJ 2012/10126).

³⁶ SSTs de 12 de marzo 1994 (RJ 1994/1742), 20 de mayo 1997 (RJ 1997/3890) y 21 de abril de 2006

extraordinaria.³⁷

Por otro lado, la imposibilidad efectiva va incluso referida a la noción de imputabilidad para tener carácter liberatorio. La imposibilidad sobrevenida puede darse incluso cuando la prestación no ha devenido en imposible en su integridad. De este modo, la imposibilidad sobrevenida se encuentra centrada más en los efectos liberatorios del deudor y extintivos de la propia obligación (arts. 1182 y 1184 CC).

Como señala DÍEZ PICAZO³⁸: “la imposibilidad sobrevenida es sólo un obstáculo o impedimento de la pretensión de cumplimiento: no se puede pedir el cumplimiento de aquello que resulta imposible”.

Por tanto, la imposibilidad en el cumplimiento de la obligación ante una dificultad extraordinaria hace que sea revisable, si ello fuera posible. En caso contrario, la obligación se extinguirá por equiparación a lo imposible.

La imposibilidad sobrevenida por excesiva onerosidad de los artículos 1182 y 1184 CC, en relación con la variación de circunstancias, debe ser probada en virtud del artículo 217.3 LEC. No basta con el hecho notorio de la crisis económica sino que es necesario que se prueben y se valoren múltiples factores³⁹ -la imposibilidad de financiación y la insuficiencia económica, etc.- como circunstancias absolutamente imprevisibles al tiempo de perfeccionamiento del contrato. En ese sentido existe una línea jurisprudencial menor que limita la aplicación de la cláusula *rebus*, acerca de la imposibilidad sobrevenida, a la modificación del contrato, sin que alcance a la resolución⁴⁰.

3. PRECONCURSALIDAD E INSOLVENCIA

El panorama económico y financiero ha sido contemplado por la jurisprudencia como un “hecho notorio⁴¹” incluso reconocido por el legislador⁴². En este contexto entra en consideración la situación preconcursal del deudor y consecuentemente su estado de insolvencia.

La posible aplicación de la cláusula *rebus* se encuentra excluida, por la tipicidad jurídica de la insolvencia que se muestra encauzada mediante un procedimiento legal concursal⁴³. Sin embargo, esa alteración de las circunstancias que informaban el contrato puede presentar en una de las partes una dificultad o imposibilidad de cumplimiento por cuanto que éste dependía exclusivamente de una garantía externa que

(RJ 2006/1875).

³⁷ SAP de Granada, Sección 5ª, de 23 de abril de 2010 (JUR 2010/357569).

³⁸ DIEZ-PICAZO, L., “Prólogo”, en MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, Civitas, 2006, p. 13.

³⁹ Pueden verse en la SAP de Zamora (Sección 1ª), de 28 de octubre de 2013 (JUR 2013/375323).

⁴⁰ SAP de Madrid, Sección 14ª, de 14 de noviembre (JUR 2014/62319).

⁴¹ STS de 26 de abril de 2013.

⁴² Reales Decreto Leyes 6 y 27/2012, de 9 de marzo y de 15 de noviembre. Igualmente, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE nº 116 de 15 de mayo 2013).

⁴³ ORDUÑA MORENO, F. J., *La moderna configuración de la cláusula <<rebus sic stantibus>>. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*, op. cit., p. 307.

ahora no tiene y que carece de cualquier signo de renovación.

La financiación que a largo plazo disponía la sociedad para el negocio subyacente en el contrato de base constituía tanto el contenido como la causa del negocio suscrito. Esta imposibilidad financiera a la que unimos posibles disminuciones en la cartera de clientes y en la propia demanda interna conlleva a que la sociedad no pueda cumplir y atender regularmente a sus obligaciones con sus acreedores.

En esta línea se está afirmando la necesidad de permitir y regular soluciones alternativas al concurso en las cuales el deudor y el acreedor pueden alcanzar determinados acuerdos alternativos o complementarios al concurso. Significa que conocida la situación preconcursal del propio deudor incluso del acreedor se vean semiforzados a los acuerdos amistosos ante la desidia y el desinterés mutuo por el proceso judicial.

Los riesgos a que se enfrentan unos y otros con el procedimiento judicial son de gran entidad, unidos a la propia ineficacia que en la práctica ha venido constituyendo la LC⁴⁴.

La Ley de emprendedores⁴⁵ introdujo el instrumento del “acuerdo extrajudicial de pagos⁴⁶ y el mediador concursal⁴⁷” para constituir una alternativa preconcursal que permita, por un lado, evitar la insolvencia y el concurso. Y, por otro, la continuidad del negocio y de la empresa con la negociación de los deudores de sus deudas con los acreedores. Es un procedimiento preconcursal sometido a la LC que faculta al deudor empresario la renegociación de su deuda y la continuidad del negocio, para poder dejar de lado el procedimiento concursal.

El acuerdo extrajudicial de pagos es un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya sean personas físicas o jurídicas, similar a los existentes en los países próximos (EM II). El acuerdo extrajudicial constituye una alternativa al concurso.

⁴⁴ GARCÍA-CRUCES, J. A., *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial en el Derecho español*, Aranzadi, 2014, p. 132

⁴⁵ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE nº 233 de 28 de septiembre 2013). Adiciona un nuevo título X a la Ley Concursal bajo el título “El acuerdo extrajudicial de pagos”.

⁴⁶ Vid. SÁNCHEZ CALERO, J y FUENTES, M., “El acuerdo extrajudicial de pagos y el concurso consecutivo”, en RUIZ DE IZA, P y BARBER MARRERO (Dir.), *Cuestiones actuales sobre Derecho Concursal*, Civitas, 2014, pp. 279-307; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., “La introducción del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal en la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 135, 2014, pp. 233-259.

⁴⁷ GALLEGO, E., “La mediación concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 31, 2014, pp. 11-63. Sobre la figura y su aseguramiento, vid. TAPIA HERMIDA, A.J., “El seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales”, *Revista de Derecho Concursal y paraconcursal*, nº 21, 2014, pp. 41-51. CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., “El seguro del mediador concursal”, *Revista Española de Seguros*, nº 159, 2014, pp. 257-283.

4. LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

4.1. La buena fe, lealtad y cooperación

Las conversaciones y negociaciones en el inicio y preparación de un contrato comúnmente denominado tratos preliminares se encuentran inspiradas en la buena fe contractual⁴⁸.

La buena fe es un principio general en la contratación que impone a las partes un deber de diligencia leal en el tráfico jurídico. La trasgresión de los deberes derivados de la buena fe⁴⁹ en el curso de las negociaciones puede generar responsabilidad por culpa *in contrayendo* o responsabilidad precontractual⁵⁰.

Esa responsabilidad deriva de una conducta contraria a la buena fe⁵¹, que puede ocasionar unos gastos, responsabilidades y costes personales y materiales. Todo aquél que actúa en el proceso de negociación de mala fe para la celebración de un contrato mercantil será responsable de los daños que ocasione a la otra de buena fe.

La buena fe es exigible tanto si fructifica como si no el acuerdo contractual. Se considera mala fe el hecho de entrar en negociaciones o de continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo⁵². Ese deber de buena fe es tanto precontractual como contractual, como también lo son el de confidencialidad y cooperación⁵³.

Las partes han de ser leales la una con la otra en la negociación. Significa pues que todo acto debe estar presidido tanto de la buena fe en su sentido subjetivo como de la lealtad y confidencialidad en su lado objetivo, como piezas elementales de la construcción e interpretación de las negociaciones previas, del contenido y ejecución del contrato.

El contrato deberá interpretarse conforme a la intención común de las partes⁵⁴, teniendo en cuenta la conducta de las partes tanto en las negociaciones previas como durante su fase contractual y de ejecución.

⁴⁸ El principio de buena fe aparece recogido en el art. 7 CC en relación con el artículo 1258 CC y con el 57 CdC.

⁴⁹ Entre los deberes como señala DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, *op.cit.*, p. 201: “Estos deberes de veracidad y de buena fe pueden tener un alcance muy diverso: Por ejemplo: veracidad de las informaciones que se suministran, diligencia en responder, secretos, etc.”.

⁵⁰ *Vid.* GARCÍA RUBIO M^a P., “La responsabilidad precontractual en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos”, *Boletín del Ministerio de Justicia* nº 2130, 2011. Sobre la responsabilidad precontractual en los principios del Derecho Europeo de Contratos, DÍEZ PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, 2002, pp. 197-200.

⁵¹ Esa buena fe constituye el marco de comportamiento al que deben ajustarse las partes tanto en los tratos preliminares como durante la ejecución del contrato. Y que en el ámbito comercial es un presupuesto esencial y especial en el tráfico.

⁵² Art. 412-2.1 PCM.

⁵³ Son deberes que se encuentran conectados tanto en la fase preparatoria como de cumplimiento y de ejecución del contrato. Se encuentran regulados en los artículos 412 y 415-4. Sobre la delimitación entre buena fe, lealtad y cooperación, *vid.* ESTEBAN DE LA ROSA, G., “El principio de cooperación en la contratación”, en SÁNCHEZ LORENZO, S (Ed.), *Derecho contractual comparado*, Civitas, 2^aed., 2013, pp. 1002-1010.

⁵⁴ Art. 414-1 PCM.

4.2. La excesiva onerosidad y renegociación

La PCM ha dado un paso decidido hacia la formulación legal de lo que se conoce “excesiva onerosidad”, como salvedad al mantenimiento y cumplimiento del contrato. Entiende por onerosidad sobrevenida cuando con posterioridad a la perfección del contrato ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte perjudicada, escapen del control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos.

La parte contractual que se encuentre en esa situación no puede suspender el cumplimiento de sus obligaciones, pero sí podrá sin demora solicitar a la parte la renegociación, expresando las razones en que se funde.

Las revisiones contractuales pueden darse por las partes en forma de negociaciones directas incluso informales. La integración de cualquier cambio en el contrato se haya en la libre decisión de las partes, en cualquier momento, conforme a las reglas de la buena fe. Es factible que incluso en el propio contrato se establezca la posibilidad de la negociación siempre que se cumplan una serie de formalidades y deberes para las partes o simplemente la facultad a una de ellas o a un tercero imparcial a que pueda introducir los cambios.

Ese acuerdo de renegociación del contrato debe establecerse en un plazo razonable. En caso contrario, cualquiera de las partes puede exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale⁵⁵.

De este modo, la influencia de los PU sobre contratos comerciales (2010)- 6.2.2. 6.2.3- aparece muy acusada y expresamente reconocida en su preámbulo⁵⁶. Por otro lado, podemos mencionar la cláusula “*close-out netting*” que se refiere a acuerdos o convenios de vencimiento exigible anticipadamente de obligaciones y de liquidación por compensación como mecanismo de garantía o de mitigación del riesgo de crédito o de mercado.

⁵⁵ Art. 416.2 Propuesta de Código Mercantil (PCM)- Libro IV. Obligaciones y de los contratos mercantiles en general. Capítulo VI. De la extinción y excesiva onerosidad-.

⁵⁶ Así lo destaca VÉRGEZ, M., “La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la <<Propuesta de Código Mercantil>>, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A., *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Aranzadi, 2014, p. 320:“... Como aclara la Exposición de Motivos de la <<Propuesta de Código>> y como no podía ser de otra forma-, se ha elaborado teniendo en cuenta las normas básicas contenidas en los trabajos realizados a nivel internacional para unificar las reglas que en materia de contratos han de aplicarse al tráfico mercantil. Destacando fundamentalmente la Convención de de las Naciones Unidas sobre el contrato de compraventa de mercaderías- que ya es Derecho vigente en nuestro Ordenamiento-, un texto muy bien elaborado que ha jugado un papel muy importante en la nueva dogmática del contrato; los Principios sobre los contratos comerciales internacionales para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), y los trabajos de la Comisión Landó sobre Derecho Europeo de Contratos”.

5. CONSIDERACIONES FINALES

La aclaración de los institutos y principios en que se inspiran las obligaciones y contratos en general y, en especial, los comerciales es vital para que las relaciones contractuales encuentren perfecto acomodo en un marco normativo en que se garantice la legalidad y la seguridad jurídica. El manejo de uno y de otros por los intérpretes *iuris* es positivo y enriquecedor para nuestro sistema jurídico.

La situación económica actual descansa con ciertas objeciones en nuestra normativa vigente, pero ha hecho que aquello que era sencillo de resolver con ella ahora no resulta tanto y se tenga que reflexionar sobre la conveniencia de ir más allá a lo que desde hace bastantes años se ha ido trabajando por el denominado Derecho Uniforme y ahora a vueltas con el proceso de codificación. Es por ello, por lo que el jurista es ayuda y consejero permanente, instruyendo a los particulares sobre las fórmulas de los negocios y de los contratos, facilitando respuestas a los problemas que suceden en la práctica comercial nacional y supranacional. Esperemos que así siga siendo.

ALGUNAS DUDAS SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

Ya en el año 2008, concretamente en mayo de 2008, manifestaba la Revista Aranzadi Civil, bajo el título *La tentación y el Código de comercio*, mi preocupación por que la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación acometiese una regulación minuciosa de los contratos mercantiles al tiempo que optase por una decidida ampliación de su campo de aplicación en la elaboración de un borrador o Propuesta de nuevo Código de Comercio. Preocupación por entender que, sin perjuicio de la incuestionable cualificación técnica de los integrantes de dicha Sección, semejante deriva tendría –creía yo y sigo creyendo– consecuencias negativas para nuestro Ordenamiento de alcance imprevisible.

La preocupación respondía a que, dadas las circunstancias, era difícil que semejante planteamiento no prosperase. Esas circunstancias eran diversas: el empeño de la doctrina mercantilista por reivindicar para el Derecho Mercantil la regulación de los contratos mixtos (los celebrados entre comerciantes o empresarios y particulares) y de los contratos de consumo, el propósito de garantizar la unidad del mercado, indispensable para el tráfico mercantil, a través de una regulación unitaria de los contratos, que sólo podría garantizar la legislación mercantil, y no la legislación civil, debido al reparto competencial de una y otra materia llevado a cabo por el artículo 149.1.6 y por el artículo 149.1.8 CE; habida cuenta de la interpretación de este último por los poderes públicos y por nuestro Tribunal Constitucional, a la hora de acotar la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas con propio derecho civil, foral o especial, respecto al mismo.

Una muestra evidente del éxito de la doctrina mercantilista en sus reivindicaciones nos lo ofrece la legislación sobre contratos de consumo. Resulta que tanto nuestro legislador como nuestro Tribunal Constitucional han propiciado la posible calificación de dichos contratos como mercantiles cuando, optando por no deslindar entre la legislación civil y la legislación mercantil, atribuyen conjuntamente al artículo 149.1.6 y 8 el título competencial en las leyes relacionadas con la contratación de consumo. Así ocurre con la Ley 7/1988, sobre condiciones generales de la contratación, la Ley 34/1988, General de Publicidad, la Ley 7/1995, de crédito al consumo, la Ley 21/1995, reguladora de los viajes combinados (derogada por el RDLeg. 1/2007), la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista, la Ley 23/2003, de garantías en la venta de bienes de consumo (derogada por el RDLeg. 1/2007), el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el RDLeg. 1/2007, la Ley 29/2009, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (derogada por el RDLeg. 1/2007), la Ley 22/2007, sobre

comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, la Ley 43/2007, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio, la Ley 4/2012, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

Como ya he apuntado, a ese mismo criterio de comodidad se acoge frecuentemente el Tribunal Constitucional para denegar competencia legislativa sobre contratos de consumo a las Comunidades Autónomas. Ciertamente que la STC 71/1982, de 30.11 (BOE 29.12), dictada en recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 10/1981 del Estatuto del Consumidor de la Comunidad del País Vasco, atribuye la competencia legislativa al Estado sobre las condiciones generales de la contratación y sobre la responsabilidad por los daños de los consumidores derivados del disfrute de bienes o servicios, en base al art. 149.1.8 CE (FFJJ 14 y 19). Pero ya la STC 88/1986, de 1 de julio (BOE 22.7), dictada en los recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 1/1983 de Cataluña, de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales, remite conjuntamente al art. 149.1.6 y 8 CE a la hora de garantizar que la legislación autonómica no introduzca “derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas” (FJ 5). Lo que se reitera en algunas SSTC posteriores. Así, la STC 62/1991, de 22 de marzo (BOE 24.4), dictada en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley gallega 12/1984, del Estatuto gallego del consumidor y usuario, en relación con el contenido de los contratos y las acciones de incumplimiento, saneamiento y resolución (FJ 4.e); la STC 264/1993, de 22 de julio (BOE 18.8), dictada en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley aragonesa 9/1989 de Ordenación de la actividad comercial en Aragón (FJ 5). Así la STC 157/2004, de 23 de septiembre (BOE 22.10), dictada en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley navarra 17/2001, reguladora del comercio en Navarra (FJ 11).

Pero, aun es más, la STC 4/2011, de 14 de febrero (BOE 15.3), dictada en una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, declara la inconstitucionalidad parcial del artículo 34.1 del Decreto Legislativo catalán 1/1993, de comercio interior, referido a la venta en rebajas (regulada en los arts. 24 a 26 de la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista), por entender que invade la competencia exclusiva del estado en materia de legislación mercantil (art. 149.1.6 CE) del Derecho de la competencia (FJ 5).

Todo ello resulta sorprendente si se repara en la continuada vigencia de los artículos 325 y 326 del Código de comercio, que excluyen de su ámbito de aplicación las compraventas mixtas, las celebradas entre comerciantes o empresarios y particulares, que consecuentemente siguen siendo compraventas civiles: sólo “Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa” (art. 325), por lo que “No se reputarán mercantiles: 1º. Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquirieren” (art. 326).

Cabe felicitar por la nueva redacción del artículo 59 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el mismo. En efecto, donde antes el artículo 59.2, párrafo 1º, decía que “Los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles”, ahora se ha cambiado el final, cuyo tenor literal remite como supletorio al “derecho común aplicable a los contratos” ¿Se ha dado cuenta finalmente nuestro legislador de que los contratos con consumidores son civiles, como todos los contratos mixtos?

Volvamos al comienzo para añadir ahora que así ha sido, en efecto. Se ha confirmado lo que se veía venir. La Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación ha terminado redactando (y difundiendo) una Propuesta de Código Mercantil con las mencionadas características en materia de contratos, posteriormente aprobada como Anteproyecto de Ley de Código Mercantil por el Consejo de Ministros con fecha de 30 de mayo de 2014, previa supresión o modificación de algunas materias: los contratos de distribución, el contrato de transporte, los contratos turísticos, los contratos financieros, por lo que se refiere a la regulación de los contratos.

De manera que el Libro V de ese Anteproyecto de Código Mercantil, dedicado a los contratos mercantiles en particular, regula la compraventa de bienes muebles y de bienes inmateriales, la compraventa de bienes inmuebles, las ventas al gusto o con reserva de aprobación, las ventas a ensayo o prueba, las ventas con precio aplazado, el suministro, la permuta, el contrato de obra, los contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales, el contrato de comunicación electrónica, el contrato de alojamiento de datos, el contrato de publicidad, el contrato de difusión publicitaria, el contrato de creación publicitaria, el contrato de patrocinio, el contrato de reclamo mercantil o *merchandising*, el contrato de permuta publicitaria o *bartering*, el contrato de admisión a subasta pública, el contrato de cesión de bienes inmateriales, el contrato de licencia de bienes inmateriales, el contrato de fianza o aval, el contrato de cuenta corriente, el contrato de comisión, el contrato de agencia, el contrato estimatorio, el contrato de mediación, el contrato de participación, el contrato de depósito, los contratos de transporte terrestre, marítimo, aéreo, el contrato de depósito de dinero, el contrato de préstamo, el contrato de apertura de crédito, el contrato de crédito documentario, el contrato de arrendamiento financiero o *leasing*, el contrato de confirmación financiera o *confirming*, los contratos de seguros, los contratos de mediación de seguros.

De manera que previamente el Libro IV, referido a las obligaciones y a los contratos mercantiles en general, regula la fase preparatoria del contrato, la perfección y la modificación del contrato, la interpretación de los contratos, el contenido del contrato, la extinción y excesiva onerosidad, el incumplimiento de los contratos, la contratación electrónica, la contratación en pública subasta, la contratación automática,

las condiciones generales de la contratación, las cláusulas de confidencialidad y exclusiva, la cesión de créditos mercantiles.

Regulaciones las enumeradas que se aplican a los contratos en que intervenga un operador del mercado (art 001-3.1.a) del Anteproyecto), calificación que se atribuye a los empresarios (incluidos los que desarrollan actividades agrarias y artesanales así como todas las sociedades mercantiles), las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado, las personas jurídicas, los entes sin personalidad jurídica, las sociedades y entidades no españolas que ejerzan alguna actividad empresarial o de las antes descritas (art. 001-2 del Anteproyecto), incluidos los contratos de consumo (en cuyo caso la aplicación será supletoria de la legislación protectora de los consumidores – art. 001-3.2 del Anteproyecto), y a los contratos que el Anteproyecto califique de mercantiles (art. 001-3.1.b) del Anteproyecto). Ámbito de aplicación que se confirma o reitera a lo largo del Libro V.

Semejante regulación de los contratos se presenta pues con la pretensión de relegar a una posición secundaria y residual la contenida en el Código Civil, desplazando así a este de su papel de Derecho común, por lo que se refiere a la mencionada materia, al igual que todas las restantes objeto del Anteproyecto. Así queda reflejado en el último de los cuatro artículos que el Título Preliminar dedica a su ámbito de aplicación: sus normas serán supletorias de la legislación mercantil específica que permanezca fuera del Anteproyecto, mientras que supletorio del mismo serán los usos de comercio y, “en su defecto, las normas de la legislación civil, según su sistema de fuentes” (art. 001-4 del Anteproyecto).

Esta elevación del Código Mercantil a la categoría de Derecho común supone prescindir totalmente de lo que hasta ahora ha sido considerado como tal en nuestro Ordenamiento, así como da la función que se le atribuye. Un Derecho común es precisamente el que no tiene necesidad de recurrir a otro Derecho supletorio, al ser completo por sí mismo. Nuestro Derecho común es el Código Civil. A él se refiere su artículo 14 cuando habla de *derecho civil común*, de *territorio de derecho común* y de *vecindad de derecho común*, porque el Código Civil deroga y sustituye “todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común que son objeto” del mismo, “así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio” (art. 1976 CC). De ahí que sus disposiciones se apliquen como supletorias en las materias regidas por otras leyes. Así lo establecía el artículo 16 de su redacción originaria (“En las materias que se rijan por Leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código”) y así lo establece ahora el artículo 4.3: “función [de derecho supletorio] que, siguiendo la línea del anterior artículo 16, corresponde al Código Civil, exponente todavía de los principales rasgos caracterizadores del derecho común” (párrafo 17º de la Exposición de Motivos del Decreto 1876/1974, por el que se aprueba con fuerza de Ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil). Ello refleja el significado y valor que se quiso asignar en el momento de la codificación a los códigos civiles como cuerpos legales

encaminados a sustituir al *Corpus iuris civilis* (Digesto), Derecho común en toda Europa hasta ese momento (en Castilla por medio de las Partidas). Y es que si el Código Civil venía a erigirse en el nuevo Derecho común, ello suponía que el mismo pretendía regular la vida social en su totalidad, por consiguiente contenía y se inspiraba en los principios generales ordenadores de esa vida social, y, por consiguiente también sería, al igual que el Digesto, el Derecho supletorio, al que acudir para integrar las lagunas de todos los demás textos legales.

Terminaba esa Tribuna de Aranzadi Civil con algunas preguntas que me inducían a expresar mis dudas sobre el acierto de esa hipotética opción legislativa acometida por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, incluso una vez aceptado en principio el planteamiento del que parte. Transcribo lo que decía:

[...] semejante consolidación del Código de Comercio con respecto al derecho de contratos supone en la práctica *dinamitar* el Código Civil, concretamente en su Libro IV, que quedaría reducido a la regulación de una contratación *marginal* ¿Se extenderá dicha postergación a la parte general de contratos? ¿Cómo se solucionará la relación indisoluble entre el derecho de contratos y el derecho de obligaciones?

Estas preguntas se relacionan con la necesaria coordinación entre la regulación de las obligaciones -que seguiría siendo materia del Derecho Civil y concretamente del Código Civil- y la regulación de los contratos mercantiles.

La doctrina mercantilista habla de una *generalización del Derecho mercantil*, como consecuencia de su evolución, que, partiendo de los actos de comercio como definidores del mismo, pasando por considerarlo sucesivamente como Derecho de la empresa primero y como Derecho del tráfico en masa después, termina por definirlo como el Derecho privado del mercado. De ahí que se propicie que toda la contratación que se produzca habitualmente en el mercado, es decir, toda la contratación en la que una de las partes sea un operador del mercado quede regulada por el Derecho mercantil. Lo que abre la puerta de par en par a la regulación de todos los contratos introducida en el Libro V del Anteproyecto de Código Mercantil, con la justificación de que, siendo competencia exclusiva del Estado la legislación mercantil (art. 149.1.6 CE), ello garantizará la unidad del mercado nacional, a diferencia de lo que ocurriría si esa contratación en el mercado nacional quedase sometida a la legislación civil (al Código Civil), cuya unidad queda cuestionada, al depender del desarrollo legislativo de los derechos civiles forales o especiales (art. 149.1.8 CE). Es obvio que se parte de la premisa -cuestionable-, según la cual el desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, puede ser ilimitado con la excepción de las materias enumeradas en la segunda frase del art. 149.1.8 CE.

El planteamiento descrito no debería en principio afectar a la regulación de las obligaciones, incluidas las que deriven de los contratos mercantiles y las que afecten a los operadores del mercado. Estas pueden seguir reguladas por la legislación civil, es decir, por el Código Civil, ya que las mismas no quedarán afectadas por el desarrollo legislativo de los derechos civiles forales o especiales, de manera que su unidad está

constitucionalmente protegida. En efecto, el artículo 149.1.8 garantiza en todo caso la exclusiva legislativa del Estado sobre las *bases de las obligaciones contractuales*.

La perseguida unidad del mercado quedaría pues asegurada por la regulación de los contratos mercantiles, tanto la del Anteproyecto como la contenida en leyes mercantiles específicas (art. 001-4.1) y por la regulación de las obligaciones contenida en el Código Civil, fundamentalmente en el actual Título I de su Libro IV, que correspondería a esas *bases de las obligaciones contractuales*.

Pero ya hemos visto que el Anteproyecto no se limita a una amplia regulación de los contratos mercantiles en particular en el Libro V, sino que además previamente dedica el Libro IV a las obligaciones y a los contratos mercantiles en general. Como el propio epígrafe que lo encabeza indica, el mismo contiene una parte general de los contratos completa, junto con algunas disposiciones sobre obligaciones. Ello implica invadir la materia propia de las mencionadas *bases de las obligaciones contractuales* y suscita consecuentemente la duda sobre el encaje constitucional de ese Libro IV ¿Puede la legislación mercantil y, consecuentemente, el Anteproyecto ocuparse de dichas bases? ¿o es que esas bases son otras? ¿Cuáles? ¿O es que las *bases de las obligaciones contractuales* del artículo 149.1.8 CE son sólo las civiles y las mercantiles pueden ser otras?

Si ya cabe albergar dudas sobre la extensión de la legislación mercantil a la regulación de todos los contratos en particular a efectos del artículo 149.1.6 CE, teniendo en cuenta la regulación de los contratos contenida en el Código de comercio vigente en el momento de la aprobación y entrada en vigor de nuestra Constitución, así como en la actualidad, las dudas aumentan si se pretende ignorar la atribución de las *bases de las obligaciones contractuales* a la legislación civil por el art. 149.1.8 CE. Tal es una de las observaciones a la Propuesta de Código Mercantil que con fecha de 20 de noviembre de 2013 remitió el Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo al Presidente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación:

Convendría tener en cuenta que la inclusión de la teoría general del contrato en un Código Mercantil, tal y como queda expuesta en el Libro IV de la Propuesta podría afectar al régimen constitucional de los títulos competenciales (art. 149.1 CE), que expresamente incluye en la legislación civil (regla 8ª), no en la mercantil (regla 6ª), las bases de las obligaciones contractuales como competencia exclusiva del Estado.

No parece razonable que los redactores del Anteproyecto entiendan que todo lo que ellos hayan incluido en el mismo sobre obligaciones y contratos, por considerar necesario a efectos de asegurar la unidad del mercado nacional quede excluido automáticamente del contenido propio de las *bases de las obligaciones contractuales*, de manera que estas queden reducidas a lo no incluido en ese Libro IV.

Por otra parte, resulta extraño que la Sección de Derecho Mercantil haya dedicado su trabajo y esfuerzo a esta nueva regulación de la parte general de los contratos y de las obligaciones sin aprovechar lo ya previamente elaborado al respecto por la Sección de Derecho Civil de la propia Comisión General de Codificación, y publicado en enero de 2009 como Propuesta de Modernización del Código Civil en

materia de Obligaciones y Contratos. De lo que resulta que contamos con dos alternativas de similar contenido, iguales en lo esencial, pero diversas en el tenor literal de los respectivos artículos.

Los redactores del Anteproyecto manifiestan que aun cuando sus normas reguladoras de los contratos “coincidan con las establecidas en la legislación civil, ello no es obstáculo para que esas normas al incorporarse al Código Mercantil formen parte de la legislación mercantil aplicable a todos los contratos en particular que luego son regulados” (párrafo I-36, *in fine*, de la Exposición de Motivos del Anteproyecto). Si ello es así, ¿no habría sido razonable y menos perturbador trasladar literalmente al Libro IV del Anteproyecto los contenidos de los artículos de esa Propuesta de Modernización con respecto a cada una de las materias en cuestión, evitando así esa innecesaria y –repito– perturbadora duplicidad normativa?

Tal es el calificativo que utiliza al respecto la Sala Primera del Tribunal Supremo en las observaciones antes mencionadas: “[...] también debería tenerse en cuenta la difícil justificación actual de superponer una teoría general del contrato a la del Código Civil y al complemento de esta por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y por la incorporación del referente interpretativo aportado por los textos europeos para armonizar el Derecho privado de la contratación. Un cuerpo normativo más, extraño a este desenvolvimiento actual comúnmente aceptado y con otra teoría general del contrato desde la perspectiva del Derecho Mercantil, solo puede calificarse de gravemente perturbador”.

En parecidos términos se manifiesta el Dictamen sobre el Anteproyecto emitido por el Consejo de Estado con fecha de 29 de enero de 2015, al abogar por una regulación unitaria de las obligaciones y de la parte general de contratos dentro del Código Civil, reservando únicamente para el Código Mercantil aquellas peculiaridades (pocas) excepcionalmente peculiares de la contratación mercantil.

La existencia de dos regulaciones diferenciadas de las obligaciones y de la parte general de los contratos, una en el Código Civil y otra en el Código Mercantil propiciaría confusión en la mayoría de los casos, que se caracterizarían –como ya se ha dicho– por regulaciones similares pero expresadas con palabras y redacciones distintas en los respectivos artículos. Confusión derivada de la tendencia, según los casos, a realizar interpretaciones y aplicaciones uniformes de las disposiciones de uno y otro Código, o, por el contrario, discrepantes en mayor o menor grado.

Pero de la confusión se pasaría a las dificultades que suscitarían los casos de disposiciones manifiestamente alejadas entre sí sobre una misma figura o institución. Un ejemplo lo encontramos en el artículo 416-2 del Anteproyecto por un lado y en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización por el otro lado. El primero regula la *excesiva onerosidad del contrato*, el segundo *la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato*. Ambos ofrecen la solución de una revisión o adaptación del contrato pactada y, subsidiariamente, en el caso de no prosperar la misma una revisión impuesta o la resolución del contrato. Sin embargo, mientras que el art. 416-2 se refiere únicamente al equilibrio de las prestaciones, el art. 1213 comprende

tanto dicho equilibrio como la frustración del fin del contrato ¿No será pues esta relevante en los contratos mercantiles?

Otro ejemplo puede ser la regulación de la cesión de créditos en uno y en otro texto. Así, mientras que el artículo 1216, párrafo 1º, de la Propuesta de Modernización establece que la misma comprende, salvo pacto en contrario, la de todos los accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, el Anteproyecto guarda silencio al respecto (aunque dedica, al igual que el art. 1216, párrafos 2º y 3º, el art. 450-4 a la cesión de créditos garantizados con prenda). Y mientras el artículo 1219 de la Propuesta de Modernización regula minuciosamente el alcance de la responsabilidad del cedente por la solvencia del deudor cuando la misma proceda, el artículo 450-5 del Anteproyecto se limita a decir que el cedente no responderá de la solvencia del deudor salvo que su insolvencia sea notoria y anterior o se haya pactado otra cosa.

La redacción antes mencionada del artículo 001-4.2 del Anteproyecto no remite ya, como el actual artículo 2, párrafo 1º, *in fine*, del Código de comercio, a las reglas del Derecho común, es decir, al Código Civil, como supletorio de sus disposiciones, sino que remite a la “legislación civil, según su sistema de fuentes”, desconociendo así que el único Derecho común es el Código Civil y que los demás derechos civiles son forales o especiales, por mandato constitucional, de acuerdo con el art. 149.1.8 CE. Pero esta observación sirve para poner de relieve no solo lo perturbador (repite el calificativo) que resulta el Anteproyecto de Código Mercantil en su ordenación de los contratos, sino lo innecesario de la misma para alcanzar el propósito que le anima y justifica, según sus redactores

En efecto, si lo que se pretende es una regulación unitaria de los contratos mercantiles, cualesquiera que estos sean y cualquiera que sea su propia regulación en el Código Mercantil o en leyes especiales, bastaría con conservar el actual artículo 50 del Código de Comercio, cambiando la referencia al Derecho común por la referencia al Código Civil para evitar toda duda, en concordancia con los artículos 4.3 y 1976 CC. En concordancia con el artículo 149.1.8 CE, que califica expresamente a los Derechos civiles forales de especiales (“derechos civiles, forales o especiales”). Bastaría con eso. No es necesario transformar la regulación civil en mercantil incorporándola al Código Mercantil. Y menos decidir que el Derecho supletorio de segundo grado del Código Mercantil son “las normas de la legislación civil, según su sistema de fuentes”. Bastaría con remitir a la regulación de las obligaciones y los contratos contenida en el Código Civil como Derecho supletorio de las escasas disposiciones (cada vez menos) que, por su peculiaridad, tendría sentido mantener en el Anteproyecto, en base a que podrían ser aplicables únicamente a la contratación mercantil (y no a la civil), cualquiera que fuera el ámbito de la misma.

EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL: ¿EN EL “FUTURO” CÓDIGO MERCANTIL O EN UNA LEY ESPECIAL?

MARÍA ISABEL CANDELARIO MACÍAS *

Resumen

La contribución tiene como pretensión reseñar de manera breve la reglamentación del contrato de distribución en la Propuesta de Código de Comercio y el Proyecto de Ley sobre la materia, siendo conscientes que esta modalidad contractual ha desaparecido de la ordenación del Código de Comercio en su última versión, quedando abierto varios interrogantes a su alrededor, en concreto, el por qué de su desaparición, cuál va a ser la norma de referencia sobre esta materia, entre otras. Mientras tanto se ha de pergeñar los principales hitos sobre los que se asentaba en ambos textos pre-legislativos dicha fórmula contractual.

Contenido

1. Introducción. – 2. Principales Novedades del Proyecto de Ley de Contratos de Distribución. – 2.1. Ámbito positivo y negativo de aplicación. – 2.2. Principios Informadores del contrato de distribución. – 2.3. Formación y Contenido del contrato de distribución. – 2.4. Duración y terminación del contrato de distribución. – 3. La reglamentación del Contrato de distribución en la Propuesta de Código Mercantil. – 3.1. Ámbito positivo y negativo de aplicación. – 3.2. Formación y Contenido del contrato de distribución. 3.3. Duración y terminación del contrato de distribución. – 4. A modo de corolario. – 5. Bibliografía referenciada.

1.- INTRODUCCIÓN

Los contratos de distribución, en la actualidad, no se encuentran regulados en una Ley especial¹ al uso y ejemplo de lo que sucede con el contrato de agencia, teniendo que acudir a la teoría general de obligaciones y contratos contenidas en nuestros vetustos Código Civil (*ex arts. 1091 y 1255, respectivamente*) y el Código de Comercio, así como recurrir a determinados aspectos regulados en la Ley 12/1992², sobre el *Contrato*

* Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid. Esta breve contribución es en homenaje a un “buen” hombre y a un “excelente” profesional: el Profesor Rafael Illescas Ortiz.

¹ Para mayor información sobre esta modalidad contractual, véase, *in extenso* PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “Los contratos de distribución comercial y su problemática jurídica”. *Monográfico. Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1998, pp. 25 a 38. ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRIA SÁENZ, J., y VIERA GONZÁLEZ, (Dir.). *Los contratos de distribución*. Madrid: La Ley, 2010. ALONSO SOTO, R., “Los contratos de distribución”. En *Los contratos de distribución* (Dir. Alberto ALONSO UREBA, A.). Madrid: La Ley, 2010.

² BOE N°.129, de 29 de mayo de 1992.

de Agencia o en la Ley 7/1996³, de *Ordenación del Comercio Minorista*, entre otras regulaciones⁴. Esta tesis no es la más deseable por un tema de técnica, seguridad y sistemática jurídica, de ahí que sea precisa la elaboración de una Ley sobre la distribución comercial o bien un marco referente como podría ser el “futuro” Código de Comercio. En este último sentido, hay que precisar que en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, aparecía estatuido en el Título IV, Capítulo III, dentro del Libro IV *De las obligaciones y de los Contratos Mercantiles en general*, antes bien en el Anteproyecto de Código de comercio en su versión de mayo de 2014, dicha reglamentación ha desaparecido. De seguido los interrogantes que se plantean son variados: ¿Por qué ha desaparecido la reglamentación del Contrato de Distribución del Anteproyecto de Código de Comercio? ¿Se acudirá a una legislación especial similar a la del Proyecto de Ley del Contrato de Distribución? ¿Volverá dicho contrato a la versión definitiva del Código de Comercio ó qué solución se adoptará sobre esta figura contractual?. Ante este panorama, esta breve contribución de carácter descriptivo persigue ponderar cómo se ordena el contrato de distribución tanto en el Proyecto de Ley como en el Anteproyecto de Código de Comercio, siendo conscientes de la situación en la que nos encontramos. De igual modo, la cuestión a debatir recientemente era el cómo realizar esta articulación del contrato de distribución sin que se incidiera o solapara con otros contratos y otras normativas⁵, así como excederse en (su) sobre-regulación o, por el contrario, quedarse “corto de miras” en sus propósitos. Adviértase que la Ley núm. 2, de 4 de marzo de 2011⁶, de *Economía Sostenible* provoca la necesidad de configurar una Ley sobre contratos de distribución⁷, que se traduce –como *prius*– en el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución⁸, que tendremos ocasión de examinar *infra* a grandes rasgos. Nótese en una primera aproximación interpretativa al Proyecto de Ley de Contratos de

³ BOE N.º. 15, de 17 de enero de 1996.

⁴ Diferencia la distribución de otros contratos afines: TORRUBIA CHALMETA, B., “El contrato de distribución selectiva”. N.º.8. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 2011, en p.96: “los contratos de intermediación –agencia, comisión y mediación o corretaje–, dado que la actividad del agente, del comisionista y del mediador se desarrolla en la esfera jurídica de la actuación por cuenta ajena. Consecuencia de ello es que estos intermediarios no devienen, por virtud de tales contratos, titulares de los bienes o de los servicios que intermedian. Los distribuidores, por el contrario, sí; adquieren los bienes o del derecho a prestar los servicios que pretende colocar en el mercado y juegan con la diferencia entre el precio de coste y el de transferencia para, una vez deducidos los gastos, obtener sus beneficios”.

⁵ Anotan este Proyecto de Ley: PÉREZ CARRILLO, M^a., y DE FÉLIX, E., “Nuevo intento de regular los contratos de distribución”, 02-03-2012, en <http://www.otrosi.net/article/nuevo-intento-de-regular-los-contratos-de-distribuci%C3%B3n-por-mar%C3%AD-p%C3%A9rez-carrillo-y-esther-de-f>(consultado por última vez el 2 de febrero de 2013).

⁶ BOE N.º.55, de 5 de marzo de 2011.

⁷ Véase a GARCÍA VIDAL, Á., “Los contratos de distribución de vehículos”. N.º.20. *Actualidad Civil*, 2011, pp. 1 y ss.

⁸ Se destaca la importancia del proyecto de Ley de contratos de distribución por parte de la doctrina, así ECHEBARRIA SÁENZ, J., “Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”. N.º.10. *Revista de Derecho de la Competencia*, 2012, pp. 15 a 53, en particular en p.16, manifiesta que “un Proyecto de ley de contratos de distribución comercial ha supuesto un hito en el devenir de la regulación en esta materia”. Agrega el *iter* legislativo llevado a cabo por el texto legal al que nos remitimos.

Distribución⁹, en adelante PLCD, pareciese que la fórmula empleada es la de ofrecer una regulación minuciosa (e, incluso excesiva) y el “olvido” de temas tan cruciales como la remisión a normativa general existente, como es el caso, de la legislación sobre competencia. En este sentido, son varias las voces críticas¹⁰ con el proyecto de Ley aludido y ven al mismo con poca (o casi ninguna) viabilidad a corto plazo¹¹.

El mandato que habilita a diseñar un Proyecto de Ley de Contratos de Distribución Comercial, se contiene en la Disposición Final 4ª, de la Ley 7/2011, de 11 de abril, *por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores* y el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, *de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública*¹²; esta disposición instaba, a su vez, a que el ejecutivo aprobará y remitiese a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de Contratos de Distribución Comercial. Proyecto que se ha quedado en eso, pero que hemos de examinar para entender la reglamentación que se contiene, a la par, en la Propuesta de Código Mercantil. Diciendo, de este modo, que el 16 de junio del año 2013, la sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación ofreció una Propuesta de Código Mercantil¹³, cuya finalidad primordial es otorgar seguridad jurídica y unidad al mercado en España, actuándose de conformidad con lo disciplinado en el art. 149 de la Constitución española. De esta suerte, se vendrá a reglamentar el contrato de distribución.

⁹ BOCG Nº.138, 28 de junio de 2011.

¹⁰ La Asociación Española de Franquicias, en adelante, AEF ha tomado una postura de “rechazo” por ir contra la fórmula comercial de la franquicia, véase en <http://www.franquiciasynegocios.com/seccion/ser-franquiciador/af-no-se-tramitara-el-proyecto-de-ley-de-contratos-de-distribucion.aspx> (consultado por última vez el 7 de enero de 2013), se apunta que “La AEF no ha cejado en su empeño por conseguir que el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución no viese la luz, y desde que fuese aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de junio del año pasado -y solo faltase el visto bueno por parte del Congreso de los Diputados para que entrase en vigor-, la AEF ha actuado y trabajado activamente para evitarlo”. En similar línea de oposición, se declara “La teórica pretensión del Proyecto es fomentar la competitividad del sector, incidir en la transparencia entre los contratantes y la erradicación de conductas desleales, así como proteger a la parte más débil de la relación. Y dicha pretensión se logra pero sólo en la Exposición de Motivos, no así en el articulado del Proyecto. Muy al contrario, creemos que este Proyecto Ley no va a propiciar la competitividad, ya que son numerosos los aspectos de esta Ley que van en contra de la competencia. Como primer punto, echamos en falta una sumisión expresa a la normativa de defensa de la competencia, tal y como recomendaba la Comisión Nacional de la Competencia, en su IPN 58/11, para que dentro del concepto unitario del Derecho y al objeto de eliminar cualquier duda, los contratos de distribución se sometan a dicha normativa con carácter general”. En GÚDEZ MÉNDEZ, E., http://www.elderecho.com/mercantil/PASAMOS-LLEGAMOS-Proyecto-Contratos-Distribucion_11_315805002.html (consultado por última vez el 7 de enero de 2013).

¹¹ *Cfr.*, ECHEBARRIA SÁENZ, J., “Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”, *op.ult.cit.*, p.18, apunta que en el “BOCD de 29 de junio de 2011 entró en el Congreso el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución bajo la tutela de la Comisión de Industria del Congreso y con tramitación de urgencia, si bien la convocatoria anticipada de elecciones y el cierre de la legislatura no ha permitido su aprobación o modificación por la Comisión con competencia plena y no llegó al Senado”. Véase, a su vez, la nota de prensa en <http://blog.grantthornton.es/2012/04/24/carpeta-a-la-regulacion-sobre-el-contrato-de-distribucion/> (consultado por última vez el 1 de febrero de 2013).

¹² BOE Nº.87, 12 de abril de 2011.

¹³ Véase más en http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/12842461-F730-40AB-8CB4-9242D1AF8553/240135/Propuesta_codigo_mercantil.pdf (consultado por última vez el 7 de junio de 2014).

Por otro lado, simplemente, cabe anotar que en la Propuesta de Código Mercantil proclamaba en su artículo 543 la noción de distribución y sus distintas modalidades, entre las que incorporaba el contrato de franquicia. Aunque se excluye de forma expresa y de la ordenación general de la distribución a los contratos de agencia, franquicia industrial, comercialización de productos o servicios financieros, contratos de plataforma logística y aquellos contratos que impliquen una vinculación de naturaleza laboral entre el proveedor y el distribuidor. En un caso u otro, hemos de examinar ambas propuestas *de lege ferenda* en torno al contrato de distribución.

2.- PRINCIPALES NOVEDADES DEL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

Corresponde, a continuación, dibujar los trazos principales más destacables de este Proyecto de Ley¹⁴ y, siempre bajo la advertencia que estamos ante reglas *de lege ferenda* y, que vistos los derroteros y el contexto social, económico y político “de oposición” a la norma propuesta se ha quedado “en aguas de borrajas”; no obstante, lo anterior nos sirve para comprender algunos matices de este contrato ordenado en la Propuesta de Código Mercantil.

2.1. Ámbito positivo y negativo de aplicación

El Proyecto de Ley de Contratos de Distribución (en adelante, PLCD) fija su campo de aplicación, así como las diferentes exclusiones¹⁵ basadas en aspectos y materias ya reguladas por otras legislaciones como es el caso de la agencia como paradigma. Al respecto, véase el artículo 3 del PLCD encargado de describir los contratos excluidos del ámbito de aplicación de la norma, entre otros, contratos de agencia ya aludidos; distribución de naturaleza laboral; contratos de abastecimiento y suministro; contratos de transferencia de tecnología; contratos de logística; comercialización de productos o servicios financieros; suministro de agua, electricidad y gas, así como medicamentos y todos aquellos acuerdos celebrados con consumidores como destinatarios finales. Luego, estamos ante un contrato entre profesionales, entre empresarios al excluirse al consumidor final. Este ámbito de exclusión está mejor perfilado en la Propuesta de Código Mercantil, que es más restrictiva que el PLCD.

En cambio, cabe apuntar que el PLCD se aplicará, en positivo, a los contratos mediante los cuales el distribuidor se obliga frente al proveedor a adquirir y revender productos y, a prestar servicios relacionados con los mismos, de manera continuada o estable, actuando como comerciante independiente y asumiendo el riesgo y ventura de

¹⁴Véase más en CANDELARIO MACÍAS, M^a. I., “Apuntes sobre el Proyecto de Ley de contratos de distribución y (conexiones con) el Derecho de la Competencia”. N^o.1, *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero, 2014, pp. 3-24.

¹⁵ Declara el Preámbulo que “las exclusiones de la Ley se regulan en el artículo 3 y se circunscriben a determinados ámbitos que cuentan con una normativa específica propia, como los contratos de agencia o los que impliquen a consumidores finales, entre otros”.

las operaciones. Estas características configurarán posteriormente en el tiempo la noción del contrato de distribución en la Propuesta de Código Mercantil. El concepto y ámbito de aplicación se ordenan en el artículo 1 del PLCD¹⁶. En este mismo precepto se establece una serie de modelos de contratos, complementándose con lo disciplinado en el artículo 2 relativo a las principales modalidades de contratos de distribución. Quiere significarse de lo hasta aquí enunciado que el pre-legislador pone especial énfasis en el dato de la actuación por riesgo y ventura por parte del distribuidor como empresario o profesional independiente.

Asimismo, no se ha querido establecer en este PLCD una tipología¹⁷ de la distribución fundamentada en diferentes modelos de contratos, sino que únicamente se enuncian una serie de fórmulas contractuales, que resultan ser las más habituales en su uso, a modo ejemplificativo: los contratos de distribución autorizada, contratos de distribución selectiva, contratos de concesión mercantil, actividades en régimen de franquicia, entre otras (*ex art. 2 PLCD*). Esta fórmula de proceder también será acogida por la Propuesta de Código Mercantil en pos de identificar los diferentes supuestos que caben dentro de la distribución comercial.

A nuestro parecer, los criterios definitorios del contrato de distribución son acertados, si bien creemos que no era necesario entrar al detalle en la tipología contractual de la distribución, puesto que caben diferentes formulaciones dentro del paraguas de la distribución comercial. Reflexión que también es trasladable, *mutatis mutandi*, a la ordenación de la Propuesta de Código Mercantil.

2.2. Principios informadores del contrato de distribución

Expresamente el PLCD viene a delimitar una serie de principios informadores que han de guiar la actuación y el cumplimiento del contrato¹⁸ de distribución. Partiendo del principio tradicional de la libre autonomía de la voluntad de las partes¹⁹, aunque se verá de las observaciones que se realizarán a lo largo de esta contribución que el precitado principio se pone en “tela de juicio” en demasiadas circunstancias por querer “equilibrar” y “forzar” la posición de las partes en el contrato y la minuciosidad de la

¹⁶ Prescribe el artículo 1.1. del PLCD: “Se entenderá por contratos de distribución, y quedarán sometidos a la presente Ley, aquellos contratos, cualquiera que sea su denominación, que tengan por objeto establecer las condiciones en las que una de las partes, denominada distribuidor, se obliga frente a la otra, denominada proveedor, a realizar actos y operaciones de comercio consistentes o relacionadas con la venta de productos, prestación de servicios o la combinación de ambos, de manera continuada o estable, actuando como empresario independiente y asumiendo el riesgo y ventura de tales operaciones”.

¹⁷ Declara la Exposición de Motivos del PLCD, en su Considerando IIº: “(...) se ha optado por no seguir una aproximación tipológica basada en la descripción de modelos de contratos”.

¹⁸ En este punto, véase las reflexiones de ECHEBARRIA SÁENZ, J., “Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”, *op.ult.cit.*, pp. 24 y ss., el autor hace mención a diferentes extremos de política legislativa que toda Ley de contrato de distribución ha de tener muy presente.

¹⁹ Aunque este principio rector se ve matizado según se desprende de la Exposición de Motivos, que da razones de experiencia para evitar controversias, extremo que no queda muy claro. Se declara que “(...) se propone una aproximación funcional, en la que, a la libertad de las partes para componer libremente su relación, sólo se matiza respecto a aquellas cuestiones que la experiencia señala que terminan construyéndose en fuente de conflictos”.

regulación, que deja un margen estrecho de actuación, cabalmente, a la autonomía de las partes.

El artículo 4 del PLCD es el encargado de enunciar los principios²⁰, además en este mandato se nos relata la justificación, dónde se han tenido en consideración “las normas del Derecho uniforme comercial, en especial los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales²¹ y con nuestra tradición jurídica”.

El apartado 1º, del art. 4 del PLCD, resume los principios, *rectius*, “los contratos de distribución se regirán por los principios de libertad de pactos, colaboración, igualdad de trato entre las partes, interés mutuo y buena fe en la ejecución e interpretación de los contratos”. En este sentido, lo que se hace patente por el pre-legislador es traer a normas positivas los principios tradicionales de la teoría general de las obligaciones y los contratos y, no aporta nada especialmente significativo.

Una de las cuestiones más destacables (aunque no novedosa) dentro de los principios o guías rectoras de esta modalidad contractual es acudir a un sistema de resolución de conflictos mediante arbitraje o mediación²², así como la elaboración por parte de las Administraciones Públicas competentes de Códigos de Conducta (*ex art. 5 LPCD*).

2.3. Formación y Contenido del contrato de distribución

El proyecto regula detalladamente, -incluso en nuestra opinión quizá en demasía-, los requisitos que deben cumplirse para la correcta formación del contrato²³. También se decretan los pactos admisibles y no admisibles en cuanto a su duración y extinción, así como las normas específicas aplicables a algunos tipos contractuales y, también las consecuencias indemnizatorias a la terminación del acuerdo tanto para el caso de terminación natural como por incumplimiento de alguna de las partes. Lo precedente se

²⁰ Señala la Exposición de Motivos que “los principios rectores, partiendo del principio de libertad de pactos como criterio inspirador de las relaciones jurídicas entre operadores económicos, se recogen en el artículo 4 y están destinadas a servir a la interpretación de los acuerdos y principios normativos en ausencia de disposición contractual de las partes. En términos generales, sugieren correcciones ante posibles fallos del mercado, tutelando a ambas partes con un criterio de equidad y amparando a la parte débil en los supuestos necesitados de tutela, en el marco del respeto a la normativa vigente en materia de competencia”.

²¹ Véase más en AGUILAR GRIEDER, H., “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, en Vol.1º.Nº.1. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, pp. 19 a 35. Y, VAQUER ALOY, A., *Derecho europeo de contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Barcelona: Atelier, 2012.

²² Véase las opiniones vertidas para el sector automovilístico por ECHEBARRIA SÁENZ, J., “Sobre la admisibilidad de las cláusulas de resolución en el Reglamento 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, sobre acuerdos verticales en el sector de los vehículos de motor”. Nº.1. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 2007, en p.237, “la cuestión de la admisibilidad de las cláusulas resolutorias por incumplimiento en el sector de la distribución del automóvil conforme al derecho de la competencia, expresando el límite del compromiso de someter a arbitraje los litigios relativos al cumplimiento y terminación de los contratos de concesión que introduce el art. 3.6 del Reglamento 1400/2002”. También HUALDE MANSO, T., *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*. Madrid: La Ley, 2013.

²³ *Cfr.*, en la misma sintonía a GÓMEZ POMAR, F., y GILI SALDAÑA, Mª.A., “Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución”. Nº.1. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 2010, (consultado el 17 de enero de 2012).

articula en diferentes preceptos del PLCD, a saber: el artículo 6 del PLCD es el destinado a fijar los deberes precontractuales de información y se decreta que “las partes deberán entregarse mutuamente, y con razonable antelación a la formalización del contrato, toda la información necesaria para que puedan obligarse con conocimiento de causa la celebración del contrato de distribución de que se trate”.

Entre los deberes interpelados por las partes se halla la confidencialidad regulada en el artículo 7 del PLCD, ésta es una cláusula tipo en la formulación de los contratos de distribución. En lo que hace a la formalización de los contratos, se contiene en el artículo 8 y se demanda que los contratos se realicen por escrito. *Ítem* más, si concurren condicionado general en los contratos de distribución habrá de estarse a lo disciplinado en la Ley 7/1998, de 13 de abril de *Condiciones generales de la contratación*²⁴ (ex art.9 LPCD).

Signifíquese que el contenido del contrato se ilustra en los deberes de información durante el contrato en virtud del art. 10 LPCD (*el proveedor está obligado a suministrar al distribuidor la información comercial y técnica que se precisa para promover la mejor distribución de los bienes y servicios objeto del contrato; la comunicación de precios y tarifas de suministro actualizables, así como a comunicar al distribuidor con la mayor antelación posibles las circunstancias y hechos que puedan afectar con carácter sustancial al desarrollo de la actividad empresarial*) y, a su vez, se establece la determinación de objetivos comerciales (ex art.11 LPCD) y la obligación de compra mínima (cfr., art.12).

Se considera por parte del texto pre-legislativo la posibilidad de asignar zonas territoriales exclusivas y sus limitaciones, apreciando el derecho del distribuidor a las ventas a adquirentes procedentes de otras zonas geográficas con arreglo a lo que ya viene establecido en el actual Derecho de la competencia. En este punto, el artículo 13 viene a regular los pactos de exclusiva territorial y como bien se puntualiza en el propio mandato hay que estar a lo disciplinado por el Derecho de la competencia.²⁵

También el PLCD estatuye que el fabricante o proveedor pueda realizar ventas directas si así lo disciplina el contrato, así como también la imposibilidad de prohibir al distribuidor que realice ventas por Internet, salvo motivos de salud pública o seguridad de los consumidores (véase, el art. 14 del PLCD). Por su lado, es reseñable que el artículo 15²⁶ del PLCD establezca un régimen de garantías frente a los distribuidores, en este ámbito, se intenta solventar los conflictos surgidos en los acuerdos de distribución con fabricantes extranjeros, sujetos a otra legislación no europea, que a veces pudiera originar que el distribuidor tuviese que asumir la responsabilidad por el producto defectuoso sin poder después repercutirla contra el fabricante del mismo, entre otros

²⁴ BOE N.º.89, de 14 de abril de 1998.

²⁵ Se decreta en el punto 4, art. 13: “La atribución de una zona geográfica en exclusiva para la comercialización de determinados bienes o servicios, no impedirá la venta a adquirentes procedentes de de otras zonas geográficas, con excepción de las restricciones admitidas en el Derecho de la competencia”.

²⁶ Artículo 15. *Régimen de garantías frente a los distribuidores*. “Las partes adecuarán el régimen de garantías del fabricante frente al distribuidor a los plazos establecidos en el régimen de protección de los consumidores y usuarios, cuando la falta de conformidad alegada por el consumidor sea debida a un defecto imputable al proveedor fabricante del bien o servicio”.

supuestos posibles. En este contexto y, a nivel local, hemos de estar a lo disciplinado en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos y acudir al Real Decreto Legislativo 1/2007²⁷, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*.

Siguiendo con el contenido contractual, se regula con minuciosidad otros elementos que conforman el contrato, tales como las políticas de marca y actividad publicitaria conjunta (*ex art.16*); los descuentos posibles, bonificaciones, ‘rappels’ y aportaciones por servicio (*ex art. 17*).

Uno de los aspectos problemáticos de la pre-norma viene proporcionado por la cesión del contrato *ex art. 18 del PLCD*²⁸ por requerirse de manera rigurosa el consentimiento de ambas partes (distribuidor y proveedor), además, de cercenar de nuevo la libre autonomía de la voluntad de las partes. En la misma línea, se requiere de la necesidad de consentimiento y así se regula tanto en la subcontratación y distribuidores de segundo nivel como en la modificación del contrato, artículos 19 y 20 PLCD, respectivamente.

2.4. Duración y terminación del contrato de distribución

La duración del contrato viene establecida en el artículo 21 y se dice que “el contrato de distribución podrá pactarse por tiempo determinado o indefinido. Si no se hubiera fijado una duración determinada, se entenderá que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido”. Como se descuelga del tenor legal se prima la libre autonomía de la voluntad de las partes en orden a la fijación de la duración del contrato.

Resulta llamativo que el PLCD regule los supuestos de que se trate de distribuidor o red de distribuidores que adquieran más de la mitad de la producción del fabricante o proveedor, el plazo de preaviso deba ser como mínimo de 6 meses, sea cual sea la duración que haya tenido el contrato.

Se incorpora, a su vez, como regla obligatoria que antes de procederse a la resolución del contrato por incumplimiento²⁹, la parte incumplidora tenga la posibilidad de subsanarlo en el plazo de 30 días. La práctica demuestra que en este tipo de contrato de colaboración se llevan a cabo importantes acciones e inversiones con carácter previo,

²⁷ BOE Nº. 287, de 30 de noviembre de 2007.

²⁸ Prescribe el artículo 18. *Cesión de contrato*. “1. La cesión total o parcial del contrato de distribución requerirá el consentimiento del proveedor y del distribuidor. 2. No obstante, el proveedor no podrá negar su consentimiento a la cesión total o parcial del contrato de distribución si la empresa cesionaria pertenece a la red de distribución integrada del proveedor o se compromete por escrito a mantener la organización, medios y recursos que el cedente mantenía afectos a la actividad de distribución”.

²⁹ Para el Derecho actual y en el sector de automoción, expone ECHEBARRIA SÁENZ, J., “Sobre la admisibilidad de las cláusulas de resolución en el Reglamento 1400/2002”, *op.ult.cit.*, en p. 236: “está en cuestión la admisibilidad de las cláusulas de resolución de los contratos por incumplimiento a la vista de lo dispuesto en el Reglamento 1400/2002, en cuyos considerandos noveno y undécimo se establece que con el fin de impedir que un proveedor resuelva un acuerdo porque un distribuidor o un taller de reparación ejerza prácticas que favorecen la competitividad, como ventas activas o pasivas a consumidores extranjeros, ventas multimarca o subcontratación de servicios de reparación y mantenimiento, todo preaviso de resolución deberá indicar claramente por escrito las razones de dicha resolución, que deberán ser objetivas y transparentes”.

de ahí que este plazo para subsanar sea adecuado a la realidad de los hechos y la práctica.

Los artículos 23 y 24 son los destinados a establecer los casos de extinción del contrato³⁰. Mientras que el artículo 25 viene a delimitar las indemnizaciones a causa de la extinción del contrato, siendo este mandato uno de los más discutidos de la norma, más si cabe cuándo ya existe reiterada jurisprudencia³¹ sobre la temática en materia de agencia³² que, *mutatis mutandi*, sería trasladable sin solaparse o imponerse una sobre-regulación sobre el tópico.

A tal fin, el PLCD ofrece el derecho de la parte *in bonis* a recibir una *indemnización adecuada para resarcirle de los daños y perjuicios que acredite haber sufrido por la resolución del contrato (ex art.25.1)*. La norma no entra a perfilar cómo y cuándo se determina la “indemnización adecuada”. Este extremo es causa de múltiples conflictos en la realidad práctica y este PLCD no lo acota de manera precisa y ni siquiera proporciona criterios de atribución. En efecto, -como se anticipaba-, uno de los extremos más conflictivos en torno a la distribución y que es causa de debate en nuestros Tribunales, son las indemnizaciones por daños y perjuicios por la finalización sin justa causa. El PLCD ni atisba ni proporciona solución³³ sobre el particular,

³⁰ Cfr., LÓPEZ EJARQUE, S., “Resolución de contratos de distribución: estudio jurisprudencial”. Nº.99. *Iuris: Actualidad y Práctica del Derecho*, 2005, pp. 28 a 31.

³¹ Buena muestra de la indemnización por clientela y la jurisprudencia emitida a su alrededor la recoge SACRISTÁN BERGIA, F., “Resolución del contrato de concesionario de automóviles y derecho a la indemnización por clientela. La Sentencia de Tribunal Supremo (Sala Civil, Secc. 1ª) de 20 de julio de 2007 como pretexto”. Nº.2. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 2008, en p.277, al apuntar que “La indemnización por clientela no es exclusiva del contrato de agencia, y, pese a las diferencias estructurales con otros instrumentos jurídicos de distribución de productos, puede ser posible su apreciación, cuando se den las circunstancias oportunas, en otros contratos atípicos y, entre ellos, los de concesión o distribución, caracterizados por actuar el concesionario o distribuidor en nombre y por cuenta propia (...) de modo que su objeto se circunscribe a la reventa de los productos del concedente (...) La compensación por clientela no opera de modo automático por el simple hecho de la extinción del contrato, sino por lo aportado y dejado en la esfera de desenvolvimiento del concesionario, que da lugar a un aprovechamiento por el empresario de la clientela creada por el distribuidor en su labor de tal. Por consiguiente, la indemnización se halla supeditada a que efectivamente el concedente se aproveche de una red de clientes creada por el distribuidor (...) aun cuando la indemnización por clientela es de aplicación imperativa para dicho contrato (la agencia) y, por consiguiente, no es renunciable en el contrato, sin embargo tal imperatividad no es extensible a otros contratos distintos al de agencia”. También, véase a CORDERO LOBATO, E., “Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2007: Indemnización por clientela en contratos de distribución en exclusiva”. Nº.76. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2008, pp. 253 a 278.

³² Al respecto, HERRERO JIMÉNEZ, M. y VEGA CLEMENTE, V., “El contrato de agencia y el contrato de distribución en exclusiva: la indemnización por clientela”. Nº.20. *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, 2008, pp. 107 a 138.

³³ Cfr., el artículo 25. *Indemnizaciones a la extinción del contrato*. “1. Cuando el contrato de duración determinada sea denunciado sin justa causa antes de la finalización del plazo pactado o sin que haya transcurrido un plazo razonable para hacer posible la amortización de las inversiones específicas, la parte afectada tendrá derecho a exigir una indemnización adecuada para resarcirse de los daños y perjuicios que acredite haber sufrido como consecuencia de la resolución del contrato. 2. Cuando el contrato de duración indefinida sea denunciado sin respetar los plazos de preaviso pactados, o en su defecto, los legalmente establecidos, sin que haya transcurrido un plazo razonable para hacer posible la amortización de las inversiones específicas, la parte afectada tendrá derecho a exigir una indemnización adecuada para resarcirse de los daños y perjuicios que acredite haber sufrido como consecuencia de la resolución del contrato. 3. A los efectos de cuantificar tales daños y perjuicios, se tendrán en cuenta las inversiones específicas no amortizadas. Se considerarán inversiones específicas las inversiones instruidas y realizadas en interés del negocio del principal que no puedan ser aprovechadas de modo real y efectivo para usos

remitiéndose al Derecho tradicional en torno a la indemnización genérica del Código Civil.

El distribuidor, no obstante, tiene la oportunidad al igual que sucede en el contrato de agencia, de obtener un derecho a la indemnización con carácter excepcional y siempre y cuando concurren determinadas circunstancias, que vienen previstas en el artículo 25, punto 4 del PLCD.

Sobre este aspecto, quizá la cuestión más singular por ir contra la seguridad y equidad de las prestaciones, es el hecho que la clientela sí será compensable por el fabricante a favor del distribuidor, cuando a la terminación de contrato, salvo que lo sea por incumplimiento “grave” del distribuidor, éste haya incrementado sustancialmente el número de operaciones o clientes y conste que la clientela seguirá produciendo ventajas para el fabricante después de la ruptura del acuerdo y, a su vez, el distribuidor tenga un pacto de no competencia a la finalización de su contrato.

Sea como fuere, se fija por parte del PLCD un máximo de la indemnización por todos los conceptos, que no podrá exceder de la media anual del importe neto de la cifra de negocios del distribuidor durante los últimos 5 años o período de duración del contrato si fuese inferior, lo que permitiría de algún modo ponderar con exactitud los diferentes riesgos que pudieran aparecer. El plazo de prescripción para reclamar estas indemnizaciones es de 1 año, siguiendo en este punto lo que se establece para el contrato de agencia.

El artículo 26 en correspondencia con el artículo 4, relativo a los principios informadores, describe la cooperación en la liquidación de operaciones por ambas partes del contrato.

Finalmente, el PLCD cierra su articulado con un serie de preceptos que regulan algunas modalidades contractuales especiales de distribución, tales como las organizaciones de mercados privados y espacios comerciales comunes (*ex art.27*);

alternativos, no tengan posibilidad de reventa, o que sólo puedan serlo con grave pérdida para el inversor. No tendrán la consideración de inversiones específicas, las inversiones ya amortizadas o que debieran estarlo conforme a las escalas fiscales vigentes de amortización establecidas ni, en ningún caso, las inversiones genéricas propias del normal devenir empresarial del distribuidor. 4. La terminación de los contratos de distribución no obligará al proveedor a compensar al distribuidor por la clientela que éste hubiera podido generar durante la relación. No obstante, con carácter excepcional, el distribuidor tendrá derecho a una indemnización cuando concurren todas las circunstancias siguientes:

a) Que por la naturaleza del contrato y por la actividad del distribuidor se hayan incrementado sustancialmente el tipo de operaciones o el número de clientes y que el distribuidor acredite que la clientela seguirá produciendo ventajas sustanciales al proveedor tras la ruptura del contrato.

b) Que se haya establecido un pacto por el cual el distribuidor, una vez extinguido el contrato no pueda hacer competencia al proveedor o al nuevo distribuidor. La duración del pacto de no competencia no podrá exceder de un año. Este pacto se tendrá en cuenta exclusivamente a los efectos de la determinación de la indemnización por clientela, sin que tenga la consideración de regulación general sobre los pactos de no competencia. 5. La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, de la media anual del importe neto de la cifra de negocios del distribuidor durante los últimos cinco años o, durante todo el periodo de duración del contrato, si este fuese inferior. 6. La acción para reclamar la indemnización por clientela o de daños y perjuicios prescribirá al año a contar desde la extinción del contrato. 7. No procederá el abono de las indemnizaciones previstas en este artículo por parte del denunciante del contrato de distribución cuando el motivo de resolución del contrato sea el incumplimiento grave de las obligaciones contractuales por la otra parte, o cuando con el consentimiento del proveedor se hubiere cedido a un tercero los derechos y obligaciones de que era titular en virtud del contrato de distribución”.

realización de subastas electrónicas (art.28); venta multinivel (art.29); regulación del régimen de franquicia (*cfr.*, art.30). Sobre esta última regulación, se han vertido opiniones en contra por no solventar los verdaderos problemas que se plantean en la práctica de la franquicia. Si tuviéramos que destacar algún hilo conductor de estos últimos preceptos en la regulación de los contratos de distribución especiales vendría dada por la importancia que se le atribuye a la información que se debe proporcionar en el buen cumplimiento y desarrollo del contrato, baste como ejemplo, la información previa que ha de aportarse a los Registros de Franquicias antes de iniciar el negocio. Lamentablemente, el PLCD deja temas sin resolver, teniendo que acudir al Derecho privado general para solventarlos.

3.- LA REGLAMENTACIÓN DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

El contrato de distribución viene a ordenarse en el Libro V, Título IV, Capítulo III, compuesto por cinco secciones art. 543 con 24 puntos de la Propuesta de Código Mercantil³⁴, en adelante, PCM. Es conveniente examinar el contenido de los preceptos que configuran este contrato.

3.1. Ámbito positivo y negativo de aplicación

La definición del contrato de distribución se contiene en el artículo 543, apartado 1º, poniéndose especial énfasis en sus características subjetivas ilustradas, de un lado, en el distribuidor, como empresario independiente, que asume el riesgo de las operaciones y obligado a adquirir productos o servicios; de otra, el proveedor con la finalidad de comercializarlos de forma estable y duradera en el tiempo. Luego, la independencia y la existencia de una organización con signo de ser permanente en el tiempo es una de las claves para entender esta modalidad contractual.

El ámbito positivo de aplicación del Ordenamiento mercantil bajo la PCM, viene ilustrado en el art. 543, apartado 2º, que enumera las diferentes modalidades que se aprecian como contratos de distribución³⁵, poniendo el acento en la zona geográfica que abarca, así como en la complejidad de del aprovisionamiento y la distribución de los bienes o servicios, a saber:

El contrato de compra en exclusiva, por el que cual el distribuidor, a cambio de contraprestaciones especiales, se obliga a adquirir, para su comercialización, determinados bienes o servicios solamente al proveedor o a otras personas a quienes éste designe.

³⁴ Véase más en *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, Ministerio de Justicia, 2013, pp. 479 a 486.

³⁵ Más en FÉLIX PARRONDO, E., y DÍAZ BAÑOS, M., “El nuevo Código Mercantil y los contratos de distribución”, en http://cincodias.com/cincodias/2013/07/02/economia/1372787026_428565.html (consultado por última vez el 11 de noviembre de 2014).

El contrato de venta en exclusiva, por el cual el proveedor se obliga a vender únicamente a un distribuidor en una zona geográfica determinada los bienes o servicios especificados en el contrato para su comercialización en dicha zona.

El contrato de distribución autorizada, por el cual el proveedor se obliga a suministrar al distribuidor bienes y servicios para que éste los comercialice, bien directamente o bien a través de su propia red, como distribuidor oficial, en una zona geográfica determinada.

El contrato de distribución selectiva, por el cual el proveedor se obliga a vender los bienes o servicios objeto del contrato únicamente a distribuidores seleccionados por él y que no gozan de exclusividad territorial, mientras que el distribuidor se compromete a revenderlos a consumidores y usuarios finales, respetando las instrucciones pactadas y prestando, en su caso, asistencia técnica a los compradores.

El contrato de concesión mercantil, por el cual el distribuidor pone su establecimiento al servicio de un proveedor para comercializar, en régimen de exclusividad y bajo directrices y supervisión de éste, bienes y servicios en una zona geográfica determinada.

El contrato de franquicia, por el cual el titular de la franquicia, denominado franquiciador, cede al distribuidor, denominado franquiciado, el derecho a explotar en beneficio de éste un sistema de comercialización de bienes o servicios bajo los signos distintivos y la asistencia técnica permanente del franquiciador, a cambio de una compensación económica y del compromiso de ajustarse en todo momento a las reglas de actuación establecidas.

Por su parte, el apartado 3º del artículo 543, disciplina las modalidades contractuales que no le son aplicables la reglamentación del Código de comercio, cabalmente, por poseer legislación específica. Queda excluido del ámbito de aplicación los siguientes:

Los contratos de agencia; los contratos de franquicia industrial; los contratos de comercialización de productos o servicios financieros; los contratos que tengan por objeto principal una actividad logística o una actividad de reparto de ganancias; así como cualquier modalidad de distribución que implique una vinculación de naturaleza laboral entre el proveedor y la persona encargada de distribuir productos o servicios.

No obstante lo precedente, los artículos 543-15º a 17º disciplinan algunas cuestiones especiales –relacionadas con el Derecho de la Competencia- en torno a estas modalidades contractuales (concesión o venta en exclusiva; distribución selectiva y Franquicia), que son excluidas del Código de Comercio. Sistemáticamente, no parece lo más adecuado ni certero en cuanto a la técnica legislativa empleada.

3.2. Formación y Contenido del contrato de distribución

En el artículo 543, punto 4º de la PCM, se contienen los deberes precontractuales de las partes, destacándose dos cuestiones, de un lado, la formalización del contrato por escrito (véase además, art. 543, punto 5º) y, de otro, los deberes de información a que están sometidas las partes para el correcto devenir del contrato; dentro de éste, la confidencialidad absoluta ha de brillar como referente para la partes involucradas y en caso de incumplimiento se responderá por daños y perjuicios originados por la falta de información.

El contenido del contrato de distribución viene perfilado de manera exhaustiva en la PCM a través de las diferentes obligaciones que han de asumir las partes informados por principios tales como la colaboración, la *máxima lealtad* y la buena fe

de las mismas (*ex art.* 543, punto 6º). Se distingue entre obligaciones del proveedor disciplinadas en el art. 543, punto 7º, ilustradas en el derecho de información, así como la entrega inmediata de productos en relación con el precio y calidad, atendiendo siempre al “normal abastecimiento del mercado según su volumen usual de pedidos”. De otro lado, el art. 543, punto 8º, hace referencia a las obligaciones del distribuidor, todas ellas referidas a (su) esfera y organización empresarial. Expresamente se declara en el art.543, punto 8º, apartado 1º: “El distribuidor deberá disponer de una organización empresarial suficiente y desarrollar una actividad comercial adecuada para promover la máxima difusión de los bienes o servicios”. Se agrega que *ha de llevar unos registros contables auxiliares relativos a la actividad, objeto del contrato de distribución* (punto 3º).

El art. 543-9, relativo a los pactos de exclusiva dispone, especialmente, que se fijará en los bienes o servicios, así como en el territorio geográfico estipulado en el contrato. Se infiere de la interpretación del mandato un carácter restrictivo hacia aquellas excepciones que se realicen en torno a la exclusividad.

Uno de los preceptos que hubiera causado mayores controversias prácticas por la dificultad de su aplicación e interpretación es el contenido en el art.543-10º, relativo a la *determinación de los objetivos comerciales*, que queda a la libre autonomía de las partes del contrato y, en caso de que ésta fallare, se acudirá a sistemas de resolución de conflictos vía arbitraje o peritaje independiente.

El distribuidor tiene derecho a publicitar los bienes u objetos, siempre que así se estipule por contrato e, inclusive, puede hacer uso de agentes, colaboradores o subcontratistas con asentimiento del proveedor (*cf.*, arts. 543, puntos 12º y 13º). Se predica la independencia de las partes en el art. 543-14º. Hay que llamar la atención como causa de resolución del contrato el deterioro de la imagen de marca por parte del distribuidor, otorgándole un derecho a resolver el contrato por parte del proveedor (*ex art.* 543-11º).

3.3. Duración y terminación del contrato de distribución.

La duración del contrato se determinará por las partes y si no es así se apreciará el contrato como indefinido (*cf.*, art. 543-18º). Si se sigue ejecutando el contrato una vez pasado el plazo prefijado por las partes, se convertirá en indefinido (art. 543-19º); mientras que el contrato por tiempo indefinido contará con la posibilidad de un preaviso para llevar a cabo la denuncia unilateral del contrato; el plazo de preaviso se fija en un (1) mes por cada año de vigencia del contrato y un máximo de 6 meses, si el contrato ha sido inferior a un año, el período de preaviso se determina en un mes, véase art. 543-20º. La finalidad de este mandato es evitar problemas prácticos de interpretación. También se reconoce otros supuestos de extinción, en particular, art. 543-2º.1, dándose prioridad a la libre autonomía de la voluntad de las partes, al punto que “podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento sin necesidad de preaviso, cuando la otra parte hubiera sido declarada en concurso de acreedores y así se hubiera pactado en el contrato”. Este tenor iría en contra del principio de vigencia de los contratos que

informa los arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de lo *concurzal*, y como se indicaba primándose la libre autonomía de la voluntad de las partes.

Otro de los temas tratados en la PCM y que provoca un gran número de controversias en la práctica viene dado por la necesidad de amortizar las inversiones llevadas a cabo por una de las partes. En este sentido, el art. 543-22º, prescribe que con independencia del respeto a lo pactado por las partes, hay que estar a que “los contratos de distribución por tiempo indeterminado no podrán ser denunciados antes de que haya transcurrido un plazo razonable de amortización de las inversiones específicas realizadas para la ejecución del contrato salvo que, quién denuncia el contrato, ofrezca el pago de la amortización pendiente de realizar”. Definiéndose en el mandato que se entiende por inversiones específicas. Asociado a esto, el art. 543-23º, proclama la colaboración necesaria que se han de proporcionar las partes en orden a liquidar la relación contractual.

Finalmente, el art.543-24º, viene a reglamentar una cláusula de estilo en este tipo de contratos como es la compensación por clientela. Es nítido el mandato en prohibir la compensación, salvo pacto en contrario. Antes bien, de forma excepcional se permitiría que el distribuidor tuviera derecho a compensar si se presentan determinados supuestos en dependencia de la naturaleza del contrato y la actividad del distribuidor, sobre todo, si se han aumentado las operaciones y el número de clientes; además, el distribuidor haya proporcionado al proveedor una lista de clientes o bien, exista “un pacto por el cual el distribuidor, una vez extinguido el contrato no pueda hacer competencia al proveedor o al nuevo distribuidor”. En este último caso, la duración del pacto de no competencia no podrá superar el año.

4. A MODO DE COROLARIO

Al hilo de lo hasta aquí expuesto, se ha de tener siempre presente que el PLCD objeto de estudio se halla paralizado en su tramitación parlamentaria y, por ende, en su aplicación. No obstante lo anterior, sirve como “guía” de atención para futuras normativas y, en especial, por si la misma se convirtiese en realidad, se ha de apreciar y adecuarse a la disciplina legislativa existente en materia de Derecho de la Competencia, en especial, por lo que hace a las restricciones tan frecuentes que suelen presentarse en relación a la libre competencia. En otros términos, que la fórmula de distribución acordada no se emplee para encubrir pactos o prácticas anticompetitivas.

Cierto es que se persigue desde hace tiempo la confección de una Ley para los contratos de distribución, modalidad contractual tan extendida y empleada en el tráfico comercial, económico y jurídico y, a tal fin, resulta conveniente dicha disciplina, que se pensaba aparecería en el futuro Código de Comercio (PCM), pero en su última versión ha desaparecido, surgiendo así varios interrogantes en torno a dónde tenemos que acudir ahora para completar-integrar la reglamentación de la distribución?. Nótese que el PLCD examinado peca en exceso de regulación en aspectos que ya se hallan regulados por otras normativas e, inclusive, existe reiterada jurisprudencia vertida sobre el particular, baste traer a colación la temática de la indemnización por clientela.

Asimismo, el hecho de buscar el equilibrio de las partes “a toda costa” puede romper otros principios informadores del Derecho de contratos ilustrado en la libre autonomía de la voluntad de las partes que ha de primar en la interpretación y ejecución de estos contratos. Es verdad que no pueden ampararse los abusos por una de las partes, -sólo faltaría-, pero también es real que no puede irse más allá y forzar la igualdad tan querida por la propuesta normativa.

Tampoco se ha de descuidar el dato, bien recibido por la doctrina y la práctica, de incentivar medidas solutorias de conflictos entre las partes a través del arbitraje y la mediación (extremo también contemplado por la PCM) y, en igual medida, el patrocinio y la observación de Códigos de conductas en los diferentes sectores económicos de la distribución. También se ha de estar y cuidar la redacción de los textos proyectados, puesto que en ocasiones origina más confusión que claridad, sobre todo por el respeto que se ha de tener al Derecho de obligaciones y contratos preexistentes. Luego, queda una tarea ardua a futuro a realizar si se quiere que este PLCD salga a la luz y se convierta en la disciplina de los contratos de distribución; o bien volvamos a la fórmula de mínimos que se estipulaba en la Propuesta de Código Mercantil.

LA REGULACIÓN PROYECTADA (Y FRACASADA) DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN. EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN Y LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

DIEGO CRUZ RIVERO*

Resumen

En los últimos años se han puesto en marcha varias iniciativas legislativas en orden a la regulación de los contratos de distribución. En el presente trabajo, analizamos comparativamente las dos últimas propuestas, el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución y la propuesta de Código Mercantil, ambos proyectos frustrados, a la vista del Anteproyecto de Código Mercantil. Asimismo, tratamos de ofrecer las razones que parecen haber movido al legislador a mantener estos contratos como contratos atípicos.

Contenido

1. Planteamiento. – 2. Líneas maestras de la regulación proyectada. – 2.1. Carácter imperativo de las normas. – 2.2. Concepto y clases de contrato de distribución. – 2.3. Contenido de los contratos de distribución. – 2.4. Deberes precontractuales y formalización del contrato. – 2.5. Modificación, cesión del contrato y subcontratación. – 2.6. Duración y extinción del contrato. – 3. A modo de conclusión: sobre la tipificación de los contratos de distribución

1. PLANTEAMIENTO

Los contratos de distribución¹ son actualmente contratos atípicos nominados, parcialmente regulados en diversas normas², especialmente aunque no solo en el ámbito

* Profesor Titular de Universidad. Departamento de Derecho mercantil. Universidad de Sevilla.

¹ Nos referimos aquí a una noción estricta de distribución, que separa a estos contratos de los de intermediación (agencia, comisión y mediación), en los que el agente, comisionista o mediador actúa por cuenta del principal. Vid. DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., “Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial”, en VV.AA., *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 1.275-1.384, especialmente p. 1.276; TORRUBIA CHALMETA B., “El contrato de distribución selectiva”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, n.º 8, 2011, pp. 93-122, especialmente pp. 94-96. Se contempla la distribución como un fenómeno más amplio inclusivo de los procedimientos para comercializar los productos o servicios en MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1998, especialmente pp. 25-26. A este respecto, se distingue la distribución libre o extensiva y la distribución integrada o distribución en sentido estricto en ALONSO SOTO, R., “Los contratos de distribución comercial”, en VV.AA., *Curso de Derecho mercantil*, vol. II, 2ª edición, 2007, pp. 177-235, especialmente p. 179.

² A título de ejemplo pueden citarse la LOCM –Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (BOE n.º 15, de 17-1-1996)–, y la LGDCU –Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (BOE n.º 287, de 30-11-2008)–.

del Derecho de la competencia³. Recientemente se han puesto en marcha varios proyectos legislativos para regular estos contratos⁴. El deseo de concluir con su atipicidad se plasmó en la Ley 1/2010⁵, que modificó la LOCM con la intención de adaptarla a la Directiva 2006/123/CE⁶ e introdujo en la citada norma nacional una nueva disposición adicional 11ª. En virtud de este nuevo precepto se establece que el Gobierno debe regular el régimen jurídico de los contratos de distribución comercial “*con el fin de eliminar barreras administrativas en la prestación de servicios*”.

Un año más tarde, la disposición adicional 16ª de la LES⁷ introdujo en la LCA⁸ una nueva disposición adicional 1ª, que regulaba de forma transitoria, y en tanto no entrara en vigor la anunciada Ley de contratos de distribución, los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales; estableciendo la aplicación supletoria de la LCA a estos contratos. Con ello, quedaban regulados solo algunos, quizás lo más importantes desde el punto de vista económico, de estos contratos⁹.

Sin embargo, la vigencia de esta regulación fue del todo efímera¹⁰, pues algo más de un mes después¹¹, la disposición final 4ª de la Ley 7/2011¹² *suspendió* la vigencia de la disposición adicional 1ª de la LCA, sin que se diera explicación alguna de este cambio de rumbo en el preámbulo de la norma¹³. Tan solo, se establece en dicha

³ Pueden enunciarse así por ejemplo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (BOE n.º 159, de 4-7-2007), el Reglamento (UE) n.º 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 102, de 23-4-2010) y el Reglamento (UE) n.º 461/2010 de la Comisión de 27 de mayo de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor (DO L 129, de 28-5-2010). Sobre la regulación anterior, vid. GÓRRIZ LÓPEZ, C., “Distribución comercial y Derecho de la competencia (pasado, presente y futuro de la exención por categorías de los acuerdos verticales)”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, n.º 6, 2010, pp. 37-73, *pássim*.

⁴ Vid. sobre esta cuestión SERRANO SANTAMARÍA, A., “La resolución unilateral del contrato de distribución indefinida: preaviso e indemnizaciones. Comentario a la Sentencia del TS de 15 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3321)”, *RDPat*, n.º 27, 2011, pp. 229-242, especialmente pp. 236-238; ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., “Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, n.º 10, 2012, pp. 15-53, especialmente pp. 16-18.

⁵ Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (BOE n.º 53, de 2-3-2010).

⁶ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 376, de 27-12-2006).

⁷ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible (BOE n.º 55, de 5-3-2011).

⁸ Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia (BOE n.º 129, de 29-5-1992).

⁹ Vid. sobre esta regulación, especialmente en lo referente a la extinción del contrato MAYORGA TOLEDANO, M. C., “Acción de reclamación por resolución unilateral del contrato. Sentencia de 20 de junio de 2011 (RJ 2011, 4642)”, *CCJC*, n.º 89, 2012, pp. 223-236, especialmente pp. 235-236.

¹⁰ Vid. sobre esta cuestión SERRANO SANTAMARÍA, “La resolución...”, *op. cit.*, especialmente p. 237.

¹¹ De hecho, llama la atención la *urgencia* con la que se suspende la vigencia de la disposición adicional 1ª de la LCA, pues mientras que el resto de la Ley 7/2011 entró en vigor el 1 de julio de ese mismo año, la disposición final 4ª, junto con la disposición final 2ª, lo hizo al día siguiente de su publicación.

¹² Ley 7/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores y el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE n.º 87, de 12-4-2011).

¹³ Al parecer, ello sería consecuencia de la oposición mostrada a la nueva regulación por parte de los fabricantes de automóviles. Como consecuencia el Gobierno pactó con las asociaciones de fabricantes y de concesionarios (ANFAC, ANIACAM, FACONAUTO y GANVAM) la derogación de la norma a

disposición final 4ª que en el plazo de seis meses el Gobierno ha de aprobar y remitir a las Cortes un Proyecto de Ley de contratos de distribución comercial. Y se añade que, en tanto esta Ley no entre en vigor, el Gobierno debe presentar a las principales asociaciones del sector de la automoción un código de buenas prácticas en el que se contemple la constitución de un comité de seguimiento y resolución de conflictos.

Llama la atención, y es del todo criticable, el proceder del legislador en la mencionada disposición final 4ª. En concreto, se indica que la disposición adicional 1ª de la LCA “no será aplicable y no producirá efectos jurídicos” “hasta la entrada en vigor de la Ley de contratos de distribución comercial”. Queda por tanto el contenido de este precepto en una extraña situación de pendencia, sin que se encuentre formalmente derogado y excluido definitivamente de nuestro Ordenamiento jurídico¹⁴. No se entiende por qué la vigencia de la regulación de estos concretos contratos de distribución debe depender de que se apruebe una Ley general sobre contratos de distribución, especialmente teniendo en cuenta que previamente se había dado preferencia en el tiempo a la regulación, aun provisional, de estos contratos. Más bien, debería haber cumplido el Gobierno la encomienda recibida del legislador a través de la Ley 1/2010, encargo al que ahora se impone el perentorio plazo de seis meses. Y, en cambio, se suma ahora un nuevo mandato, el de presentar a las principales asociaciones del sector de la automoción, en tanto no entre en vigor la Ley sobre contratos de distribución, un código de buenas prácticas.

Finalmente, el 24 de junio de 2011 el Gobierno presentó un Proyecto de Ley de contratos de distribución¹⁵, en adelante PLCD. Llama la atención en este punto el contenido de la disposición derogatoria del Proyecto. En virtud de la misma, se derogaría, además de los arts. 22 y 62 de la LOCM, la disposición adicional 16ª de la LES. Se derogaría, por tanto, la norma que había introducido la regulación de los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales en la LCA, pero sin mencionar expresamente la disposición adicional 1ª de este cuerpo legal. La confusión quedaba patente al derogarse expresamente también la disposición adicional 4ª de la Ley 7/2011, la norma que suspendía la vigencia de esta regulación en tanto no entrara en vigor la Ley de contratos de distribución. Pese a su tramitación por el procedimiento de urgencia, el PLCD caducó por la disolución de las Cortes en octubre de 2011.

Ya en la siguiente legislatura, el Grupo Parlamentario Socialista presentó en diciembre de 2011 una Proposición de Ley de contratos de distribución¹⁶. Su contenido

cambio de la promulgación de una Ley de contratos de distribución. Incluso, por parte del sector se dejó entrever que esta regulación tendría como consecuencia un cambio en el modelo de las redes de distribución actuales, dando lugar a que los propios fabricantes implantaran una red de comercialización propia, lo que originaría una elevación del precio de los automóviles y una crisis del sector.

¹⁴ Recuerda este proceder al devenir del art. 348 bis del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital (BOE n.º 161, de 3-7-2010). El mismo fue introducido por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de sociedades de capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas (BOE n.º 184, de 2-8-2011) y posteriormente suspendido en su vigencia hasta 31 de diciembre de 2014 por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital (BOE n.º 150, de 23-6-2012).

¹⁵ Vid. http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_138-01.PDF#page=1.

¹⁶ Vid. http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/B_008-01.PDF#page=1.

era prácticamente idéntico al Proyecto caducado, repitiéndose igualmente lo dispuesto en su disposición derogatoria. Sin embargo, la Proposición fue rechazada.

La andadura de la regulación proyectada de los contratos de distribución prosiguió en el seno de la Comisión General de Codificación, en cuya Propuesta de Código Mercantil¹⁷, en adelante PCM, quedó incluido como una modalidad de contrato de colaboración en el art. 543. Este nuevo intento seguía la estela del PLCD, ofreciendo una regulación uniforme para todos estos contratos, incluyendo los relativos a la distribución de vehículos automóviles. Sin embargo, se introducían algunos cambios significativos, destacando en esta descripción general el hecho de que subsanaba el error cometido por los redactores del Proyecto y la Proposición de Ley en la disposición derogatoria. La PCM derogaría entre otras la LCA y el art. 62 de la LOCM, sin referirse a la LES o la Ley 7/2011.

No obstante, en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil¹⁸ ha desaparecido toda referencia a los contratos distribución, sin que se haya vertido justificación alguna a la opinión pública o los sectores interesados. En el Anteproyecto se sigue regulando entre otros contratos de colaboración el contrato de agencia, razón por la que se deroga expresamente la LCA. No se incluye sin embargo el contrato de franquicia, por lo que se excluye de la disposición derogatoria la mención del art. 62 de la LOCM.

En las páginas siguientes veremos someramente el contenido del PLCD y la PCM y con ello, fundamentalmente, la protección que podría haberse dispensado a los distribuidores en los contratos en los que hubiera sido aplicable esta regulación. Finalmente, concluiremos con unas líneas sobre las razones que parecen dificultar la regulación de los contratos de distribución.

2. LÍNEAS MAESTRAS DE LA REGULACIÓN PROYECTADA

2.1. Carácter imperativo de las normas

Tanto el PLCD como la PCM partían del respeto a la autonomía de la voluntad y de la posibilidad de las partes de configurar contractualmente la relación. De hecho, la enumeración de tipos de contratos de distribución de los arts. 2 del PLCD y 543-2 de la PCM era meramente ejemplificativa. Las partes podían configurar otras modalidades de contratos de distribución, también sometidas a las normas proyectadas si se enmarcaban en las definiciones de los arts. 1 y 543-1 respectivamente. En definitiva, el empresario que buscara distribuir sus productos o servicios a través de otros empresarios podría ordenar su red de distribución como considerara más oportuno. Y era igualmente punto de partida la libertad del empresario distribuidor, quien pretendía servir a los

¹⁷ Puede consultarse la Propuesta de la Comisión General de Codificación en la página web del Ministerio de Justicia:

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288780618794/Detalle.html>.

¹⁸ Puede consultarse el Anteproyecto en la página web del Ministerio de Justicia: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288788719402/Detalle.html>.

destinatarios finales los productos o servicios del proveedor y por regla general integrarse en una red comercial ya organizada.

De este modo, la normativa proyectada se presentaba como un conjunto de reglas supletorias a lo establecido por las partes en el contrato. En el caso del PLCD, su Exposición de Motivos incluía entre los propósitos de la norma establecer “*unas reglas de contratación claras, transparentes y eficaces para todo el sector, que ofrezcan un régimen supletorio mínimo ante la ausencia de previsión contractual por las partes*”. Y esta idea se plasmaba claramente en el art. 4.1, que incluía como primer principio rector de los contratos de distribución el de la libertad de pactos.

De forma similar, los párrafos I-33 y VI-9 de la Exposición de Motivos de la PCM indicaban que la regulación de los contratos mercantiles era por regla general dispositiva. Y a este respecto, ha de mencionarse que mientras que el art. 542-3 de la PCM establecía el carácter imperativo de la regulación del contrato de agencia, nada semejante se disponía entre los preceptos ordenados a la regulación de los contratos de distribución.

Y sin embargo, lo cierto es que los sucesivos intentos de regular los contratos de distribución han pretendido en gran medida ofrecer protección al distribuidor, considerado, por regla general, parte débil del contrato¹⁹. Pese a tratarse de un contrato entre empresarios, suele no corresponderse con la realidad el presupuesto de la igualdad de las partes a la hora de negociar el contrato, propio de la contratación mercantil²⁰. Como en el caso del contrato de agencia, normalmente el proveedor ostenta una posición de predominio, que se plasma en la capacidad de imponer al distribuidor unas condiciones generales²¹. A este respecto resulta significativo el innecesario art. 9 del PLCD que sometía el contrato a la LCGC²² cuando se utilizaran este tipo de clausulados. Obviamente ello será así, con independencia de que se invoque su aplicación en una Ley reguladora de los contratos de distribución. El problema es que la LCGC no permite un control de contenido de las condiciones generales, quedando tal posibilidad relegada a la contratación con consumidores²³. Tan solo en el ámbito del

¹⁹ Y no obstante, es posible también que sea el proveedor quien tenga una mayor capacidad de negociación frente al distribuidor. Vid. ALONSO SOTO, R., “Bases para una futura regulación de los contratos de distribución”, en VV.AA., *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, Las Rozas, 2013, pp. 49-62, especialmente p. 53.

²⁰ Se considera ésta una característica de las redes empresariales verticales en ALCALÁ DÍAZ, M. A., “Los contratos de distribución como instrumentos de descentralización empresarial”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, n.º 5, 2009, pp. 65-106, especialmente pp. 74-75 y 82-83. Vid. en igual sentido JARNE MUÑOZ, P., “La responsabilidad precontractual en el sector de la distribución comercial”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, n.º 13, 2013, pp. 51-79, especialmente pp. 54-55.

²¹ Se considera que la protección de la parte débil del contrato es un argumento fundamental para sostener la necesidad de la regulación de los contratos de distribución en SERRANO SANTAMARÍA, A., “La indemnización por falta de preaviso en la resolución unilateral del contrato de distribución indefinida: en especial, el lucro cesante. Comentario a la Sentencia del TS de 8 de octubre de 2013 (RJ 2013, 8002)”, *RD Pat*, n.º 33, 2014, pp. 387-396, especialmente p. 389.

²² Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE n.º 89, de 14-4-1998).

²³ Ello ha sido criticado por un sector doctrinal. De hecho, existen autores que proponen un control de contenido de las condiciones generales abusivas en la contratación interempresarial con base en la aplicación analógica de la regulación de las relaciones con consumidores. Vid. sobre esta cuestión, citando las distintas posturas doctrinales PEÑAS MOYANO, M. J.; SÁNCHEZ PACHÓN, L. A., “Control de las condiciones generales de la contratación y otras formas de protección. Las ventas a

Derecho de la competencia, como abuso de posición dominante, o en el marco de ciertas conductas desleales, podría encontrar protección un empresario frente a los abusos de otro²⁴. En consecuencia, se hace necesaria una regulación tuitiva del distribuidor, del mismo modo que el actual art. 62 de la LOCM y el Real Decreto 201/2010²⁵ tienen entre sus objetivos la protección del empresario franquiciado²⁶.

En esta línea, y aunque tal como se ha dicho se invocaba como principio rector la libertad de pactos, la propia Exposición de Motivos del PLCD reconocía que dicha libertad debía matizarse “*respecto a aquellas cuestiones que la experiencia señala que terminan constituyéndose en fuente de conflictos*”. Además, los principios rectores del art. 4 no solo estaban destinados “*a servir a la interpretación de los acuerdos y principios normativos en ausencia de disposición contractual de las partes*”, sino que también “*sugieren correcciones ante posibles fallos del mercado, tutelando ambas partes con un criterio de equidad y amparando a la parte débil en los supuestos necesitados de tutela*”. Igualmente, la Exposición de Motivos de la PCM, en su párrafo VI-85, indicaba que la regulación de la conclusión de los contratos de distribución debía ser imperativa para favorecer a la parte débil del contrato, generalmente el distribuidor.

De este modo, el texto articulado de ambas normas proyectadas ofrecía una combinación de reglas imperativas y dispositivas, tratando de configurar un modelo flexible que amparara las distintas modalidades contractuales presentes o que pudieran aparecer en el mercado pero que simultáneamente protegiera en la medida que lo necesitara al distribuidor. Tal como podrá apreciarse a la vista del PLCD y del art. 543 de la PCM, pese a que la libertad de pactos se postulaba como principio rector de la regulación de estos contratos, gran parte de la regulación solo tenía sentido si se consideraba imperativa²⁷: los deberes precontractuales de información, la imposición de la forma escrita y gran parte de los derechos del distribuidor (información, determinación de los objetivos comerciales, indemnizaciones consecuencia de la extinción del contrato, etc.). Quizás hubieran hecho bien los redactores de ambas

distancia, en particular”, en VV.AA., *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, La Ley, Las Rozas, 2011, pp. 103-136, especialmente pp. 119-131.

²⁴ Vid. sobre esta cuestión ECHEBARRÍA SÁENZ, “Problemas...”, *op. cit.*, especialmente pp. 33-34.

²⁵ Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores (BOE n.º 63, de 13-3-2010).

²⁶ Se critica que el PLCD no afronte la protección del adherente ante condiciones generales abusivas en JORDÁ CAPITÁN, E., “El control de incorporación y la nulidad de las condiciones generales de la contratación: la pretendida exclusión en el ámbito de la contratación entre empresarios de un control de contenido específico”, en VV.AA., *La reforma de los contratos de distribución comercial*, Las Rozas, La Ley 2013, pp. 193-249, especialmente pp. 235-236.

²⁷ A favor de una regulación más respetuosa con el principio de autonomía de la voluntad, en relación al PLCD, vid. CANDELARIO MACÍAS, M. I., “Apuntes sobre el Proyecto de Ley de contratos de distribución y (conexiones con) el Derecho de la competencia”, *RDP*, 2014-1, pp. 3-24, especialmente p. 8. Por otro lado, la CNC en su informe IPN 58/11, de 15 de junio de 2011, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución, entendió que la “*vocación de equilibrar la posición de las partes firmantes de los contratos de distribución y, por extensión, de los distintos miembros que componen las redes de distribución, puede limitar excesivamente la libertad de empresa y de organización de los sistemas de distribución, en un sentido que restrinja injustificadamente la competencia y reduzca las posibles mejoras de eficiencia*”. Igualmente, se entiende en dicho informe que una restricción de la libertad contractual podría implicar una homogeneización de las condiciones pactadas con los distintos distribuidores y por tanto una restricción de la competencia entre ellos.

regulaciones proyectadas en aclarar qué preceptos debían considerarse imperativos y dispositivos o incluso, como en el caso del contrato de agencia, si hubieran impuesto como regla general el carácter imperativo de las normas.

2.2. Concepto y clases de contrato de distribución

Los contratos de distribución son un tipo de contrato de colaboración por el que un distribuidor adquiere el derecho y a veces también la obligación de comercializar a terceros los productos o servicios de un proveedor²⁸. De este modo, el contrato sirve de marco para una relación duradera en la que el distribuidor va adquiriendo bienes o servicios del proveedor para transmitirlos a terceros, lucrándose con la diferencia entre el precio de adquisición, fijado por el proveedor, y el precio de reventa, sobre cuya determinación puede incidir también el proveedor²⁹. Con estos contratos, se crea una red de empresarios independientes que distribuyen los productos o servicios de un proveedor, normalmente actuando de forma coordinada y respetando una imagen comercial común. Por ello, suele ser sumamente importante el empleo de unos mismos signos distintivos e incluso el seguimiento de unas concretas técnicas comerciales que se consideran consustanciales a toda la red.

Dentro de la categoría de los contratos de distribución pueden reconocerse en la realidad comercial múltiples modalidades. De entre ellas, tanto el PLCD como la PCM

²⁸ Ello se manifestaba en la propia definición que de los contratos de distribución se hacía en el art. 543-1 de la PCM. Sin embargo, la PCM se centraba en la obligación de adquirir los productos o servicios para revenderlos, más que en el derecho a hacerlo. Asimismo, la obligación de efectuar la reventa aparecía posteriormente implícito en el art. 543-8.2. Por su parte, la definición propuesta en el art. 1 del PLCD era tremendamente imprecisa: “[s]e entenderá por contratos de distribución [...] aquellos contratos [...] que tengan por objeto establecer las condiciones en las que [el distribuidor] se obliga frente [al proveedor] a realizar actos u operaciones de comercio consistentes o relacionadas con la venta de productos, prestación de servicios o la combinación de ambos, de manera continuada o estable, actuando como empresario independiente y asumiendo el riesgo y ventura de tales operaciones”. Se muestra a favor de esta definición CANDELARIO MACÍAS, “Apuntes...”, *op. cit.*, especialmente p. 7. Se considera que el contrato de franquicia no encaja en esta definición, pese a estar expresamente incluido en el ámbito de aplicación de la norma en NAVARRO MÁÑEZ, M.; OCHOA ARRIBAS, C., “La aplicación a la franquicia del régimen propuesto para el contrato de distribución: una valoración crítica”, en VV.AA., *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, Las Rozas, 2013, pp. 89-109, especialmente p. 104.

²⁹ Conforme a lo establecido en el art. 4-a del Reglamento (UE) n.º 330/2010 es posible que el proveedor se reserve la facultad de imponer un precio de reventa máximo o recomendado, pero en ningún caso puede fijar el precio o establecer un precio mínimo. Se entiende que ello perjudicaría al consumidor y por tanto no es una práctica colusoria autorizable. Excepcionalmente, existe la posibilidad de imponer un precio mínimo en determinados sectores, tales como los libros. Asimismo, recientemente en Estados Unidos se ha abierto paso una jurisprudencia que admite la fijación de precios mínimos, debiendo fundamentarse caso por caso los efectos que causa el concreto acuerdo sobre la competencia. Vid. HERRERO SUÁREZ, C., “La fijación de los precios de reventa: ¿nuevos vientos?”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, n.º 4, 2009, pp. 53-88, especialmente pp. 54-55 y 59-62; “Imposiciones a los distribuidores: determinación del precio de venta al público”, en VV.AA., *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, La Ley, Las Rozas, 2011, pp. 361-377, especialmente pp. 365-367. Vid. la misma tendencia bajo la regulación europea en WARD, A.; OVIEDO MARTÍNEZ, A., “Revisión y reforma del Reglamento (CE) N.º 2790/1999”, en VV.AA., *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, La Ley, Las Rozas, 2011, pp. 339-359, especialmente pp. 358-359; BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la competencia. El Reglamento de la Unión Europea sobre restricciones verticales*, Marcial Pons, Madrid, 2014, especialmente pp. 261-270.

enunciaban a título de ejemplo el contrato de compra en exclusiva, venta en exclusiva, distribución autorizada, distribución selectiva, concesión comercial y franquicia³⁰. No es objeto de este estudio analizar con exhaustividad cada una de ellas, si bien sí consideramos conveniente una somera delimitación de las mismas.

En el primer caso, el distribuidor se obliga a no adquirir los productos o servicios de ningún otro proveedor, asegurándose por tanto éste un canal de distribución. A cambio, el distribuidor obtendrá algún tipo de compensación: una garantía de suministro, un mejor precio, asesoramiento técnico y comercial o la posibilidad de utilizar los signos distintivos del proveedor.

En virtud del contrato de venta en exclusiva, el proveedor se obliga a no vender sus productos o servicios a ningún otro distribuidor en una zona geográfica determinada. El distribuidor por su parte suele comprometerse a una serie de deberes encaminados a mantener abastecido el mercado asignado y a fomentar el prestigio de los signos distintivos del proveedor: adquirir un volumen mínimo de productos, mantener un stock mínimo o realizar una correcta labor de promoción de las ventas. Es posible también que el contrato de distribución exclusiva aúne estas dos modalidades, la compra en exclusiva por parte del distribuidor y la venta en exclusiva por parte del proveedor.

El contrato de concesión es un contrato de distribución exclusiva al que se añaden una serie de estipulaciones que permiten al concedente crear una red comercial homogénea, asumiendo normalmente el concesionario la obligación de efectuar un mínimo de ventas a los destinatarios finales de los productos o servicios y el derecho y el deber de utilizar los signos distintivos del proveedor. Tanto en el PLCD como en la PCM se conceptuaba el contrato como aquél por el que el concesionario distribuidor pone su establecimiento al servicio del concedente proveedor para comercializar, en régimen de exclusiva y bajo las directrices y supervisión de éste, bienes o servicios en una zona geográfica determinada³¹. Aunque por ser un contrato atípico las obligaciones de las partes varían en función del concreto contrato celebrado, puede considerarse éste el prototipo de los contratos de distribución, en el que, además de existir un acuerdo de exclusiva, el concesionario se obliga a distribuir los productos o servicios siguiendo unas directrices dictadas por el proveedor que afectan a las condiciones de venta a terceros.

La homogeneización comentada alcanza su grado sumo en el contrato de franquicia³², modalidad de contrato de concesión en el que el franquiciado, más que un

³⁰ Se critica la división de los contratos de distribución en subcategorías en CANDELARIO MACÍAS, "Apuntes...", *op. cit.*, especialmente p. 20. Vid. también en contra de la tipificación de las distintas clases de contratos de distribución MARTÍNEZ SANZ, F., "La indemnización por clientela de los distribuidores", en VV.AA., *Los contratos de distribución*, La Ley, Las Rozas, 2010, pp. 587-599, especialmente pp. 597-598. En cambio, a favor de que la ley configure unos modelos normativos y precise distintos tipos de contratos vid. SERRANO SANTAMARÍA, "La indemnización...", *op. cit.*, especialmente p. 390; ALONSO SOTO, "Bases...", *op. cit.*, especialmente p. 55.

³¹ Siguen las normativas proyectadas la definición que del contrato ha efectuado la jurisprudencia. Vid. por ejemplo la STS de 17-5-1999.

³² Vid. MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, Aranzadi, Pamplona, 2007, especialmente p. 135; HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*, Civitas, Madrid, 2000, especialmente pp. 496-498; ALCALÁ DÍAZ, "Los contratos...", *op. cit.*, especialmente

derecho a revender productos del distribuidor, adquiere a cambio de un canon periódico el derecho a poner en práctica un modelo de empresa, un saber hacer contrastado y que *garantiza* unos beneficios, el *know how*³³.

En ambos casos por tanto, especialmente en el caso del contrato de franquicia, la actividad del distribuidor se hace siguiendo ciertas pautas dictadas por el proveedor, aunque en todo caso el distribuidor es un empresario independiente con un cierto grado de autonomía y que asume el riesgo de la actividad.

En el otro extremo, se encuentran los contratos de distribución autorizada y de distribución selectiva, definidos como dos modalidades distintas en el PLCD y la PCM³⁴. En estos casos no se otorga la exclusiva de reventa para una zona y el distribuidor conserva plenamente su autonomía³⁵. El proveedor determina una serie de requisitos que deben reunir los distribuidores autorizados y que se consideran garantes de la calidad del servicio y por tanto del prestigio de la marca. Solo a través de empresarios que reúnan estas exigencias se distribuirán los productos o servicios³⁶.

En las regulaciones proyectadas se definía el contrato de distribución autorizada como aquél por el que el proveedor se obligaba a suministrar al distribuidor bienes o servicios para que los comercializara como distribuidor oficial en una zona determinada. Y el contrato de distribución selectiva se enunciaría como el contrato por el que el proveedor se obligaba a vender los bienes o servicios objeto del contrato únicamente a distribuidores seleccionados por él, que no gozarían de exclusividad territorial, obligándose el distribuidor a revender esos bienes o prestar esos servicios respetando las instrucciones pactadas³⁷.

2.3. Contenido de los contratos de distribución

Tal como se ha puesto de relieve, los contratos de distribución son una categoría en la que se integran distintas modalidades contractuales atípicas aunque parciamente reguladas. De este modo, el contenido del contrato y las obligaciones que asumen los

pp. 95-96 y 101; TORRUBIA CHALMETA, B., "El contrato de franquicia", *CDC*, n.º 54, 2010, pp. 297-335, especialmente p. 301 y 304.

³³ Con ello, junto a la franquicia comercial, en la que el franquiciado distribuye los productos del franquiciador, y la franquicia empresarial o de servicios, en la que el franquiciado presta unos servicios conforme al *know how* cedido, existe la franquicia de producción o industrial. En ella, no solo la distribución, sino que también una parte del proceso productivo se traslada también al franquiciado, quien debe seguir un manual operativo. El franquiciador por tanto no proporciona los productos para su distribución al franquiciado, sino las materias primas para su elaboración, además de los conocimientos necesarios tanto para la fabricación como para la distribución. Por otro lado, junto al contrato de franquicia así caracterizado, existe también el contrato de máster franquicia, en el que el franquiciado adquiere el derecho a conceder franquicias a terceros subfranquiciados. Vid. TORRUBIA CHALMETA, "El contrato de franquicia...", *op. cit.*, especialmente pp. 309-311.

³⁴ Algunos autores los consideran contratos similares. Vid. por ejemplo ALONSO SOTO, "Los contratos...", *op. cit.*, especialmente pp. 199-202.

³⁵ Se resaltan éstas como diferencias con el contrato de concesión en DÍAZ ECHEGARAY, J. L., "El contrato de distribución exclusiva o de concesión", en VV.AA., *Contratos mercantiles*, T. I, 5ª edición, Cizur Menor, 2013, pp. 727-779, especialmente p. 736.

³⁶ Vid. sobre la caracterización de este contrato GÓRRIZ LÓPEZ, C., *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, especialmente pp. 31-37.

³⁷ Vid. TORRUBIA CHALMETA, "El contrato de distribución...", *op. cit.*, especialmente pp. 100-103.

contratantes varían en función de lo pactado por las partes. Ello no obstante, tanto el PLCD como la PCM huyeron de la alternativa de regular estos contratos configurando distintos tipos contractuales, técnica legislativa que se consideró menos flexible y más restrictiva del principio de la autonomía de la voluntad³⁸. Muy al contrario, los redactores de ambas regulaciones proyectadas se esforzaron en ofrecer una regulación común para todos los contratos de distribución, aunque finalmente se incorporaran también a los proyectos preceptos cuyo ámbito de aplicación se circunscribía expresamente a alguna modalidad contractual (p. ej. en relación al contrato de franquicia). La técnica legislativa empleada consistió en regular cuestiones comunes a todos los contratos de distribución (la información precontractual, por ejemplo) y en regular diversos pactos habituales en estos contratos (acuerdos de exclusiva, por ejemplo). A la vista de ambos proyectos, parece que los redactores de los mismos utilizaron como paradigma de contrato de distribución el de concesión, aunque se evitó enunciarlo como tal explícitamente. El resto de contratos de distribución se regirían por estas reglas en la medida que incorporaran los elementos enunciados a lo largo de las regulaciones proyectadas.

En las páginas siguientes veremos someramente el contenido habitual de los contratos de distribución, especialmente de los contratos de concesión, y cómo quedaron regulados en el PLCD y la PCM. Tal como se ha indicado, los proyectos dejaron un amplio margen a la autonomía de la voluntad, ofreciendo una regulación supletoria a lo pactado por las partes. No obstante, junto al establecimiento de una regulación supletoria, una de las razones para tipificar los contratos de distribución es fijar una regulación protectora del distribuidor, considerado parte débil del contrato. Lógicamente, también se aprecia esta intención en las regulaciones proyectadas.

Resulta característico de estos contratos el hecho de que el cumplimiento de la obligación descrita, la de adquirir bienes o servicios para revenderlos, así como la ulterior reventa, satisface conjuntamente los intereses de ambas partes del contrato³⁹. Frente al simple contrato de suministro, con los contratos de distribución se confecciona en mayor o menor grado una red comercial, de modo que proveedor y distribuidor comparten un mismo interés en el buen fin de la actividad de distribución. Se establece por tanto un deber de colaboración mutua al servicio de este interés, lo que se manifiesta con claridad en la naturaleza de las obligaciones que asumen las partes. El proveedor busca distribuir sus productos o servicios a través de empresarios independientes, que asumen el riesgo de esta actividad, ampliando fácilmente su cuota de mercado sin efectuar la inversión necesaria para abrir nuevos establecimientos⁴⁰. Y el distribuidor busca adherirse a una red de distribución, accediendo a una economía de escala con una

³⁸ Así se resalta en la Exposición de Motivos (apartado II) del PLCD. A favor de esta posibilidad, vid. ECHEBARRÍA SÁENZ, “Problemas...”, *op. cit.*, especialmente pp. 22-23.

³⁹ Ello se plasmaba en el tenor literal de la PCM, cuyo art. 543-6.2 establecía que “[e]l proveedor y el distribuidor deberán colaborar para lograr la más alta difusión en el mercado de los bienes o servicios objeto del contrato”. Sobre este *interés compartido* vid. RUIZ PERIS, J. I., “Las redes empresariales en el Proyecto de Ley de contratos de distribución español de 2011”, en VV.AA., *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, Las Rozas, 2013, pp. 75-87, especialmente pp. 82-84.

⁴⁰ El traslado del riesgo empresarial al distribuidor, junto a la creación de una estructura empresarial flexible y con una mayor capacidad de adaptación, forma parte de la función económica del contrato. Vid. por ejemplo ALCALÁ DÍAZ, “Los contratos...”, *op. cit.*, especialmente pp. 78 y 93-94.

inversión relativamente baja⁴¹. Con ello, el distribuidor adquiere la posibilidad de vender los productos o servicios de una marca de prestigio y, en su caso, obtener los conocimientos necesarios para operar en el mercado siguiendo el *know how*⁴².

El carácter de contrato entre empresarios y la independencia económica y jurídica de las partes aparecía tanto en el PLCD, como en la PCM. En ambos casos se revelaba como una nota característica del contrato en la propia definición del mismo⁴³, sin perjuicio de que por obra de este contrato de colaboración pueda crearse una red comercial con una dirección única⁴⁴. En este sentido, las normativas proyectadas reconocían la necesidad de casar la autonomía de dos empresarios independientes con la capacidad de dirección, en mayor o menor grado, de la red de distribución por parte de uno de los empresarios⁴⁵. La independencia del distribuidor se postulaba como verdadero principio de la regulación en los arts. 4.2 del PLCD y 543-14 de la PCM⁴⁶ y se manifestaba claramente en el art. 543-8, que delimitaba las obligaciones del distribuidor: a) disponer de una organización empresarial suficiente para promover la máxima difusión de los productos o servicios; y b) llevar unos registros contables auxiliares relativos a la actividad objeto del contrato de distribución⁴⁷. Incluso el art. 543-14.2 de la PCM obligaría al distribuidor a indicar en su documentación que se trataba de un empresario independiente respecto del proveedor, aunque ello debiera hacerse sin desvirtuar la identidad de la red.

En consecuencia, en el desarrollo del contrato de distribución cada una de las partes se relaciona con los terceros de forma independiente, sin que ninguna de ellas tenga capacidad para vincular a la otra respecto de dichos terceros. Ello queda no obstante en ciertas ocasiones desvirtuado por la necesidad de proteger a los

⁴¹ La configuración de redes de empresarios más o menos integradas constituye la causa de los contratos de distribución y por tanto un elemento definitorio de esta categoría contractual. Así se entiende en ALONSO SOTO, “Los contratos...”, *op. cit.*, especialmente p. 192.

⁴² A este respecto, la doctrina consideró en relación al PLCD que debería haber introducido para el contrato de franquicia una mayor regulación del *know how*, elemento esencial en este tipo contractual, para velar por que éste exista realmente y tenga significación económica. Vid. NAVARRO MÁÑEZ; OCHOA ARRIBAS, “La aplicación...”, *op. cit.*, especialmente p. 106.

⁴³ También en ambos casos se excluía expresamente del ámbito de aplicación de la norma “*las modalidades de distribución que comporten vinculación de naturaleza laboral*” entre las partes. Por otro lado, el hecho de que se trate de dos empresarios independientes es uno de los elementos determinantes de la aplicación del Derecho de la competencia y, en concreto, del Reglamento 330/2010, que incide enormemente en la regulación de los contratos de distribución. Vid. sobre esta cuestión GÓRRIZ LÓPEZ, “Distribución comercial...”, *op. cit.*, especialmente pp. 50-51 y 58.

⁴⁴ Muy acertadamente en nuestra opinión, la doctrina ha identificado una dependencia económica-funcional, por cuanto que la actividad empresarial del empresario auxiliar depende de la del empresario principal, y una dependencia organizativa, por cuanto que en cierta medida el empresario principal mantiene el poder directivo sobre el proceso productivo o de distribución descentralizado; todo ello encaminado a mantener la calidad de los productos o servicios y el prestigio de la marca. Obviamente ambos caracteres pueden darse en mayor o menor grado en el concreto contrato de distribución. Vid. ALCALÁ DÍAZ, “Los contratos...”, *op. cit.*, especialmente pp. 83-85 y 101-102.

⁴⁵ Vid. ECHEBARRÍA SÁENZ, “Problemas...”, *op. cit.*, especialmente pp. 25-26.

⁴⁶ Ello se resalta respecto al PLCD en CANDELARIO MACÍAS, “Apuntes...”, *op. cit.*, especialmente p. 7.

⁴⁷ Estas dos obligaciones no aparecían en el PLCD. No obstante, entre la obligación de información precontractual del distribuidor, se incluía en el art. 6.3 el deber de informar sobre el grado de solvencia “*que habrá de ser suficiente para el cumplimiento de sus funciones*” y las “*cualificaciones técnicas necesarias para la ejecución de todas y cada una de las prestaciones vinculadas con el cumplimiento del contrato*”.

consumidores y usuarios, destinatarios finales de los productos o servicios comercializados. Así por ejemplo, el consumidor podrá exigir la entrega del producto o la prestación del servicio conforme a la publicidad difundida sobre los mismos (art. 61 LGDCU), con independencia de la procedencia de dicha publicidad, salvo que la propia publicidad lo advierta o salvo que el propio distribuidor informe al destinatario de las diferentes condiciones de la reventa.

Asimismo, la independencia económica y jurídica de proveedor y distribuidor no obsta la aplicación de la normativa reguladora de la responsabilidad del fabricante. Tal como se dispone en el art. 124 de la LGDCU, el consumidor puede dirigirse directamente contra el fabricante por las faltas de conformidad de los bienes adquiridos. Además, el art. 124 *in fine* de este cuerpo legal establece que quien haya respondido frente al consumidor puede a su vez repetir el pago frente al responsable de la falta de conformidad. De este modo, el distribuidor puede quedar indemne tras haber procedido a la cobertura de la garantía frente al consumidor por un defecto de fabricación del producto⁴⁸. Esta última regla tiene no obstante carácter dispositivo, pues la imperatividad de la LGDCU ha de entenderse limitada a los derechos reconocidos al consumidor (*ex* art. 10 de la LGDCU). En definitiva, sería posible que proveedor y distribuidor pactaran la falta de responsabilidad del primero, obviamente solo con efectos internos⁴⁹. Dicho pacto hubiera quedado proscrito en virtud de lo dispuesto en el art. 15 del PLCD que establecía que las partes debían adecuar el régimen de garantías del fabricante frente al distribuidor a los plazos establecidos en el régimen de protección de los consumidores y usuarios⁵⁰. Esta importante previsión desapareció en la PCM.

Tal como se ha indicado, y con los importantes matices expuestos para el contrato de franquicia, la obligación principal –y también el derecho– del distribuidor es la adquisición de los productos o servicios al proveedor con el objeto de proceder a su reventa a los destinatarios finales. Con ello, se satisfacen los intereses de ambas partes: el distribuidor obtiene un lucro por la venta de unos productos o servicios de una marca de prestigio y el proveedor distribuye dichos productos o servicios a los destinatarios finales sin tener que recurrir a la implantación de una red comercial propia. Este interés común en la distribución de los productos o servicios implica, de un lado, que el distribuidor necesita que el proveedor asuma el compromiso de servirle los productos o servicios conforme le sean solicitados y sin demoras indebidas y, de otro, que el proveedor estará interesado en que el distribuidor se obligue a adquirir una cantidad mínima de sus productos o servicios y a que efectúe las reventas, ampliando el valor de la marca bajo la que éstos se comercializan.

⁴⁸ Y, por supuesto, si la falta de conformidad se debiera a la actuación del distribuidor y el proveedor hubiera debido hacer frente a la garantía podría también ejercitar la acción frente al distribuidor.

⁴⁹ Quedaría en tal caso la responsabilidad del proveedor sometida a la regulación establecida en el C. de C. para la compraventa y, en concreto, al complejo art. 336. En la PCM parecía tenerse en cuenta el régimen de garantías previsto en la LGDCU a la hora de regular el deber de saneamiento del vendedor (*vid.* el art. 511-9). Sin embargo, tal responsabilidad parecía poder desvirtuarse con la exigencia de un examen previo al comprador (*ex* arts. 511-11 y 511-12).

⁵⁰ Acertadamente en nuestra opinión, Candelario Macías ha entendido que este precepto protege también al distribuidor en contratos internacionales, para el caso de que se aplique una regulación protectora de los consumidores distinta a la comunitaria. *Vid.* CANDELARIO MACÍAS, “Apuntes...”, *op. cit.*, especialmente p. 10.

Actualmente estas obligaciones aparecen con frecuencia en los contratos de distribución. Por su parte, tanto el PLCD como la PCM preveían que el proveedor debería atender las solicitudes de productos o servicios de los distribuidores, siempre que se adecuaran al volumen usual de la demanda. En caso contrario, deberían solicitarse los productos con un preaviso suficiente. Asimismo, ambas regulaciones proyectadas partían del presupuesto de que en el contrato se prevé la fijación en cada momento del stock mínimo del distribuidor y sus objetivos comerciales. Ambos proyectos hubieran añadido a dicha previsión habitual de los contratos el hecho de que ello necesariamente se hubiera debido hacer de mutuo acuerdo y sobre la base de las necesidades de abastecimiento del mercado⁵¹. De no haber acuerdo, la cuestión debería someterse a los mecanismos de resolución de conflictos previstos en el propio Proyecto (art. 12 del PLCD) o, tal como establecería el art. 543-10 de la PCM, solucionarse mediante arbitraje o peritaje independiente. Por su parte, el PLCD –no la PCM– establecía que el proveedor no podría imponer al distribuidor la adquisición de productos no solicitados, “*salvo en los casos de distribución selectiva en los que el proveedor establezca un sistema de comercialización completo con un método operativo propio caracterizado por su marca o imagen comercial*” (art. 12.1)⁵².

Por otro lado, en los contratos de distribución es sumamente importante que proveedor y distribuidor compartan información. Incluso, en el caso de la franquicia, el propio objeto del contrato está constituido por unos conocimientos comerciales específicos que el franquiciador debe transmitir al franquiciado de modo que pueda ponerse en práctica el modelo de empresa que se cede en virtud del contrato⁵³. En definitiva, el franquiciador debe instruir y asesorar al franquiciado. Y, al mismo tiempo, el franquiciador estará interesado y tendrá el derecho a velar por que el *know how* sea aplicado correctamente. Ello beneficiará a la imagen de la red comercial y al prestigio de la marca de los productos o servicios distribuidos –en definitiva al valor de la propia franquicia–, a la vez que disminuirá la falta de control de la distribución consecuencia de la descentralización⁵⁴. Por ello, los contratos de distribución, y en concreto los contratos de franquicia, incluyen reglas sobre prácticas comerciales e incluso sanciones por su incumplimiento por parte del distribuidor, llegando incluso a la posibilidad de que el proveedor resuelva el contrato.

Todo ello fue recogido también en las normativas proyectadas. Se establecía, tanto en el PLCD como en la PCM, que el proveedor estaría obligado a suministrar al distribuidor la información comercial y técnica necesaria para que pudiera desarrollarse correctamente la distribución de los productos o servicios objeto del contrato. En el caso del contrato de franquicia, el art. 543-17 de la PCM regulaba también esta cuestión al

⁵¹ A estos efectos, el PLCD se remite al criterio de “lo razonable” concepto indeterminado traído del Derecho anglosajón y que permitiría impugnar los objetivos comerciales fijados por el proveedor cuando excedieran de los límites considerados razonables en atención a las necesidades del mercado en cada momento. Vid. a este respecto GONZÁLEZ CASTILLA, F., “El criterio de <<razonabilidad>> de las condiciones comerciales impuestas en los contratos de distribución”, en VV.AA., *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, Las Rozas, 2013, pp. 173-191, especialmente pp. 187-188.

⁵² Vid. sobre esta cuestión ECHEBARRÍA SÁENZ, “Problemas...”, *op. cit.*, especialmente p. 35.

⁵³ Vid. TORRUBIA CHALMETA, “El contrato de franquicia...”, *op. cit.*, especialmente pp. 313-315.

⁵⁴ Vid. en relación a esta última cuestión ALCALÁ DÍAZ, “Los contratos...”, *op. cit.*, especialmente pp. 101-103.

concretar las obligaciones de las partes en esta modalidad contractual. Por su parte, el PLCD complementaba este deber general de información con el hecho de que el proveedor habría de comunicar al distribuidor las circunstancias que pudieran afectar sustancialmente al desarrollo de la actividad comercial o a los niveles de abastecimiento del distribuidor, así como las variaciones previstas en cuanto a la orientación, imagen o actividad del sistema comercial diseñado por el proveedor⁵⁵.

Asimismo, es muy frecuente que los contratos establezcan una comunicación bidireccional, pues los distribuidores suponen para el proveedor la principal fuente de información del mercado. Ello se reconocía en cierta medida en el PLCD, aunque no en la PCM. En concreto, se establecía en el primero de estos textos que el distribuidor estaría obligado a comunicar al proveedor las circunstancias que pudieran afectar a la imagen, prestigio o los derechos de propiedad industrial o intelectual o al acceso de los consumidores –habría que entender destinatarios finales– de los productos o servicios.

Precisamente la imagen del proveedor, y de la propia red de distribuidores a través de la que se relaciona con los destinatarios finales, suele ser un elemento fundamental en la causa del contrato y en la configuración de las obligaciones y derechos de las partes. El distribuidor pretende vender los productos o servicios bajo una marca de prestigio, lo que, especialmente en el caso de la franquicia, se ve complementado con el seguimiento de una serie de prácticas comerciales que pretenden homogeneizar las prestaciones a terceros de distintos distribuidores y garantizar un beneficio. Y el proveedor busca también mantener y ampliar el prestigio de la marca u otros signos distintivos empleados en la comercialización de los productos o servicios como fuente de valor añadido para los mismos.

En relación con esta cuestión, los arts. 10.1 y 16 del PLCD tenían en cuenta el efecto que podría tener en el prestigio de la red comercial la publicidad y otras actividades de promoción de ventas realizadas por el distribuidor. Según se disponía con carácter general, el distribuidor debería comunicar al proveedor las campañas y actos promocionales que efectuara. Incluso, si existiera una política de promoción de la marca e imagen común, el contrato debería indicar si el distribuidor que pretendiera desarrollar una campaña publicitaria habría de obtener previamente la aprobación de quien determinara contractualmente dichas políticas de marca e imagen. Y, en ausencia de pacto expreso, sería necesaria la autorización del proveedor para desarrollar la campaña publicitaria. Ello no obstante, el PLCD también establecía que el proveedor no podría impedir al distribuidor que realizara campañas de promoción que cumplieran claramente con la imagen del sistema. A ello ha de añadirse el hecho de que el art. 16.3 del PLCD disponía que las conductas que perjudicaran la imagen o el prestigio de la marca darían derecho a la resolución del contrato con indemnización de los daños y perjuicios. Del tenor literal del precepto proyectado parece que la posibilidad de resolver el contrato recaería sobre la contraparte de quien perjudicara el prestigio de la marca, con independencia de que fuera el proveedor o el distribuidor.

⁵⁵ Se establecía también en el PLCD que los precios y tarifas de suministro actualizables deberían comunicarse al distribuidor con un plazo de antelación de treinta días, ampliables en el contrato (arts. 10.2 y 17).

Por su parte, el art. 543-8 de la PCM incluía entre los deberes del distribuidor la comercialización de los productos o servicios “*sin menoscabar el prestigio del proveedor, respetando su marca y presentación y ajustándose en todo momento al sistema de distribución establecido por el proveedor*”, sancionándose el incumplimiento de este deber igualmente con la posibilidad de resolver el contrato por parte del distribuidor (art. 543-11). A diferencia de lo comentado en relación con el art. 16.3 del PLCD, en la PCM aparecía la resolución contractual como una reacción del proveedor ante el incumplimiento de una obligación por parte del distribuidor. En cuanto a la publicidad, el art. 543-12 disponía claramente que cualquier actividad publicitaria del distribuidor debería ser autorizada por el proveedor en lo referente al diseño y al contenido del mensaje publicitario y con el objetivo de mantener la imagen comercial de los productos o servicios y de la red de distribución.

Por otro lado, es muy frecuente en los contratos de distribución la inclusión de pactos de exclusiva, que garantizan al distribuidor una zona territorial o un grupo de clientes. En relación a esta cuestión, tanto el PLCD como la PCM establecían que el pacto de exclusiva territorial debería delimitar con precisión el área geográfica asignada, disponiéndose que, en caso de duda, se entendería que la exclusiva abarca la mayor de las zonas posibles⁵⁶. Esta última regla resultaba a nuestro entender llamativa por cuanto que contravendría el principio de que cualquier limitación a la competencia debe interpretarse restrictivamente⁵⁷.

Asimismo, tanto el PLCD, como la PCM impedían prohibir al distribuidor la realización de ventas pasivas, lo que se corresponde con la regulación protectora de la competencia (art. 4 del Reglamento 330/2010). A ello, el PLCD añadía la aclaración de que no era posible que el proveedor prohibiera al distribuidor la venta de los productos o servicios a través de Internet, salvo por motivos de salud pública o seguridad de los consumidores y sin perjuicio de que se pudieran establecer ciertas restricciones para salvaguardar los niveles de calidad o el prestigio de la marca⁵⁸. Tales ventas son consideradas hoy día igualmente, y por regla general, ventas pasivas, con lo que tal restricción quedaría igualmente proscrita por el Derecho de la competencia si hubiese entrado en vigor la PCM. En definitiva, ambas regulaciones proyectadas debían interpretarse con arreglo al Reglamento 330/2010⁵⁹.

⁵⁶ El PLCD añadiría además una norma para resolver el conflicto entre dos distribuidores a los que aparentemente se les hubiera atribuido en exclusiva un área parcialmente coincidente, estableciendo al respecto que “*se estará a lo dispuesto en los contratos y, en caso de duda, a un reparto equitativo*” (art. 13.2).

⁵⁷ Ello se critica en CANDELARIO MACÍAS, “Apuntes...”, *op. cit.*, especialmente p. 21.

⁵⁸ A favor de esta regulación vid. ALONSO SOTO, “Bases...”, *op. cit.*, especialmente p. 59. Vid. también sobre esta cuestión GÓRRIZ LÓPEZ, “Distribución comercial...”, *op. cit.*, especialmente p. 71; ECHEBARRÍA SÁENZ, “Problemas...”, *op. cit.*, especialmente pp. 37-40. La misma cuestión se analiza en relación con los contratos de distribución selectiva en FUENTES NAHARRO, M., “Distribución selectiva e internet: análisis de la problemática concurrencial del fenómeno desde las restricciones verticales a la libre competencia”, *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, n.º 6, 2010, pp. 117-141, especialmente pp. 118-120.

⁵⁹ Vid. sobre esta cuestión la Comunicación de la Comisión *Directrices relativas a las restricciones verticales*, de 10 de mayo de 2010, SEC (2010) 411 final, especialmente párrafos 51-57. A este respecto, debe reseñarse que la tendencia en el Derecho comunitario es precisamente facilitar que los distribuidores puedan utilizar Internet para comercializar los productos o servicios. Así, tal como se interpretaba el

2.4. Deberes precontractuales y formalización del contrato

Las regulaciones proyectadas preveían una serie de deberes precontractuales que concretaban el deber general de buena fe que ha de presidir las relaciones comerciales⁶⁰. Ante todo, se imponía a ambas partes, aunque especialmente al proveedor, un deber de información⁶¹. Como principio general, tanto el PLCD, como la PCM establecían que proveedor y distribuidor deberían entregarse toda la información necesaria para que pudieran obligarse⁶².

En particular, se disponía que proveedor y distribuidor habrían de suministrarse por escrito ciertas informaciones. En el caso del PLCD, solo si el distribuidor iba a ingresar en una red de distribución organizada por el proveedor; en el caso de la PCM en todos los contratos de distribución. Asimismo, el PLCD condicionaba este deber de información a que la contraparte lo solicitara, mientras que la PCM lo establecía con carácter general⁶³.

Con los matices anteriores, la información requerida era similar en el PLCD y en la PCM, si bien el PLCD presentaba un mayor detalle. El proveedor debería suministrar al distribuidor sus datos identificativos –incluyendo en el caso de la PCM los datos económicos y jurídicos de sus establecimientos–, datos sobre la estructura y extensión de la red de distribución –solo en España, en el caso de la PCM– y datos esenciales sobre el contrato: a) características de la actividad de distribución, b) los derechos y obligaciones de las partes –en el caso del PLCD, con especial referencia al precio o

Reglamento 2790/1999, el proveedor podía prohibir totalmente al distribuidor la venta por Internet si existiera una justificación objetiva. Bajo el Reglamento 330/2010, parece que solo por cuestiones muy graves (prohibiciones públicas, por razones de salud o seguridad) es posible la prohibición del uso de Internet (Directriz 60). Si es posible, especialmente en los sistemas de distribución selectiva imponer la existencia de un establecimiento físico o que la página web reúna una serie de requisitos. Vid. sobre esta cuestión FUENTES NAHARRO, “Distribución...”, *op. cit.*, especialmente pp. 126-136; “La distribución selectiva y el formato de comercialización: la distribución *on line* y la infracción por demérito de la marca”, en VV.AA., *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, La Ley, Las Rozas, 2011, pp. 379-412, especialmente pp. 391-404; y más ampliamente BACHES OPI, *Distribución...*, *op. cit.*, especialmente pp. 292-310.

⁶⁰ A este respecto, la doctrina ha entendido que es necesaria la regulación de la fase precontractual de los contratos de distribución. Vid. ALONSO SOTO, “Bases...”, *op. cit.*, especialmente p. 58. En contra del detalle con el que se regulaba esta cuestión en el PLCD vid. CANDELARIO MACÍAS, “Apuntes...”, *op. cit.*, especialmente p. 9. Por su parte, otros autores han entendido que el PLCD debería haber regulado la responsabilidad precontractual y, en concreto, la ruptura injustificada de las negociaciones. Vid. JARNE MUÑOZ, “La responsabilidad...”, *op. cit.*, especialmente p. 62.

⁶¹ Actualmente esta cuestión se encuentra regulada solo para el contrato de franquicia en los arts. 62.3 de la LOCM y 3 del Real Decreto 201/2010, preceptos en los que sin duda se inspiraron los redactores de las regulaciones proyectadas.

⁶² Con ello, muy acertadamente en nuestra opinión, la doctrina ha entendido que este deber de información no se fundamenta solo en la protección de un contratante débil, normalmente el distribuidor, sino en tratar de “*corregir los déficits de información que puedan plantearse en el momento de formación de la voluntad de las partes y que sean relevantes para el otorgamiento de su consentimiento en orden a la celebración de un contrato*”. Vid. RONCERO SÁNCHEZ, A., “Deberes precontractuales de información (A propósito del régimen propuesto en el Proyecto de Ley de contratos de distribución de 29 de junio de 2011)”, en VV.AA., *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, Las Rozas, 2013, pp. 137-172, *loc. cit.* p. 147.

⁶³ Vid. a favor de la opción del PLCD SACRISTÁN BERGIA, F., “Tratos preliminares y contratos de distribución”, en VV.AA., *Los contratos de distribución*, La Ley, Las Rozas, 2010, pp. 427-451, especialmente pp. 449-450; JARNE MUÑOZ, “La responsabilidad...”, *op. cit.*, especialmente p. 74.

coste de la operación propuesta—, c) titularidad de los signos distintivos —y condiciones de uso en el caso del PLCD—, d) pactos de exclusividad, e) restricciones a la actividad del distribuidor y f) causas y condiciones de la resolución del contrato, así como los efectos de la extinción del contrato. A ellos en el PLCD se sumaba la mención de la duración del contrato y las condiciones de renovación y modificación contractual.

Por su parte, el distribuidor, debería también informar por escrito al proveedor de sus datos identificativos y de sus datos económicos —su grado de solvencia en el caso del PLCD—. El PLCD especificaba además que el distribuidor debería informar acerca de la cualificación técnica necesaria para la ejecución del contrato y los eventuales procesos judiciales o administrativos que pudieran afectar al prestigio o reputación de la red de distribución.

La PCM indicaba además que no era necesario que se incluyera una relación pormenorizada de clientes ni las condiciones comerciales aplicables a cada uno de ellos.

Todos estos deberes de información precontractual se veían garantizados con un deber de confidencialidad, que se imponía a ambas partes⁶⁴ y con independencia de que finalmente se perfeccionara el contrato⁶⁵.

Asimismo, tanto el PLCD, como la PCM, se referían a la posibilidad de que se exigiera una garantía como condición para la incorporación a la red de distribución o para la efectividad de determinadas cláusulas. En tal caso, el PLCD establecía que dicha garantía debería ser proporcionada, teniendo en cuenta la previsible facturación, el objeto del contrato y su duración. Dicha protección del distribuidor desapareció en la PCM.

En cuanto a la perfección del contrato, ambas propuestas imponían la forma escrita *ad utilitatem*⁶⁶, aunque no se establecía propiamente un contenido mínimo del contrato⁶⁷, y sin perjuicio de que la inclusión de la información precontractual en el mismo hubiera sido un medio de probar el cumplimiento de este deber⁶⁸.

2.5. Modificación, cesión del contrato y subcontratación

Celebrado un contrato, su modificación requiere el acuerdo de ambas partes. Sin embargo, es posible que el propio contrato de distribución prevea la ulterior modificación o actualización de determinados aspectos de la relación. De hecho, es frecuente que el contrato permita al proveedor concretar ciertas cuestiones. Ello puede generar conflictos por cuanto que se puede llegar a infringir lo dispuesto en el art. 1.256 del C.C.

⁶⁴ Sobre esta cuestión en el PLCD vid. JARNE MUÑOZ, “La responsabilidad...”, *op. cit.*, especialmente pp. 76-77.

⁶⁵ Dicho deber de confidencialidad se hacía explícito también en el art. 412-1 de la PCM, precepto que se mantiene en el Anteproyecto. Actualmente, el art. 4 del Real Decreto 201/2010 permite al franquiciador imponer al franquiciado un deber de confidencialidad.

⁶⁶ La PCM añadía que el documento escrito debía ser firmado por todas las partes del contrato.

⁶⁷ A ello habría que añadir en su caso los requisitos de incorporación de las condiciones generales de los arts. 5 y 7 de la LCGC.

⁶⁸ A favor de esta regulación vid. ALONSO SOTO, “Bases...”, *op. cit.*, especialmente p. 58. La formalización del contrato alcanzaría a sus anexos, modificaciones y renovaciones. Vid. ECHEBARRÍA SÁENZ, “Problemas...”, *op. cit.*, especialmente p. 29.

La posibilidad de modificar el contrato durante su vigencia aparecía contemplada en los arts. 4.4 y 20 del PLCD, previendo que dichas modificaciones deberían realizarse conforme a lo dispuesto en el propio contrato. Ha de entenderse que con esta previsión se trataba de proteger al distribuidor de los posibles abusos que pudiera cometer el proveedor a este respecto. De hecho, el art. 4.4 disponía que las modificaciones contractuales obedecerían en todo caso a los principios de motivación y no discriminación o abuso de dependencia. Especial atención merecía la actualización de los precios de los suministros al distribuidor, regulados en el mencionado art. 10.2: salvo pacto en contrario, las tarifas deberían comunicarse con una antelación de 30 días. E igualmente, el citado art. 11 establecía que los objetivos comerciales habrían de fijarse sobre la base de las necesidades de abastecimiento del mercado que fueran razonablemente previsibles en cada momento.

La PCM no se refería expresamente a la modificación contractual, si bien frente a los abusos que pudieran darse cabría oponer el deber general de observar en el desarrollo del contrato *la máxima lealtad y buena fe* (art. 543-6.1). Asimismo, el art. 543-7 incluía entre las obligaciones del proveedor la de suministrar al distribuidor los productos o servicios *en las condiciones convenidas*. Tan solo se aludía expresamente a la necesidad de que existiera acuerdo de ambas partes para la determinación de los objetivos comerciales (art. 543-10).

En cuanto a la posibilidad de ceder el contrato, ha de tenerse en cuenta que los contratos de distribución deben considerarse por regla general contratos *intuitu personae*, aunque no personalísimos⁶⁹: resulta esencial para proveedor y distribuidor la identidad –las características económicas y organizativas dignas de confianza– de su contraparte. Ello queda claro en los contratos de distribución selectiva, en los que el proveedor se compromete a distribuir sus productos a través de establecimientos autorizados que reúnen una serie de cualidades. Y puede predicarse igual carácter en otros contratos de distribución. Tal como se ha indicado, la celebración del contrato supone la integración del distribuidor en una red de distribución. Ambas partes, proveedor y distribuidor, se comprometen a aunar esfuerzos en pro del buen fin de la distribución a los destinatarios finales de los productos o servicios distribuidos. En gran medida, los beneficios del distribuidor dependerán del prestigio de la marca de dichos productos o servicios y del valor añadido que ésta consiga generar sobre los mismos. E igualmente, al ponerse en práctica el sistema de distribución, especialmente si se ha atribuido al distribuidor la exclusiva sobre una zona geográfica o conjunto de clientes, las ventas de los productos o servicios y en cierto modo el prestigio de la marca dependerán del conjunto de los distribuidores. Se trata por tanto de un contrato de colaboración celebrado sobre la base de una confianza recíproca.

Los contratos suelen regular los requisitos –normalmente la imposibilidad salvo expreso consentimiento del proveedor– para que el distribuidor pueda ceder a un tercero su posición contractual. En ocasiones, se prevé también un derecho de tanteo por parte

⁶⁹ Así lo ha entendido la doctrina. Vid. ALONSO SOTO, “Los contratos...”, *op. cit.*, especialmente pp. 193-194 y 210; FONTCUBERTA LLANES, J., *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*, Marcial Pons, Madrid, 2009, especialmente pp. 108-109. Por esta razón la muerte de las partes no es causa de extinción del contrato.

del propio proveedor, de modo que comunicada por el distribuidor la intención de transmitir sus derechos, el proveedor se reserva la posibilidad de sustituir al cesionario por otro que considere más satisfactorio.

La regulación de esta cuestión en el PLCD era especialmente tuitiva de los intereses del distribuidor. De un lado, el art. 18.1 reconocía derechos equivalentes a proveedor y distribuidor. Así, se establecía que “[l]a cesión total o parcial del contrato de distribución requerirá el consentimiento del proveedor y del distribuidor”. Y, de otro, se prescribía la imposibilidad de que el proveedor denegara el consentimiento para la cesión si el adquirente pertenecía ya a la red de distribución o si se comprometía a mantener la organización, medios y recursos que el cedente tenía afectos a la actividad de distribución.

En cambio, el art. 543-13 de la PCM establecía solo la necesidad de consentimiento del proveedor para la cesión del contrato por parte del distribuidor, sin que se restringiera expresamente la libertad del proveedor de denegar la autorización.

En lo referente a la posibilidad de que se subcontrate la distribución, el art. 543-13 de la PCM era claro en requerir igualmente el consentimiento del proveedor, lo que podía también deducirse del tenor literal del art. 19 del PLCD⁷⁰. No obstante, la PCM reconocía expresamente que, salvo pacto en contrario, el distribuidor podría nombrar agentes u otros colaboradores para desarrollar su actividad de distribución.

2.6. Duración y extinción del contrato

Los contratos de distribución son contratos de tracto sucesivo que sirven de marco para una relación duradera en la que el distribuidor adquirirá productos o servicios del proveedor y los comercializará a los terceros destinatarios finales⁷¹. Los contratos pueden concertarse por tiempo definido o indefinido⁷².

La extinción del contrato era una de las cuestiones reguladas más detalladamente en las normas proyectadas⁷³, pues se trata de una fuente habitual de conflictos⁷⁴. Para ello, los redactores tanto del PLCD como de la PCM se inspiraron claramente en la LCA. En cuanto a la duración del contrato, ambos proyectos preveían, como los vigentes arts. 23 y 24 de la LCA, que, de no haberse pactado expresamente una duración

⁷⁰ La creación de redes secundarias de distribución es una situación frecuente. Vid. sobre esta cuestión GONZÁLEZ CASTILLA, F., “Caracterización de la relación negocial entre los integrantes de la red secundaria y la marca”, en VV.AA., *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, La Ley, Las Rozas, 2011, pp. 197-227, especialmente pp. 203-208.

⁷¹ Sobre la duración del contrato de franquicia, vid. TORRUBIA CHALMETA, “El contrato de franquicia...”, *op. cit.*, especialmente pp. 322-327.

⁷² No obstante, el art. 21 del PLCD protegía al distribuidor al restringir la libertad de pactos: “Los contratos deberán prever un periodo de duración mínimo suficiente para hacer posible la amortización de las inversiones específicas necesarias para el cumplimiento del acuerdo”.

⁷³ Se regulaba por ejemplo en los arts. 26 del PLCD y 543-23 de la PCM un deber de ambas partes de colaborar en la liquidación del contrato de distribución.

⁷⁴ Vid. ZURITA HERRERA, P., “Duración y extinción del contrato de distribución en el Proyecto de Ley del contrato de distribución”, *RDPat*, n.º 29, 2012, pp. 363-403, especialmente p. 365. En algún caso se ha entendido que es ésta una de las cuestiones en las que más se precisa la existencia de una regulación de los contratos de distribución. Vid. SERRANO SANTAMARÍA, “La resolución...”, *op. cit.*, especialmente p. 235.

determinada, el contrato debía considerarse indefinido. Asimismo, si transcurrido el plazo previsto en el contrato se continuara ejecutando, el contrato se transformaría en indefinido por tácita reconducción⁷⁵.

En relación a los contratos de duración determinada, se preveía la extinción de los mismos al concluir el plazo pactado⁷⁶. Además, el PLCD permitía la extinción del contrato por justa causa (art. 22.1). No se aclaraba sin embargo qué habría de considerarse justa causa, aunque parece que podría entenderse por tal tanto el incumplimiento grave de la contraparte como cualesquiera otras razones que se consideraran suficientes para amparar un interés legítimo en denunciar el contrato. No obstante, en este último caso quien ejercitara el derecho de resolución debería indemnizar a la otra parte por las inversiones específicas no amortizadas (arts. 25.1 y 25.7). Aunque, la regulación no se refería ni al proveedor ni al distribuidor –y por tanto cualquiera de los dos podría denunciar el contrato de haber justa causa–, el establecimiento de una indemnización a la contraparte por las inversiones específicas no amortizadas hubiera supuesto en la práctica un reforzamiento de la posición del distribuidor⁷⁷. Es éste el que efectúa un mayor volumen de inversiones al incorporar su establecimiento a la red comercial y el PLCD trataba de protegerlo de la denuncia del contrato por parte del proveedor⁷⁸.

Incluso, de la lectura del art. 25.1 del PLCD cabe entender que las partes podían denunciar el contrato pactado por tiempo determinado aun sin justa causa. En este caso, según se disponía, la contraparte tendría derecho a recibir una indemnización por daños y perjuicios⁷⁹.

En el caso de la PCM, no se preveía la posibilidad de denunciar el contrato por justa causa. Tan solo por tanto ante el incumplimiento esencial de su contraparte y en aplicación del art. 1.124 del C.C. podría cualquiera de las partes resolver el contrato.

⁷⁵ Sobre la posibilidad de que las partes pudieran pactar sucesivas prórrogas del contrato bajo la regulación del PLCD, vid. ZURITA HERRERA, “Duración y extinción...”, *op. cit.*, especialmente pp. 368-369.

⁷⁶ Aunque la normativa proyectada guardaba silencio al respecto, la doctrina ha venido entendiendo que para evitar la tácita reconducción debe existir un preaviso razonable de la intención de que ésta no se produzca. Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Duración de los contratos de distribución comercial”, en VV.AA., *Los contratos de distribución*, La Ley, Las Rozas, 2010, pp. 537-583, especialmente p. 570.

⁷⁷ Vid. sobre esta cuestión y respecto al contrato de franquicia TORRUBIA CHALMETA, “El contrato de franquicia...”, *op. cit.*, especialmente p. 323; e igualmente respecto al contrato de distribución selectiva TORRUBIA CHALMETA, “El contrato de distribución...”, *op. cit.*, especialmente p. 104.

⁷⁸ En este sentido, se consideraban inversiones específicas aquéllas realizadas en interés del negocio del principal que no puedan ser aprovechadas de modo real y efectivo para usos alternativos, no tengan posibilidad de reventa o solo puedan revenderse con grave pérdida para el inversor. Asimismo, no tendrían la consideración de inversiones específicas indemnizables la que hubieran sido ya amortizadas o debieran estarlo conforme a las escalas fiscales de amortización, ni las inversiones genéricas propias del normal devenir empresarial del distribuidor. Sobre esta cuestión, vid. GÓMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., “La complejidad del incumplimiento contractual en los contratos de distribución”, en VV.AA., *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, La Ley, Las Rozas, 2011, pp. 167-196, especialmente pp. 185-187; ECHEBARRÍA SÁENZ, “Problemas...”, *op. cit.*, especialmente p. 47.

⁷⁹ La doctrina criticó que el PLCD no estableciera unos criterios para cuantificar esta indemnización, pues, ciertamente, se trata ésta de una cuestión que suscita controversias en la práctica. Vid. CANDELARIO MACÍAS, “Apuntes...”, *op. cit.*, especialmente p. 11.

Respecto a los contratos indefinidos, ambas regulaciones proyectadas contemplaban la extinción del contrato con la simple denuncia unilateral de cualquiera de las partes, aunque respetando el preceptivo preaviso por escrito⁸⁰. En la regulación del preaviso las normas proyectadas copiaban lo dispuesto actualmente en el art. 25 de la LCA. El plazo del preaviso sería de un mes por cada año de vigencia del contrato con un máximo de seis meses. Y si el contrato hubiera estado en vigor por menos de un año, el preaviso sería de un mes⁸¹. Asimismo, las partes podrían pactar unos preavisos superiores, pero no inferiores. En el PLCD se preveía que el preaviso debía ser igual para ambas partes. En cambio en la PCM se establecía que el preaviso pactado para el distribuidor no podía ser inferior al establecido para el proveedor.

Sin embargo, el preaviso como requisito para la válida denuncia del contrato quedaba desvirtuado en los arts. 23.4 del PLCD y 543-20 de la PCM⁸². Según se disponía en ambos preceptos, el incumplimiento del preaviso no permitiría a la contraparte considerar vigente el contrato hasta el momento en el que concluyera el plazo de preaviso, sino que podría exigir una indemnización de daños y perjuicios⁸³.

Como excepción, el art. 24 del PLCD recogía no obstante la posibilidad de *dar por finalizado* el contrato en cualquier momento y sin necesidad de respetar el preaviso cuando la otra parte hubiera incumplido “*de manera grave o reiterada, total o parcialmente, las obligaciones legales o contractuales vinculadas al cumplimiento del contrato*” y dicho incumplimiento no fuera subsanado a satisfacción de la parte cumplidora de forma razonable en el plazo establecido en el contrato o, en su defecto, en un plazo de treinta días⁸⁴. El tenor literal del precepto, claramente inspirado en el art. 26.1-a de la LCA, es criticable por las imprecisiones terminológicas en que incurre –*dar*

⁸⁰ Ello supondría un cambio importante respecto a la solución que da la jurisprudencia en los conflictos relacionados con esta cuestión, pues se tipificaría el plazo de preaviso considerado razonable. Actualmente, salvo que el contrato de distribución establezca lo contrario, el preaviso no es consustancial al desistimiento, que, por tanto, podría no ser necesario. Más bien, si el desistimiento se hace sorpresivamente y contraviniendo el deber de buena fe, lo que debe evaluarse caso por caso, sí tendrá derecho la parte *in bonis* a una indemnización. Lógicamente ello conlleva en la práctica la existencia de un preaviso *suficiente*. Vid. en este sentido las SSTs de 16 de diciembre de 2005 (RJ 2006\155) y 15 de marzo de 2011 (RJ 2011\3321). Vid. también a este respecto SERRANO SANTAMARÍA, “La indemnización...”, *op. cit.*, especialmente p. 392. Existe también jurisprudencia que considera esencial el preaviso o incluso que requiere la concurrencia de justa causa. Vid. a este respecto ALONSO SOTO, “Los contratos...”, *op. cit.*, especialmente pp. 212-213.

⁸¹ Como excepción a esta regla general, el art. 23.3 del PLCD preveía respectivamente un preaviso mínimo de seis meses o de un año cuando más de la mitad o toda la producción del proveedor fuera adquirida por un comprador o grupo de compradores coordinado. Esta previsión no existía en la PCM. En cambio, la PCM se encargaba de aclarar que si el contrato de distribución se hubiese convertido en indefinido por tácita reconducción para calcular el plazo de preaviso se tendría en cuenta el tiempo transcurrido desde la perfección del contrato, no desde la tácita reconducción.

⁸² La misma solución se da actualmente en la jurisprudencia. Vid. SERRANO SANTAMARÍA, “La resolución...”, *op. cit.*, especialmente p. 240.

⁸³ El art. 25.2 del PLCD incluía expresamente en dicha indemnización la que correspondiera por las inversiones específicas no amortizadas. Se entiende que el PLCD limita los daños indemnizables a los relativos a las inversiones específicas no amortizadas, debiéndose acudir a los arts. 1.101 y 1.106 del C.C. para justificar una indemnización más amplia en ZURITA HERRERA, “Duración y extinción...”, *op. cit.*, especialmente p. 398. Más favorable a que la indemnización incluya el lucro cesante por el tiempo de preaviso no cumplido, aunque también sobre la base del art. 1.106 del C.C., vid. SERRANO SANTAMARÍA, “La indemnización...”, *op. cit.*, especialmente p. 393.

⁸⁴ A la vista del art. 25.7, no sería necesario que se indemnizara en este caso ni por las inversiones específicas no amortizadas, ni por la clientela.

por finalizado— y por la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados que lo hacen de difícil interpretación —grave, reiterado, parcial, obligaciones vinculadas al cumplimiento del contrato—. A nuestro parecer, este precepto no haría sino trasladar a una futura Ley de contratos de distribución el contenido del art. 1.124 del C.C., pues los contratos de distribución son bilaterales y las obligaciones pueden considerarse igualmente sinalagmáticas⁸⁵. También bajo la regulación general solo un incumplimiento grave o esencial permite la resolución contractual. Sí suponía una novedad para los contratos de distribución, acertada en nuestra opinión⁸⁶, el hecho de prever expresamente la *subsanción* del incumplimiento —quizás habría que entender el mero cumplimiento, aunque fuera tardío—.

Esta mención expresa al incumplimiento de la contraparte como causa de resolución y sin necesidad de preaviso desapareció en la PCM, aunque obviamente sí hubiera resultado de aplicación la regulación general del art. 1.124 del C.C.. En cambio, sí se añadió un nuevo supuesto de resolución sin necesidad de preaviso en el art. 543-21⁸⁷: la posibilidad de que el contrato estableciera que cada una de las partes pudiera dar por finalizado el contrato cuando la otra parte hubiera sido declarada en concurso⁸⁸. Con ello se hubiera traído a los contratos de distribución una regla que constituiría excepción a lo dispuesto en el art. 61.3 de la Ley concursal, enmarcándose en lo dispuesto en el art. 63.2 de dicho cuerpo legal⁸⁹.

Por otra parte, las regulaciones proyectadas recogían algunos supuestos en los que, extinguido el contrato, el proveedor habría de compensar al distribuidor por la clientela que hubiese podido generar durante la relación⁹⁰. En tales casos, y debiendo

⁸⁵ Así lo ha entendido la doctrina, sin perjuicio de que los contratos regulen también aspectos de las relaciones con terceros, otros distribuidores miembros de la red o los terceros destinatarios de los productos o servicios distribuidos. Vid. por ejemplo FONTCUBERTA LLANES, *El contrato de distribución...*, *op. cit.*, especialmente p. 109.

⁸⁶ Así se considera también en CANDELARIO MACÍAS, “Apuntes...”, *op. cit.*, especialmente pp. 10-11. Se aprecia la incidencia de los *Principles of European Contract Law* y del *Draft Common Frame of Reference* en ZURITA HERRERA, “Duración y extinción...”, *op. cit.*, especialmente pp. 378-381.

⁸⁷ Y sin embargo la doctrina entendió respecto al PLCD que la posibilidad de denunciar el contrato indefinido *ad nutum* ya permitiría al contratante librarse de un contrato de distribución cuando la contraparte ha sido declarada en concurso, según lo dispuesto en el art. 63.1 de la Ley concursal. Vid. así ECHEBARRÍA SÁENZ, “Problemas...”, *op. cit.*, especialmente p. 42. Ciertamente ello sería así, aunque con sometimiento al régimen del preaviso.

⁸⁸ El art. 543-22 de la PCM parecía condicionar esta posibilidad a que hubiese transcurrido el tiempo suficiente para amortizar las inversiones específicas de la contraparte o a que se indemnizara su valor. A nuestro entender, da la sensación de que el tenor literal del precepto contenía una errata, debiendo referirse a la denuncia del contrato sin respetar el preaviso mínimo del art. 543-20 y no a la extinción del contrato por el concurso de la contraparte.

⁸⁹ Puede reconocerse igualmente la inspiración de esta regla en el art. 26.1-b de la LCA, si bien en esta última norma no se exige que se encuentre previsto en el contrato.

⁹⁰ Se muestra en contra de la existencia de esta indemnización FONTCUBERTA LLANES, *El contrato de distribución...*, *op. cit.*, especialmente pp. 231-281; CANDELARIO MACÍAS, “Apuntes...”, *op. cit.*, especialmente p. 12. Por el momento, existe doctrina y jurisprudencia que se ha mostrado favorable a la aplicación analógica del art. 28 de la LCA o bien al reconocimiento de esta indemnización para impedir el enriquecimiento sin causa del proveedor o con base en el art. 1258 del C.C.. Vid. sobre esta cuestión ALONSO SOTO, “Los contratos...”, *op. cit.*, especialmente pp. 210-212; MARTÍNEZ SANZ, “La indemnización...”, *op. cit.*, especialmente pp. 591-595; TORRUBIA CHALMETA, “El contrato de distribución...”, *op. cit.*, especialmente pp. 106-109.

entender que la regulación propuesta era de carácter imperativo, no hubiera sido posible excluir esta indemnización convencionalmente⁹¹.

En ambos textos la regla general era la inexistencia de esta retribución por aumento de la clientela, salvo obviamente que existiera un acuerdo al respecto⁹². Se entendía por tanto que la generación y mantenimiento de una clientela, así como el fomento de la marca del proveedor constituían una consecuencia del desarrollo de su actividad por parte del distribuidor. Sin embargo, muy acertadamente en nuestra opinión, a veces el distribuidor sí era digno de una compensación por la clientela generada⁹³.

A este respecto, la regulación del PLCD y de la PCM era sustancialmente diferente, resultando la de la PCM más beneficiosa para el distribuidor. En el caso del PLCD, se requerían *cumulativamente* dos requisitos. En primer lugar, debía haberse producido un incremento sustancial de las operaciones o del número de clientes, debiendo acreditar el distribuidor que la clientela seguiría produciendo ventajas sustanciales al proveedor tras la ruptura del contrato. Y, en segundo lugar, se debía haber establecido un pacto de no competencia tras la extinción del contrato, pacto que no podría exceder la duración de un año⁹⁴.

Por su parte, la PCM prescribía la existencia de una compensación por la clientela generada cuando concurrieran *alternativamente* tres requisitos: cuando se hubiera producido un incremento sustancial de las operaciones o del número de clientes; cuando se hubiese acordado un pacto de no competencia para el supuesto de la conclusión del contrato –también con el límite de un año–; o cuando el distribuidor hubiera facilitado al proveedor un listado de clientes.

En nuestra opinión, el carácter alternativo de los requisitos tendría poco sentido, por cuanto que la compensación por clientela solo parece procedente si realmente se acredita que el aumento de operaciones o de clientes continua beneficiando al proveedor una vez concluido el contrato⁹⁵. En especial, no parece que facilitar un listado de clientes al proveedor justifique una compensación por clientela. Es cierto que esta información puede ser muy relevante para el proveedor y denotar un efectivo traspaso de la cartera de clientes. Sin embargo, no siempre será así. Si no se ha impuesto un deber de no competencia y el distribuidor pasa a comercializar productos o servicios

⁹¹ Ello supondría un cambio respecto a la opinión actual de la jurisprudencia. Vid. una referencia a la jurisprudencia actual en ALONSO SOTO, “Los contratos...”, *op. cit.*, especialmente p. 213; y SERRANO SANTAMARÍA, “La resolución...”, *op. cit.*, especialmente p. 240.

⁹² Ello se recogía expresamente en el art. 543-24 de la PCM. No aparecía en cambio en el PLCD, aunque resultaba evidente a la vista del principio de libertad de pactos (art. 4) y del hecho de que el distribuidor suele ser parte débil del contrato.

⁹³ Con ello parecía seguirse la jurisprudencia española más reciente, si bien ésta viene exigiendo en todo caso un incremento sustancial de la clientela del proveedor. Vid. un elenco jurisprudencial a favor y en contra de la indemnización por clientela en TORRUBIA CHALMETA, “El contrato de franquicia...”, *op. cit.*, especialmente pp. 325-327.

⁹⁴ Junto al límite temporal de un año, deberían respetarse el resto de requisitos del art. 5.3 del Reglamento 330/2010. Vid. sobre los mismos BACHES OPI, *Distribución...*, *op. cit.*, especialmente pp. 328-330.

⁹⁵ Así lo ha entendido la jurisprudencia actual cuando ha aplicado analógicamente la LCA. Vid. a este respecto TAPIA SÁNCHEZ, M. R., “Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones como presupuesto de la indemnización por clientela en los contratos de distribución”, en VV.AA., *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, La Ley, Las Rozas, 2011, pp. 303-320, *pássim*.

similares, la mera transmisión de esta información puede no implicar un aumento de ventas por parte de la red del proveedor si el distribuidor lleva a cabo una efectiva promoción para conservar su clientela. En cualquier caso por tanto, entendemos que una interpretación cabal de la norma hubiese requerido igualmente un aumento de la clientela y un efectivo traspaso de la misma al proveedor o al nuevo distribuidor.

Por otro lado, ninguna de regulaciones proyectadas recogían claramente el hecho de que el aumento de la clientela podría no deberse a la actividad de promoción del distribuidor sino al prestigio de la marca y a la publicidad desarrollada por el propio proveedor. Sin duda la jurisprudencia hubiera tenido en cuenta esta cuestión a la hora de reconocer y en su caso calcular una posible compensación por clientela⁹⁶.

Por su parte, el PLCD incluía un límite a la compensación por clientela. Ésta no podría exceder de la media anual del importe neto de la cifra de negocios del distribuidor durante los últimos cinco años o durante todo el periodo de duración del contrato, si fuera inferior. Tal límite no aparecía en la PCM.

Muy acertadamente en nuestra opinión, el PLCD, aunque no la PCM, aclaraba que no se tenía derecho a esta indemnización por clientela si la extinción del contrato hubiera estado motivada por el incumplimiento grave de las obligaciones del distribuidor o si el distribuidor hubiera cedido a un tercero su posición jurídica.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN: SOBRE LA TIPIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

En los últimos años se han desarrollado varios intentos de regular los contratos de distribución, debiendo resaltarse el PLCD, seguido de una Proposición de Ley de contratos de distribución –sustancialmente idéntica al PLCD–, y finalmente la PCM. El PLCD decayó por la disolución de las Cortes y el actual Anteproyecto de Ley del Código Mercantil ha excluido de entre los contratos de colaboración la regulación de los contratos de distribución que antes incluía la redacción original de la PCM emanada de la Comisión General de Codificación.

Tal como se ha visto a lo largo de este trabajo, el contenido de la PCM se inspiró en el PLCD, presentando grandes similitudes en cuanto a su planteamiento y en cuanto a algunos detalles de su regulación. En ambos casos se pretendía una normativa respetuosa con el principio de autonomía de la voluntad, aunque al mismo tiempo garante de la equidad y protectora de la parte débil del contrato, generalmente el distribuidor. A este respecto, y contemplando el detalle de la regulación que se ha expuesto, la PCM disminuyó la protección concedida al distribuidor, con excepción de la regulación de la terminación del contrato y las indemnizaciones, trascendental

⁹⁶ De hecho, esta cuestión se ha tenido muy en cuenta para denegar habitualmente la compensación por clientela en el caso de los contratos de distribución en el sector de la automoción. Vid. en este sentido BREL PEDREÑO, A., “Criterios jurisprudenciales de indemnización por clientela en la extinción del contrato de distribución”, en VV.AA., *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, La Ley, Las Rozas, 2011, pp. 321-334, especialmente pp. 332-333; MAYORGA TOLEDANO, “Acción...”, *op. cit.*, especialmente p. 234.

cuestión para la que la PCM parece amparar más claramente los intereses del distribuidor.

Igualmente, ambos proyectos abandonaron la idea de regular la distribución comercial distinguiendo los diversos sectores económicos y recogiendo sus peculiaridades. Esta visión había sido mantenida por el legislador al redactar la LES, que introdujo en la LCA la regulación de los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales. Precisamente ello se ha considerado en algún caso como un defecto del PLCD y la PCM por cuanto que los problemas de los distintos sectores son muy diferentes y podrían ser merecedores de una regulación específica. A nuestro entender, este posible inconveniente de las normativas proyectadas se había salvado por el hecho de que se proponían leyes principiales, con la idea de que fueran posteriormente desarrolladas por códigos de conducta en los distintos sectores⁹⁷.

Asimismo, se regulaban cuestiones comunes a todos los contratos de distribución, no tipificando distintos contratos, sino estableciendo normas supletorias y regulando los diversos pactos que suelen incluirse en los contratos (información precontractual, fijación de objetivos comerciales, pactos de exclusiva, extinción del contrato, etc.); todo ello sin perjuicio de contener reglas relativas a algunos concretos tipos contractuales (para la franquicia, por ejemplo)⁹⁸. Con ello, no se restringía la capacidad de los agentes del mercado de configurar los cauces de distribución que se consideraran oportunos, ni se constreñía la autonomía de la voluntad. Al mismo tiempo, se intentaban ofrecer soluciones a los conflictos tradicionalmente planteados (respecto a la extinción del contrato y la indemnización por clientela, por ejemplo) y se buscaba una mayor transparencia y proteger a los empresarios con una menor capacidad de negociación (información precontractual, determinación de objetivos comerciales, etc.)⁹⁹.

En nuestra opinión, sería muy recomendable contar con una ley reguladora de los contratos de distribución con un planteamiento semejante al reflejado a lo largo de este trabajo. A favor de esta idea, puede argumentarse que la asimetría entre las partes facilita en ocasiones la aparición de situaciones abusivas que deberían prevenirse y controlarse¹⁰⁰, más allá de la tradicional tutela en el ámbito del Derecho de la competencia. Además, la codificación decimonónica desconoce entre los contratos de colaboración aquéllos que propician la creación de redes empresariales de distribución¹⁰¹. De este modo, la inexistencia de una regulación clara y sistemática de

⁹⁷ Vid. ECHEBARRÍA SÁENZ, “Problemas...”, *op. cit.*, especialmente pp. 23-24.

⁹⁸ A favor de este planteamiento, vid. ALONSO SOTO, “Bases...”, *op. cit.*, especialmente p. 57.

⁹⁹ En contra de la que se regulen estos contratos, por el hecho de que la realidad distributiva es muy compleja, tanto por las diversas modalidades contractuales, como por las peculiaridades de los distintos sectores en que se utiliza, vid. FONTCUBERTA LLANES, *El contrato de distribución...*, *op. cit.*, especialmente p. 282. Este autor considera que la existencia de una norma específica para los contratos de distribución no es necesaria ni conveniente. Tan solo, se entiende, merecería una regulación la indemnización por clientela.

¹⁰⁰ Vid. la misma opinión en SERRANO SANTAMARÍA, “La indemnización...”, *op. cit.*, especialmente p. 389.

¹⁰¹ Ello se pone de manifiesto como argumento a favor de la existencia de una regulación de los contratos de distribución en ECHEBARRÍA SÁENZ, “Problemas...”, *op. cit.*, especialmente p. 19.

estos contratos¹⁰² facilita la aparición de conflictos¹⁰³, sin que sea conveniente tener que acudir constantemente a la aplicación analógica de la LCA para solventarlos¹⁰⁴.

Ello sin embargo no desconocemos las críticas vertidas al PLCD por parte de la Comisión Nacional de la Competencia. En su Informe IPN 58/11¹⁰⁵, consideró, a la vista del Anteproyecto de Ley de contratos de distribución, que dicha norma proyectada regulaba con demasiado detalle los contratos de distribución. A juicio de la Comisión, ello podría suponer una restricción injustificada a la libertad de empresa, a la vez que el intento de equilibrar el poder negociador de las partes podría comportar una menor flexibilidad a la hora de configurar las cadenas de distribución. En consecuencia, según se entendía, una homogeneización de las redes de distribución podría implicar una disminución de la competencia¹⁰⁶. Incluso, este organismo cuestionó la necesidad de la existencia de una regulación sobre estos contratos, al considerarse suficiente la normativa ya existente, el C.C., el C. de C., así como el recurso a la analogía con la LCA. Tan solo se consideró justificada la promulgación de una normativa sobre los deberes precontractuales y la terminación del contrato.

Muy posiblemente el contenido de este Informe ha sido tenido en cuenta a la hora de adoptar la decisión política de mantener la atipicidad de los contratos de distribución. Y aún ha pesado más a nuestro entender la fuerte oposición que han encontrado las regulaciones proyectadas en ciertos sectores económicos, quizás temerosos de perder su mayor capacidad de negociación. A este respecto, puede destacarse la oposición de la Asociación Española de Franquiciadores, que mostró fuertemente su disconformidad con la regulación propuesta¹⁰⁷, especialmente en lo que se refería a la terminación del contrato. Incluso, esta Asociación manifestó su satisfacción por el hecho de que el Anteproyecto de Código Mercantil no incluyera una regulación sobre los contratos de distribución¹⁰⁸. Igualmente, en el sector de la automoción, los fabricantes de vehículos –quienes ya negociaron con el Gobierno la suspensión de la disposición adicional 1ª de la LCA a cambio de la promulgación de la Ley de contratos de distribución– expresaron su preocupación por los efectos adversos que una Ley de estas características podría tener en el sector. Es significativo en este contexto que el Ministro de Industria diera a conocer en 2012, en la entrega del Premio *Coche del Año 2011* de ABC, que el Gobierno no iba a presentar en el Parlamento una

¹⁰² A favor de la existencia de una ley que regule los contratos de distribución “*por un tema de técnica, seguridad y sistemática jurídica*”, vid. CANDELARIO MACÍAS, “Apuntes...”, *op. cit.*, *loc. cit.* p. 4.

¹⁰³ Se entiende que la falta de regulación de los contratos de distribución es fuente de conflictos en SERRANO SANTAMARÍA, “La resolución...”, *op. cit.*, especialmente p. 235.

¹⁰⁴ A favor de esta idea, vid. ZURITA HERRERA, “Duración y extinción...”, *op. cit.*, especialmente p. 399.

¹⁰⁵

http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=83141&Comma nd=Core_Download&Method=attachment.

¹⁰⁶ Vid. también sobre esta cuestión JARNE MUÑOZ, “La responsabilidad...”, *op. cit.*, especialmente pp. 54-55.

¹⁰⁷ Vid. al respecto CANDELARIO MACÍAS, “Apuntes...”, *op. cit.*, especialmente p. 5.

¹⁰⁸ Vid. <http://www.franquiciadores.com/comunicados.php?idnoticia=759>.

Ley de contratos de distribución, incumpliendo por tanto el mandato de la disposición adicional 11ª de la LOCM y de la disposición final 4ª de la Ley 7/2011¹⁰⁹.

¹⁰⁹ http://cincodias.com/cincodias/2012/03/02/empresas/1330699185_850215.html. Vid. la respuesta de FACONAUTO en <http://www.faconauto.com/detalle-notas-de-prensa?id=66>.

EL SUMINISTRO SIN FIJACIÓN DE CANTIDAD Y/O PERIODICIDAD: HACIA UN CONTRATO DE APROVISIONAMIENTO LOGÍSTICO (A PROPÓSITO DEL ART. 513-2.2 DEL ACM)

FERNANDO LUIS DE LA VEGA GARCÍA *

Resumen

La realidad del suministro o aprovisionamiento de mercancías ha cambiado en los últimos tiempos, produciéndose una especialización con incorporación de nuevas técnicas procedentes de la Economía. Frente a un modelo basado en la consideración del suministrador como mero ejecutor de las órdenes de su cliente, se ha avanzado hacia la externalización de todo el proceso, incluyendo la toma de decisiones sobre periodicidad y tiempo del suministro. El art. 513-2.2 del ACM dispone que “cuando no se haya fijado la cantidad o el volumen del suministro o su periodicidad, se entiende que se ha pactado teniendo en cuenta las necesidades del suministrado, determinadas al momento de la celebración del contrato”. El presente trabajo realiza una lectura de este precepto desde la óptica de las novedosas modalidades contractuales surgidas desde la incorporación de la técnica logística a la empresa.

Contenido

1. Introducción. – 2. Caracterización general de la operación logística. – 3. La externalización de la operación logística como origen de los contratos de prestación de servicios logísticos. – 4. Aproximación a la Logística del aprovisionamiento. – 5. La inclusión de la Logística en el contrato de suministro – 6. Determinación de las cantidades y tiempo del suministro. – 7. Principales métodos logísticos aplicables. – 8. Servicios complementarios: selección de fuentes de suministro y almacenaje – 9. Principales modalidades de contratación: planificación, seguimiento y ejecución. – 10. Utilización de medios propios y/o ajenos. – 11. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Las operaciones logísticas son actividades cada vez más habituales en el ámbito empresarial, especialmente en el sector de la distribución y aprovisionamiento (suministro) de mercancías. La alta competitividad y la búsqueda de niveles óptimos de eficiencia han convertido a la Logística en una de las herramientas más valoradas y

* Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Murcia.

aplicadas en el ámbito de la empresa, quedando atrás su exclusiva vinculación al ámbito militar.

El interés por la aplicación de técnicas logísticas en la empresa se refuerza cuando se comprueban sus evidentes ventajas económicas: especialmente la reducción de costes y *lead-times*, la fiabilidad y rapidez de suministros y la optimización empresarial a nivel general y concreto. En la actualidad existe un creciente número de empresas en las que la Logística ocupa un lugar relevante; la incidencia del comercio electrónico y de las nuevas tecnologías, la creación de redes de suministro, así como la necesaria sincronización de diferentes cadenas de suministro, son elementos demandantes de la aplicación de tales técnicas.

El crecimiento de la presencia de la Logística en la empresa no se correspondió durante bastante tiempo con su reconocimiento en el Derecho, caracterizado por la ausencia de normas que regulasen, al menos parcialmente, esta realidad. En un primer momento, se hacía tan solo alguna referencia a la Logística al ordenar ciertos aspectos administrativos relacionados con el transporte de mercancías¹. Posteriormente, el operador logístico es presentado como prestador de operaciones logísticas en diversas normas², quedando finalmente delimitado legalmente a partir de la Ley 9/2013, de 4 de julio, que lo incluye en el artículo 122 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres.

Desde el punto de vista de la posible evolución de la ordenación de la Logística por el Derecho se observa que la ACM reserva un precepto a uno de los supuestos más habituales de aplicación de la técnica logística: la operación logística más característica del ámbito del suministro o aprovisionamiento de mercancías o materias primas. Concretamente, el art. 513.2.2 del ACM, dispone que “cuando no se haya fijado la cantidad o el volumen del suministro o su periodicidad, se entiende que se ha pactado teniendo en cuenta las necesidades del suministrado, determinadas al momento de la celebración del contrato”. Aunque no este precepto no mencione el componente logístico, resulta recomendable realizar su lectura desde la logística, acercando su contenido a una parte relevante de la actual realidad empresarial.

Seguidamente se estudia el contexto en el que se ubica el supuesto de hecho contemplado en este precepto, la actividad u operación logística, para, posteriormente, destacar el fenómeno de su externalización empresarial. De hecho, la delegación de tareas logísticas en terceros profesionales es el origen de los contratos de prestación de servicios logísticos y, especialmente, del contrato objeto de estudio. Realizada esta aproximación general, se avanzará realizando una aproximación a la logística del aprovisionamiento-suministro con el objeto de estudiar los componentes del contrato,

¹ Entre las primeras normas legales se encuentra, por ejemplo, la Ley de la Comunidad Andaluza 5/2001, de 4 junio, por la que se regulan las áreas de transporte de mercancías (BO. Junta de Andalucía 19 junio 2001, núm. 69, p. 9745). Asimismo, la exposición de motivos de la derogada orden de 23 de julio de 1997 (que desarrollaba la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre) hacía referencia al “desarrollo e importancia que están alcanzando las actividades de carácter logístico en relación con los transportes”.

² En este sentido, se hacía referencia a este empresario en el artículo 5 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, o en los artículos 212 y 232 del RD Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

tanto básicos (determinación de las cantidades y tiempo del suministro) como adicionales (v. gr. selección de fuentes de suministro o almacenaje) y de hacer referencia a los principales métodos logísticos aplicables. Finalmente, se hace referencia a las principales modalidades de contratación del suministro logístico, así como a la utilización de medios propios o ajenos en su ejecución.

2. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA OPERACIÓN LOGÍSTICA

La operación logística se caracteriza por su amplitud y heterogeneidad. Son muchas sus variedades y modalidades, dependiendo su configuración de las características de las empresas y del sector de mercado al que se dediquen. De la Logística existen muchas delimitaciones procedentes del campo de la Economía³, en las que se configura como una actividad relevante en el ámbito de la empresa para gestionar óptimamente los recursos existentes, reduciendo el valor tiempo y coste sin disminución de la calidad. La Logística tiene como objetivo la optimización de los objetivos empresariales de forma global, fomentando de esta forma una relación directa entre coste y beneficio. Decisiones como las de planificación de los recursos de producción, localización de almacenes, planificación de los recursos de distribución, gestión de *stocks*,... representan actividades esencialmente logísticas. La ejecución de operaciones logísticas en cada una de las fases de la actividad empresarial persigue, entre otros objetivos, la fiabilidad de suministros y del plan de ventas, la nivelación de *stocks*, la rapidez de suministros a los clientes⁴,...

La operación logística aparece como un conjunto de actividades muy variadas, unidas por el objetivo común de la gestión óptima de recursos empresariales para alguna (o todas) de las fases empresariales típicas (aprovisionamiento, almacenamiento o distribución de mercancías). En la actualidad, la incorporación de la Logística al ámbito de la empresa es considerada fundamental para afrontar los niveles de competitividad exigidos en el mercado. No obstante, en un alto porcentaje de empresas, la logística no

³ Los estudios económicos sobre aspectos logísticos se remontan a los años 60 del siglo pasado, donde ya se definía por Magee como "técnica de control y gestión de los flujos de materiales y productos, desde sus fuentes de aprovisionamiento hasta los puntos de consumo"; por otra parte, la Asociación Francesa de la Logística de la Empresa afirmó que "la Logística es el conjunto de actividades que tienen por objeto situar al menor coste, una cantidad de producto, en el lugar y en el momento en que se produce la demanda" (estas dos definiciones se hallan recogidas en AA.VV., *Distribución y Logística*, Eunsa, Navarra, 1996, pp. 109-110). Posteriormente, el *Council of Logistics Management* (CLM) definió en 1985 a la Logística como "el proceso de planificar, llevar a cabo y controlar, de una forma eficiente, el flujo de materias primas, inventarios en curso, productos terminados, servicios e información relacionada, desde el punto de origen al punto de consumo (incluyendo los movimientos internos y externos, y las operaciones de exportación e importación), con el fin de satisfacer las necesidades del cliente" (GUTIÉRREZ CASAS, G., y PRIDA ROMERO, B., *Logística y Distribución Física*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1998, p. 17). Asimismo, AGUILAR, J.A. (*La subcontratación de servicios logísticos*, Logis-Book, Barcelona, 2001, p. 18) la define como "una disciplina de la empresa, de carácter técnico, que engloba la gestión del flujo de materiales y productos en la misma, desde los proveedores hasta los clientes, de manera que posibilita llegar a éstos en el momento adecuado y con el menor coste posible". En este mismo sentido, vid. AA.VV., *Manual para la subcontratación de servicios logísticos*, Institut Cerdá, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, 1995, p. 5.

⁴ Vid. ANAYA TEJERO, J., *La gestión operativa de la empresa*, Esic Editorial, Madrid, 1998, p. 58.

ha llegado a generalizarse todavía como actividad autónoma. Es habitual encontrarse con que el departamento de producción de la empresa, además de sus propias competencias (control de calidad, mantenimiento del equipo, tareas de diseño,...) asuma funciones logísticas tales como la ubicación de las fábricas o el establecimiento de criterios adecuados para el aprovisionamiento o suministro de materias primas a fábrica. A pesar de esta realidad, debe reconocerse que es también creciente el número de empresas que cuentan con un “Departamento de Logística”, que, aunque relacionado directamente con áreas cercanas, presenta plena autonomía dentro de su organigrama.

3. LA EXTERNALIZACIÓN DE LA OPERACIÓN LOGÍSTICA COMO ORIGEN DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS LOGÍSTICOS

La autonomía de la función logística en la empresa significó un avance significativo para la optimización de recursos empresariales, al permitir la especialización un mayor rendimiento y éxito. Sin embargo, pronto se observó que dicha especialización suponía, a la vez, un aumento de gastos que podrían resultar demasiado gravosos para determinadas empresas (sobre todo micro-empresas y PYMES), lo que provocó que las empresas se plantearan la delegación de gran parte de las funciones logísticas a otros empresarios especializados, denominados *operadores logísticos*⁵. Supuso, además, el paso desde una “logística por cuenta propia o privada” hacia una “logística por cuenta ajena o pública”⁶

Se observó cómo esta externalización ofrecía indudables ventajas para el empresario, fabricante o vendedor, al permitirle concentrarse en la fabricación o venta del producto, sin preocuparse en principio de realizar inversiones en equipos logísticos: desde un punto económico se convertían determinados costes fijos en variables, a la vez

⁵ A partir de la Ley 9/2013, de 4 de julio, el concepto de operador logístico queda definitivamente incorporado al Derecho español. Dicha norma modifica el artículo 122 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres y define a los mismos como “empresas especializadas en organizar, gestionar y controlar, por cuenta ajena, las operaciones de aprovisionamiento, transporte, almacenaje o distribución de mercancías que precisan sus clientes en el desarrollo de su actividad empresarial. En el ejercicio de su función, el operador logístico podrá utilizar infraestructuras, tecnología y medios propios o ajenos”. Se han puesto de manifiesto las ventajas de la especialización en la externalización logística (AGUILAR, J.A., *La subcontratación...*, *op. cit.*, p. 38; LÓPEZ QUIROGA, J., “El contrato de prestación de servicios logísticos”, *op. cit.*, p. 80; AA.VV., *Manual para la subcontratación...*, *op. cit.*, p. 10).

⁶ Esta distinción con base en la existencia del contrato es realizada por LÓPEZ QUIROGA, J., “El contrato de prestación de servicios logísticos”, anexo I de AGUILAR, J.A., *La subcontratación...*, *op. cit.*, p. 82. Este autor afirma que “podríamos denominar *logística por cuenta ajena o pública* a aquella que lleva a cabo el operador logístico profesional respecto de mercancías de terceros contratantes, frente a la *logística por cuenta propia o privada*, que es la que lleva a cabo la propia empresa como complemento –necesario– a la actividad principal de la misma (fabricación, etc.) y en la que, lógicamente, no existe el contrato de prestación de servicios logísticos”.

que suponía un coste menor la externalización de la logística que su asunción con medios propios⁷.

Junto a esta evidente incidencia económica, la externalización de la actividad logística también derivó en la creación de contratos con nuevos contenidos, muy variados en función de las necesidades del cliente, que fueron denominados *contratos de prestación de servicios logísticos* o, más escuetamente, *contratos de logística*. Estos negocios jurídicos se caracterizan por la delegación en un tercero (*operador logístico*) de actividades logísticas que anteriormente se hallaban dentro de la organización de la empresa (en uno o varios departamentos). Estos negocios jurídicos se incluyen en una categoría general de contratación denominada “*outsourcing*”, que tiene su origen en Estados Unidos en relación con la externalización de servicios informáticos⁸. Como se observa, se trata de una categoría muy abierta que deriva en su conceptualización como negocio marco en el que cobran importancia decisiva los pactos de cada negocio jurídico en cuestión⁹. Los contratos de prestación de servicios logísticos se caracterizan como contratos de colaboración entre empresarios que pueden presentar una fisonomía muy diferente en función de las concretas características del empresario principal y de los servicios que desee contratar. Esta falta de concreción se halla presente en la delimitación que de este contrato realiza la Comisión Europea, al establecer que los servicios logísticos comprenden la dirección o administración integrada de la elaboración, distribución y almacenaje de productos en la cadena de suministro, incluyendo una combinación de servicios (transporte, organización, control del inventario,...)¹⁰.

4. APROXIMACIÓN A LA LOGÍSTICA DEL APROVISIONAMIENTO

El aprovisionamiento, actividad esencial y básica para iniciar la cadena de producción o venta de cualquier empresa, es definido como aquella actividad destinada a poner a disposición de la empresa todos los productos, bienes y servicios del exterior que le son necesarios para su funcionamiento¹¹. Aprovisionar equivale, por tanto, suministrar

⁷ Vid. NAVAS NAVARRO, S.: "El contrato de logística: una nominación social para un contrato atípico", *DN*, mayo 1999, p. 7; BRIGNARDELLO, M.: "Tipicità e atipicità nei contratti di prestazione di servizi logistici", *Dir. Mar.*, 1997, p. 331.

⁸ Como pone de manifiesto DE CARLOS BERTRÁN, J.M. ("El *outsourcing* como técnica de gestión alternativa y su regulación contractual", *DN*, febrero 1998, p. 11), "es en los inicios de los años sesenta cuando EDS, de la mano de su fundador, Ross Perot, comienza a realizar los contratos de gestión de activos, referidos al procesamiento de datos y respondiendo a la necesidad de las empresas de obtener un mayor rendimiento a las altas inversiones derivadas del coste del *hardware*" (en este mismo sentido, vid. BRÄNDLI, T., *Outsourcing*, Stämpfli Verlag AG Bern, Berna, 2001, p. 3).

⁹ AAVV, *Trattato di Diritto Commerciale* (dir. G.COTTINO), Vol. IX, Cedam, Padua, 2000, p. 353.

¹⁰ Vid. expediente de concentración de empresas nº COMP/M.1895 (Ocean Group/Exel (NFC)), decisión de 3 de mayo de 2000; expediente de concentración de empresas nº IV/M.1513 (Deutsche Post/Danzas/Nedlloyd), decisión de 1 de julio de 1999; expediente de concentración de empresas nº IV/M.1500 (TPG/Technologica), decisión de 11 de mayo de 1999; expediente de concentración de empresas nº IV/M.1347 (Deutsche Post/Securicor), decisión de 23 de febrero de 1999.

¹¹ ANAYA, J.J., *La gestión operativa...*, *op. cit.*, p. 139. En este mismo sentido, AGUILAR, J.A., (*La subcontratación...*, *op. cit.*, p. 18) define al aprovisionamiento como "proceso responsable de poner a disposición de las actividades que se llevarán a cabo posteriormente (bien sean las de producción, en el

materias primas, componentes o productos ya terminados para que una empresa pueda desarrollar su actividad típica de fabricación o venta.

Los caracteres o intensidad del aprovisionamiento dependen tanto de la naturaleza como de las necesidades y productos de cada empresa. En este sentido, no es lo mismo abastecer a una empresa de producción (necesitada de materias primas o productos semielaborados) que a un comerciante minorista (que debe ser abastecido de productos elaborados, preparados para su venta al destinatario final). Tampoco puede ser equiparado el abastecimiento de una empresa que vende o produce según pedido que la que lo hace regularmente.

La actividad de aprovisionamiento ha quedado tradicionalmente integrada en el departamento de "producción" de la empresa, pues para cumplir su función es necesario realizar actividades propias de dicho ámbito (v. gr. previsión y planificación de las necesidades de la empresa). A pesar de que el operador logístico puede participar indirectamente¹², las decisiones sobre la cantidad y tiempo de la producción pertenecen en esencia al departamento de "producción"¹³. Sin embargo, aspectos relacionados más directamente con la ejecución de las decisiones de producción, y con el objeto de minimizar los costes de su puesta en funcionamiento, pertenecen de forma cada vez más evidente al ámbito de la Logística.

Las actividades principales del operador logístico en el ámbito del aprovisionamiento consisten, aunque no necesariamente, en tareas como la selección de puntos de compra, la determinación de las cantidades a pedir según los objetivos fijados previamente por producción, el establecimiento del momento para emitir los pedidos, la elección de los medios de transporte y la forma en que se compran los productos¹⁴. La solución logísticamente adecuada pasa por conseguir mantener una continuidad de suministro de productos de la calidad exigida por la empresa al más bajo coste total¹⁵. En suma, se trata de garantizar que exista un número de materias primas o componentes de calidad y en un número cercano al necesario en cada momento.

caso de una empresa industrial, o bien las de distribución, en el supuesto de una empresa de tipo comercial) los materiales o productos requeridos por el sistema".

¹² Como pone de manifiesto BALLOU, R.H. (*Logística empresarial, op. cit.*, p. 520), "lo normal es que el logístico no tenga responsabilidad directa sobre detalles de producción como el nivel de mano de obra, el control del flujo de materias en el proceso, el equipo, o el control de calidad del producto. Su influencia sobre estos aspectos suele ser mínima".

¹³ En este sentido, corresponde a "producción" la elaboración de lo que se denomina "Plan Maestro de Producción" (PMP). Sobre éste se ha afirmado (ANAYA, J.J., *La gestión operativa...*, *op. cit.*, pp. 98 y ss.) que "es el documento que refleja para cada artículo final las unidades comprometidas, así como los períodos de tiempo para los cuales han de estar fabricadas. El PMP, llamado también MPS tomando las siglas inglesas de *Master Production Schelude* universalmente aceptadas en la jerga industrial, se podría definir como una declaración de la Fábrica en cuanto a *qué producir, cuánto producir y cuándo producir*".

¹⁴ Vid. BALLOU, R.H., *Logística empresarial, op. cit.*, p. 536.

¹⁵ Cfr. ANAYA, J.J., *La gestión operativa...*, *op. cit.*, p. 141.

5. LA INCLUSIÓN DE LA LOGÍSTICA EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO

El contrato de suministro aparece inicialmente configurado en el ACM de la misma forma con que tradicionalmente es conocido; así, como establece el art. 513.1 del ACM, “por el contrato de suministro, el suministrador se obligará a realizar a favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de los bienes objeto del contrato y aquél a pagar el precio”. La gran novedad de este precepto es la inclusión expresa del contrato en el Derecho positivo español, pues hasta la fecha el suministro constituía un contrato atípico al que se le aplicaba, en la medida adecuada, el régimen jurídico del contrato de compraventa.

Respecto a las obligaciones de las suministrador, el art. 513-2.1 del ACM dispone que “deberá entregar bienes cuya calidad y tipo sean conformes a los estipulados en el contrato, con la frecuencia o continuidad y en la cantidad señaladas en él”. Se establece, pues, como regla general que el suministrador se limita a poner a disposición de su cliente el pedido en la forma y periodicidad pactada, teniendo una responsabilidad por los daños derivados de un suministro discontinuo que no se corresponda con las demandas del suministrado. El desabastecimiento del suministrado como consecuencia del deficiente cálculo de sus necesidades no implica, en estos casos, responsabilidad alguna del suministrador.

El art. 513.2.2 del ACM prevé el supuesto de que “no se haya fijado la cantidad o el volumen del suministro o su periodicidad”, es decir, que el contrato no haya previsto tal circunstancia. En estos casos el suministrador se encuentra con una obligación de puesta a disposición de determinados productos pero desconoce *a priori* las cantidades o tiempo del suministro. El ACM dispone al respecto que en tales ocasiones “se entiende que se ha pactado teniendo en cuenta las necesidades del suministrado, determinadas al momento de la celebración del contrato”. Como puede observarse, el ACM remite a las “necesidades del suministrado” para terminar de determinar la obligación del suministrador. Ante esta disposición cabrían, al menos, dos interpretaciones.

En primer lugar, podría entenderse que el suministrado tiene la carga de informar a su suministrador acerca de sus necesidades y, en función de ello, el suministrador estaría en condiciones de cumplir con lo pactado. En estos casos estaríamos ante una concreción del contrato fuera del documento contractual, quedando exonerado el suministrador respecto a la falta de suministro en el supuesto de que su suministrado no le comunicase sus necesidades reales. La determinación de dichas necesidades podría realizarse por el propio suministrado (a través de su departamento de producción o, incluso, de logística) o podría ser externalizado a un operador logístico que realizara un estudio logístico de la situación, delegando su ejecución al suministrador (carente de obligaciones derivadas de la logística).

En segundo lugar, cabe también interpretar que la determinación de las necesidades del suministrado es imputable al suministrador, que asume en tal caso tanto las obligaciones tradicionalmente derivadas del contrato de suministro como las propias de un operador logístico. Entendemos que para la aplicación de esta segunda opción sería preceptivo que así se estableciera expresamente en el contrato, previendo una

retribución mayor a la que corresponde al suministro estricto de la mercancía, dada la ampliación de servicios y responsabilidad. El suministrador, que en estos casos se convertiría en un verdadero operador logístico, debe realizar un estudio previo de las necesidades de aprovisionamiento de su cliente para poder ejecutarlo. La prestación de este servicio logístico por parte de suministradores supone un valor añadido al mero aprovisionamiento o suministro de productos, teniendo como beneficio, entre otros, la optimización de costes en el almacenamiento de productos (se suministra según necesidades reales e inmediatas) y en el mantenimiento de un departamento de logística (se convierten en estos casos costes fijos en costes variables en función de las necesidades de la empresa).

A continuación se examina el contenido básico o esencial de esta obligación adicional y previa del suministrador, cual es la determinación de las cantidades y tiempo del suministro (*cf.* 513-2.2 del ACM). Junto a las mismas pueden también acumularse servicios añadidos por parte del operador logístico, que incrementarán su imagen en el mercado, tales como la selección de las fuentes de suministro o el almacenamiento.

6. DETERMINACIÓN DE LAS CANTIDADES Y TIEMPO DEL SUMINISTRO

La actividad principal del operador jurídico en esta fase de suministro es la determinación de las cantidades y ciclo del suministro. De hecho, siguiendo las pautas y objetivos fijados por "producción" el suministrador debe decidir los pasos logísticamente adecuados para conseguir que la empresa tenga los medios necesarios en tiempo para realizar su actividad típica (producción o venta). Los principales objetivos de esta actividad son¹⁶: a) abastecer al cliente de la cantidad que precisa en el momento oportuno; b) minimizar el coste de adquisición para obtener el máximo beneficio; y c) minimizar el coste integral de aprovisionamiento para obtener la máxima rentabilidad.

Para el debido cumplimiento de esta actividad logística deberán tenerse presentes las necesidades y objetivos propios de la empresa-cliente, tales como los niveles de producción o venta requeridos, así como la propia naturaleza de la actividad empresarial (producción por pedido, producción según niveles,...). Esto implica que el operador logístico deba estar en permanente contacto con los responsables de producción, constituyendo por tanto una obligación del cliente la cooperación constante con aquél, de forma que las variaciones de los objetivos de producción puedan derivar en las soluciones logísticamente más adecuadas. La planificación logística deberá dar solución a determinadas cuestiones generales, presentes por tanto en la mayoría de supuestos, mediante sistemas de estudio a los que de forma indicativa se hace referencia en el siguiente epígrafe.

En primer lugar, debe decidirse el establecimiento de lo que se denomina *stock de seguridad*¹⁷, pues los requerimientos de materiales pueden variar durante el período de vigencia del estudio. Por tanto, se estima conveniente que el operador logístico

¹⁶ AGUILAR, J.A., *La subcontratación...*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁷ Al necesario establecimiento de esta clase de *stock* hace expresa referencia BALLOU, R.H., *Logística empresarial*, *op. cit.*, p. 531.

incluya en su estudio la posible variación repentina de las necesidades de su cliente. Sin embargo, en la determinación de este nivel de seguridad debe tenerse también en cuenta, que el mantenimiento de *stocks* demasiados voluminosos podría acrecentar de forma ineficiente los costes de su almacenamiento, por lo que el operador logístico debe ponderar las diversas soluciones en cada caso concreto. Asimismo, deberán preverse los denominados *costes de mantenimiento de stock*¹⁸ (espacio ocupado en almacén, registro y control de *stocks*, obsolescencia, deterioro, caducidad, roturas, seguro,...).

En segundo lugar, y respecto al tiempo del suministro, el operador logístico deberá calcular el ciclo de pedidos, estableciéndolo de acuerdo o en proporción con el tiempo de disposición de los materiales en *stock*. Asimismo, deberá establecerse una cantidad de materiales en *stock* de forma que no sea necesario emitir órdenes de reposición de manera muy continua, pues ello podría elevar los costes de transporte. Una ponderación entre éstos y los pertenecientes al almacenamiento del *stock* se hace por tanto necesaria. En determinadas ocasiones una estrategia de compra adelantada, o un poco por encima de los cálculos iniciales, puede ser la solución logísticamente adecuada debido, por ejemplo, a que compensa la compra de una determinada cantidad de material, ya que lo que se ahorra por la promoción no supera los costes de su almacenamiento¹⁹.

7. PRINCIPALES MÉTODOS LOGÍSTICOS APLICABLES

Las actividades logísticas de determinación de las cantidades y tiempo del suministro pueden ser llevadas a cabo desde enfoques o con métodos que difieren esencialmente entre sí, pues la optimización de las soluciones dentro de cada fase de la cadena de la empresa puede ser lograda a través de medidas diversas. Podrían distinguirse en este punto tres sistemas diferentes, dos de los cuales se emplean como metodología y que pueden coexistir conjuntamente, y otro que funciona más como filosofía (*just in time*).

En primer lugar, destacamos la utilización de métodos que parten de la recogida de los datos propios de cada empresa, los cuales son analizados informáticamente y cuyo resultado es utilizado en el ámbito del aprovisionamiento. Entre los métodos informáticos que parten de esta premisa destaca el denominado *planificación de requerimientos de materiales* (MRP)²⁰. Este método debe su origen y desarrollo a

¹⁸ ANAYA, J.J., *La gestión operativa...*, *op. cit.*, p. 147.

¹⁹ A este concepto hace referencia BALLOU, R.H. (*Logística empresarial, op. cit.*, p. 538), poniendo de manifiesto otras utilidades de la denominadas "compras adelantadas". Según este autor, una alternativa a la estrategia de compra derivada directamente de los requerimientos de producción "son las compras adelantadas, estrategia que se puede emplear cuando se prevén alzas en los precios de compra. Algunos compradores hacen de la compra por adelantado una compra especulativa, ya que venden posteriormente parte de las materias compradas para obtener beneficios".

²⁰ Como pone de manifiesto BALLOU, R.H. (*Logística empresarial, op. cit.*, p. 524), la planificación de los requerimientos de materiales "es un método que se emplea primordialmente para planificar la compra de componentes de alto valor, materias primas y suministros. Desde un punto de vista logístico, el objetivo es intentar evitar en lo posible mantener este tipo de componentes en el inventario... Este método constituye una importante alternativa al control de inventarios como método de tener las materias adecuadas, en el sitio donde son necesarias y en momento preciso". Junto a este método se encuentran

Estados Unidos, pues a partir de la década de los sesenta aparece en este país como método de planificación²¹. Este sistema parte de la consideración de que la demanda de productos tiene dos orígenes²²: a) origen independiente, cuando los pedidos proceden de clientes, exterior por tanto a la fábrica; y b) demanda dependiente, que es la que deriva de la propia empresa. Mientras la primera es aleatoria y debe ser fijada en el Plan de Producción, la demanda dependiente puede obtenerse mediante un procedimiento de cálculo (MRP) cuya finalidad es asegurar la entrega de artículos en el momento preciso y establecer el mínimo nivel posible de *stock*. Este método de cálculo, actualmente automatizado²³, ha sido desarrollado en dos niveles, denominados MRP I²⁴ y MRP II²⁵, excediendo su estudio de las pretensiones de este trabajo. No obstante, es destacable señalar que la implementación de estos sistemas resulta costosa para la empresa, por lo que desde este punto de vista económico puede ser atractiva la idea de que un operador logístico, especializado en este sector, lleve a cabo el estudio y, en su caso, ejecución²⁶.

Este sistema de *planificación de requerimientos de materiales*, que parte fundamentalmente del análisis de datos, puede complementarse con el de *control de inventarios*. Así, la creación de un inventario para abastecer a producción (o, en su caso, venta), puede ser consecuencia de la aplicación del sistema MRP. Sin embargo, el control del inventario puede funcionar de forma más rudimentaria, entendido como sistema que calcula estadísticamente el abastecimiento de los inventarios. En la gestión del inventario se distinguen varios métodos, derivados del denominado modelo de cantidad económica de pedido (CEP)²⁷. Así, nos encontramos con los sistemas "Q", "P", "R-M" y "T-R-M", cuyo estudio excede del contenido de este trabajo²⁸.

también, por ejemplo, los denominados "Tecnología de Producción Optimizada" (OPT) y "Punto Estadístico de Pedidos" (EOP) (ANAYA, J.J. *La gestión operativa...*, *op. cit.*, p. 114).

²¹ Como pone de manifiesto ANAYA, J.J. (*La gestión operativa...*, *op. cit.*, p. 97), "fue Joseph Orlicky el pionero en sistematizar todo el conocimiento existente en aquel momento mediante la publicación de su magnífico libro *Material Requirement Planning* en 1975, el cual se considera como un clásico en esta materia, sobre todo si tenemos en cuenta que recogía las prácticas ya existentes de más de 700 empresas manufactureras".

²² Seguimos en este punto el desarrollo de ANAYA, J.J. *La gestión operativa...*, *op. cit.*, p. 97 y ss.

²³ Como pone de manifiesto BALLOU, R.H. (*Logística empresarial*, *op. cit.*, p. 526), "actualmente, muchas firmas de *software* para ordenadores tienen programas de este tipo de aplicación en un entorno de producción". este autor ofrece a continuación un ejemplo de aplicación de este sistema (pp. 526-535).

²⁴ Como pone de manifiesto ANAYA, J.J. (*La gestión operativa...*, *op. cit.*, p. 98), "el MRP I, básicamente hace el cálculo de las llamadas *necesidades netas de materiales*, teniendo en cuenta el Programa de Producción, las existencias disponibles y los pedidos pendientes de recibir, estableciendo en qué momento han de lanzarse las órdenes de compra para cada componente y artículo, así como el tamaño de los pedidos".

²⁵ Según ANAYA, J.J. (*La gestión operativa...*, *op. cit.*, p. 98), el MRP II "gestiona no sólo los materiales sino la totalidad de los recursos industriales incluyendo personal y máquinas, actuando así directamente en la programación de la producción. Se aplica fundamentalmente a empresas de fabricación y montaje, que funcionan por ordenes de fabricación, mientras que su utilización no procede en las empresas de fabricación continua tipo Hidroeléctricas".

²⁶ Respecto de los costes, se ha afirmado (ANAYA, J.J., *La gestión operativa...*, *op. cit.*, p. 113) que "la instalación de un sistema tipo MRP implica unos trabajos preparatorios y una metodología muy estricta, que hace que su implementación tenga un plazo medio entre 12 y 18 meses, así como la necesidad de unos recursos informáticos importantes. Se dice que el usuario medio de un MRP-II probablemente haya gastado más de un millón de dólares en su aplicación".

²⁷ Conocido en inglés como "Economic order Quantity, EOQ", este modelo fue formulado en 1915 por Ford Harris, de Westinhouse Electric Company (BALLOU, R.H., *Logística empresarial*, *op. cit.*, p. 413).

²⁸ Sobre estos sistemas vid. BALLOU, R.H. (*Logística empresarial*, *op. cit.*, pp. 413 y ss.).

Otro método aplicable al ámbito del abastecimiento es el denominado *Just in Time* (JIT). Se trata de una filosofía de actuación que tiene su origen en Japón y que se aparta de un método basado exclusivamente en el análisis de datos concretos. Esta filosofía persigue la reducción de las soluciones poco eficientes mediante actuaciones graduales y generales concretadas a los problemas. Se trata, en suma, de alejarse de fríos y complejos cálculos para instaurar un proceso continuo de mejora a medio y largo plazo²⁹. Son objetivos de esta filosofía la búsqueda de la simplicidad, el ataque a los problemas fundamentales, la eliminación de despilfarros,...

8. SERVICIOS COMPLEMENTARIOS: SELECCIÓN DE FUENTES DE SUMINISTRO Y ALMACENAJE

Junto a la contratación logística del suministro es cada vez más habitual demandar servicios añadidos con el objeto de centrarse aún más en la actividad típica de la empresa (fabricación o venta), delegando al operador logístico actividades muy relacionadas con el suministro. La oferta de estos “otros servicios” aporta mayor libertad a la empresa-cliente y acerca al operador logístico a la imagen de un gestor logístico integral de sus clientes.

A) Uno de los servicios añadidos que puede ofertar el operador logístico, y que persigue como objetivo el ofrecimiento de una mejor imagen frente a sus clientes, es la de seleccionar las fuentes de suministro, lo que permite que los clientes se centren exclusivamente en su actividad típica (producción o venta), sin investigar las fuentes más óptimas para servir materiales o productos en los tiempos logísticamente convenientes.

Esta actividad logística se halla muy unida a la anterior (determinación de las cantidades y tiempo del suministro) debido a que puede quedar muy determinada por la misma. De hecho, puede suceder que sea logísticamente conveniente realizar la selección de las fuentes de suministro dando preferencia a aquellas empresas que ofrezcan mejores condiciones a las cantidades o ciclo de pedido del cliente. En estos supuestos, el operador logístico recomendará y, en su caso, contratará (ejecución logística) con los proveedores en función de este criterio de selección.

Junto a este primer criterio, la actividad de selección de las fuentes del suministro (proveedores) puede quedar determinada logísticamente por otros factores. Concretamente, se han destacado los siguientes³⁰: calidad del producto, fiabilidad y plazo de las entregas, continuidad, flexibilidad, nivel tecnológico, capacidad de reacción, precios, descuentos, asistencia técnica, disponibilidad de *stocks*, sistemas de transporte... En el caso de abastecimiento de materiales empaquetados (v. gr. destinados directamente a su venta), resulta relevante logísticamente para la selección de la fuente de suministro aspectos como la configuración de los paquetes o los métodos

²⁹ Vid. ANAYA, J.J., *La gestión operativa...*, op. cit., pp. 114 y ss.

³⁰ ANAYA, J.J., *La gestión operativa...*, op. cit., p. 145; BALLOU, R.H., *Logística empresarial*, op. cit., p. 540.

de manejo de la mercancía³¹. Junto a la selección de proveedores es posible plantearse logísticamente la posibilidad de contratar el transporte del suministro de forma independiente a la compra de materiales, o incluso este servicio puede ser prestado por el propio operador logístico. Todos estos factores deberán ser ponderados por el logístico junto a la cantidad del suministro y los objetivos y necesidades concretas de su cliente.

B) El almacenaje puede llegar a ser una de las actividades clave para el suministro de productos, al ser necesario almacenar cierto número de materias primas o productos componentes para servir con rapidez a producción o venta³². La realización de descuentos relevantes por parte de proveedores en supuestos de compras voluminosas puede ser también una de las causas de la necesidad de almacenamiento. Ciertamente, no siempre es recomendable almacenar productos con cargo a la empresa-cliente; el operador logístico debe ponderar la verdadera necesidad del almacenaje, teniendo en cuenta las necesidades de la empresa y las características del producto o materia prima.

La prestación de este servicio complementario se realiza asimismo aplicando conocimiento y técnicas propias de la logística. De hecho, el almacenaje podría ser examinado logísticamente desde dos perspectivas, que hacen referencia a su presentación en el contrato. Así, el almacenaje puede ser contratado como estudio y como ejecución. Cuando se contrata únicamente la planificación logística del almacenaje, el operador deberá realizar un informe en el que se pongan de manifiesto las soluciones logísticamente adecuadas para el almacenaje de los productos del cliente (disposición, procesos operativos,...). En segundo lugar, el almacenaje puede ser contratado como servicio de ejecución, lo que jurídicamente puede inicialmente acercar el mismo a la naturaleza del contrato de depósito. No obstante, en estos supuestos el contrato excede de los contornos del depósito, pues, el operador, además de cumplir con las obligaciones propias del depositario, deberá velar por el cumplimiento de las características logísticas de la situación.

Dentro de la primera perspectiva, la planificación logística del almacenaje puede ser realizada con dos finalidades diferentes. Por un lado, puede hacerse por y para el propio operador logístico, con el objeto de fijar el mercado donde pretende desarrollar su actividad económica. Así, antes de ofrecer sus servicios logísticos de suministro (ejecución logística), el operador puede adquirir almacenes y prepararlos para ofrecer esta clase de servicios en relación con una clase especial de productos. Por otro lado, la planificación logística puede ser realizada por un operador logístico para una tercera empresa que desee optimizar su actividad mediante una gestión óptima de sus almacenes.

No obstante, y desde un punto de vista práctico, el almacenaje suele presentarse logísticamente en el plano de ejecución, es decir, el operador logístico suele almacenar

³¹ BALLOU, R.H., *Logística empresarial*, op. cit., p. 543.

³² Como pone de manifiesto BALLOU, R.H. (*Logística empresarial*, op. cit., p. 551), "mantener una mala gestión de estas actividades (almacenaje) puede provocar un funcionamiento ineficiente que absorba las ganancias generadas en una buena dirección de otras áreas importantes como el transporte, el control de inventarios o el flujo de información". En este mismo sentido, vid. ANAYA, J.J., *La gestión operativa...*, op. cit., p. 195 y AGUILAR, J.A., *La subcontratación...*, op. cit., pp. 20-21.

los productos de sus clientes, servicio que incluye habitualmente el transporte y suministro al establecimiento o fábrica fijada, poniéndose así de manifiesto el habitual carácter complejo del contrato de logística. Esta situación implica que la planificación logística del almacenaje no suele externalizarse por los operadores logísticos, sino que resulta habitual la contratación sobre todo de aspectos "de ejecución logística" (depósitos y actividades auxiliares), aportando así indudables ventajas al cliente, y pudiéndose sin embargo derivarse también algunos inconvenientes³³.

Finalmente, debe apuntarse la posible contratación de los denominados *procesos operativos*, comprensivos de diversas clases de actividades o servicios relacionados con los flujos de entrada y salida de mercancía del almacén. Respecto de la entrada, el operador logístico se encargaría de la recepción de camiones, la aceptación del envío y descarga de mercancías, el control de la recepción, vía albarán de entrega, y la emisión del documento de entrada en almacén³⁴. En relación con los flujos de salida, el operador logístico suele obligarse a distintos servicios integrantes de las tres fases del flujo de salida³⁵: a') "picking" del producto (localización del producto, selección de la cantidad según albarán de salida o documento de picking³⁶); b') preparación de pedidos (clasificación de artículos por pedido, empaquetado, etiquetaje, paletización en su caso y control); y c') expedición (asignación de vehículos, preparación de hojas de ruta, carga de vehículos, confirmación de la salida, control). La asunción de esta clase obligaciones acerca al contrato logístico al arrendamiento de servicios en el que también aparece como una de las obligaciones la guarda y custodia de la mercancía.

9. PRINCIPALES MODALIDADES DE CONTRATACIÓN: PLANIFICACIÓN, SEGUIMIENTO Y EJECUCIÓN

La consideración de determinados contratos de suministro como "logísticos" implica la necesidad de distinguir las tres posibles modalidades de contratación logística. En este sentido, el suministro (logístico) puede ser contratado como "planificación", "seguimiento" y/o "ejecución".

³³ AGUILAR, J.A. (*La subcontratación...*, *op. cit.*, pp. 57 y 60) pone de manifiesto tanto las ventajas como inconvenientes de la externalización del almacenaje. Respecto de las primeras destacan la "saber en todo momento el coste exacto del almacenamiento y la conversión de gastos fijos en variables, debido a que el gasto que se debe hacer estará directamente relacionado con la explotación del negocio". Respecto a los inconvenientes, es reseñable "la excesiva dependencia de la empresa subcontratada en caso de conflictos graves como huelgas, paros o crisis"; también pueden derivar inconvenientes tanto de "la pérdida de exclusividad" como de "la excesiva especialización de alguna actividad".

³⁴ ANAYA TEJERO, J., *La gestión operativa de la empresa*, *op. cit.*, p. 218. En relación con el documento de entrada al almacén, este autor afirma que "debe suponer un recuento físico real del producto, con indicación en el documento de la cantidad realmente recibida, así como el código y/o nomenclatura internacional del producto para la empresa y el número de ubicación en el almacén en su caso".

³⁵ ANAYA TEJERO, J., *La gestión operativa de la empresa*, *op. cit.*, pp. 219-220.

³⁶ AGUILAR, J.A., *La subcontratación...*, *op. cit.*, pp. 61-62. Este autor define el *picking* como "la preparación de pedidos de todo tipo de productos, desde los acabados para su envío o entrega hasta piezas para el premontaje de componentes, pasando por materias primas para alimentar líneas de producción y subconjuntos montados".

a) La *planificación logística* significa en sentido estricto asesoramiento logístico. Esta primera modalidad de contrato logístico tiende, por tanto, a ofrecer respuestas y líneas de actuación adecuadas a las peculiaridades de cada empresa en la fase de suministro, basándose para ello en conocimientos logísticos. En estos supuestos las obligaciones quedan concretadas en la elaboración de lo que se denomina “informe de logística” o “plan logístico”. El operador realiza, por tanto, un informe acerca de las soluciones de suministro logísticamente adecuadas a las peculiaridades de su cliente. Esta actividad, preparatoria y esencial para las demás, presenta una caracterización teórica y no presupone necesariamente que vaya a concretarse en la práctica.

Esta caracterización del “informe de logística” acerca esta modalidad contractual a una clase de contrato de ejecución de obra inmaterial, de la que forman parte conocidos contratos, tales como el "contrato de ingeniería o *engineering*"³⁷. Esta categoría de contrato queda caracterizada por la naturaleza intelectual de la obra³⁸, es decir, por la conclusión de un resultado consistente en descubrir y describir la forma más útil y adecuada de alcanzar determinados objetivos³⁹. En este sentido, el contrato de planificación logística se configura como contrato civil de consultoría o asesoría, cuyo resultado inmaterial es el plan logístico. Podría afirmarse que se trata de un arrendamiento de obra inmaterial, diferenciándose tanto del arrendamiento de obra material (v. gr. un edificio) como el de obra-prestación (v. gr. operación quirúrgica)⁴⁰.

b) En segundo lugar, el suministro puede contratarse bajo la modalidad denominada *seguimiento logístico*, que supone la aplicación de conocimientos logísticos una vez que se está ejecutando el "informe de logística", con el objeto de detectar disfuncionalidades y proponer modificaciones al citado informe. En estos casos, el operador deberá realizar el suministro de conformidad con lo previsto en el “informe de logística”, integrado por criterios que han podido ser realizados por él mismo (si en el contrato incluye la fase de planificación logística) o por el propio cliente o un tercero (si el contrato logístico queda concretado sólo en la fase de "ejecución logística"). El contenido esencial de esta modalidad contractual ya no sería la planificación logística pero sí el seguimiento logístico de la ejecución del informe; por tanto, el operador que ejecuta el informe de logística, además de las obligaciones propias de su ejecución (v. gr. transporte), deberá velar por que esa ejecución se adapte al informe previamente elaborado (por él mismo, por el cliente o, incluso, por un tercero). A pesar de ello, debe tenerse en cuenta que en determinados supuestos no es posible desligar el informe de

³⁷ Vid. BERCOVITZ, A., "El contrato de ingeniería (características y concepto)", *Revista Hacienda Pública Española*, nº 94, 1985, pp. 133-145; ORTUÑO BAEZA, M.T., "Contrato de ingeniería (*engineering*)", en AAVV, *Contratación Mercantil*, (dir. E.GALLEGO SÁNCHEZ), Tirant lo blanch, Valencia, 2003, T. III, p. 1921.

³⁸ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M., *El contrato de consultoría y asistencia*, Civitas, Madrid, 2002, p. 284.

³⁹ PÉREZ DE LA CRUZ, A., "Contratos publicitarios, de difusión, obras de ingenio e ingeniería", en AA.VV., *Curso de Derecho Mercantil*, II, Civitas, Madrid, 2001, p. 268.

⁴⁰ Esta diferenciación, realizada en un primer momento en Alemania, es destacada por SANTOS BRIZ, J., "El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica", *Revista de Derecho Privado*, 1972, T. LVI, p. 390. Según este autor, puede distinguirse el contrato en función de que el resultado del trabajo tenga una exteriorización material (*Sachwerk*), o haya de ser su objeto el resultado de un trabajo que no recibe expresión material, pero que el Derecho considera también como obra (*Leistung*).

logística de su ejecución, pues las peculiaridades del cliente o del ámbito en que se incluya pueden impedir la realización de un informe de logística válido para un determinado plazo, por lo que el operador logístico debe actuar de forma no idéntica cada vez que realiza su actividad; ello implica que en determinadas ocasiones deban hallarse estrechamente unidas las obligaciones de planificación y seguimiento logístico, debiendo adaptar el operador logístico su actividad a las circunstancias del caso concreto⁴¹. La diferenciación teórica se suele hacer con fines pedagógicos y de claridad expositiva.

Bajo esta modalidad contractual, el operador logístico será responsable del cumplimiento de determinadas obligaciones, esencialmente diferentes de las propias del contrato de planificación logística. De hecho, el contrato de seguimiento logístico se aleja de las obligaciones de resultado, acercándose a la naturaleza de las obligaciones de medios y quedando por tanto configurado como arrendamiento de servicios⁴². En este sentido, la actividad contratada se centra en el control de que la ejecución realizada por un tercero quede concretada a lo dispuesto en el plan logístico previamente diseñado. No se hace responsable, pues, al operador logístico del fin de la ejecución (transporte, guarda y custodia de mercancías,...), sino sólo de que el tercero realiza su actividad de acuerdo con lo planificado (tiempos, rutas,...). Es labor del contratante la comunicación al cliente del estado de cumplimiento por parte del tercero del plan diseñado, así como la denuncia en caso de incumplimiento.

c) El destino natural de todo “informe de logística” es su materialización práctica, es decir, su aplicación a la actividad del cliente para el que especialmente ha sido diseñado. Esta concreción práctica, que supone la modalidad más contratada, es conocida como *ejecución logística*, término comprensivo de actividades de muy diversa índole y que dependen de la fase empresarial en que quedan enmarcadas.

La ejecución logística es considerada contenido natural del contrato logístico debido, principalmente, a su habitualidad en la *praxis*⁴³, alejándose del carácter de elemento esencial, pues la ejecución en sí misma no es la que califica al contrato de cómo de logística. Así, existen “ejecuciones no logísticas” que desde un punto de vista material o práctico pueden resultar análogas a la “ejecución logística”. Esto implica que no se considere como “de logística” aquel contrato de ejecución (*v. gr.* suministro) que no tenga como base un “informe de logística” (aunque sea muy básico y equivalga a una simple “previsión logística”), ya que en tales casos se estaría simplemente ante un típico

⁴¹ En este sentido se habla del sistema logístico como “estructura dinámica” (AA.VV., *Manual para la subcontratación...*, *op. cit.*, p. 59).

⁴² Esta opinión no parece compartida por BERCOVITZ, A. (“El contrato de ingeniería...”, *op. cit.*, pp. 138-139), pues en un supuesto análogo, afirma que “la obligación asignada es, en su conjunto, de resultado, aunque ese resultado implique la realización de prestaciones de diversa naturaleza. El resultado sería la dirección técnica necesaria para la ejecución de una obra. Esa dirección técnica exige como elemento fundamental la elaboración del proyecto, y los servicios posteriores vienen referidos precisamente a permitir la ejecución del mismo”. Este autor aplica esto tanto a la “dirección” como a la “supervisión” de la obra. Quizás la dirección de la obra, y, por tanto, la ejecución material de la misma sí constituya en esencia un contrato de obra, pero estimamos que la simple supervisión o control, sin participación en la misma, se acerca a las obligaciones de medios.

⁴³ De hecho, cuando se delimita al objeto del contrato se hace referencia casi exclusiva a actividades de “ejecución logística” (en este sentido, por ejemplo, vid. ZUNARELLI, S., “Il contratto di Logistica...”, *op. cit.*, pp. 61-62).

y tradicional contrato de suministro. La principal diferencia, pues, entre los contratos de "ejecución logística" y los de "simple ejecución" radica en la existencia del contenido esencial, representado por el estudio o plan logístico, siendo la ejecución de éste su contenido natural, lo que tendrá incidencia al delimitar el ámbito de incumplimiento contractual. Entre los caracteres generales de esta modalidad contractual merecen ser destacados los dos siguientes:

En primer lugar se halla la *dependencia* respecto del "informe de logística". Éste se caracteriza por representar la fuente integradora de gran parte de la ejecución, pues será el que marcará las pautas de entregas, rutas, trámites, etc.

La segunda de las características propias de estos contratos es su *duración*, necesaria sin duda para conseguir la optimización propia de la función logística en la empresa. De hecho, mientras parte de los contratos típicos de la ejecución presentan normalmente tracto único, como el transporte, en un contexto logístico se convierten en contratos de duración, lo que tendrá también consecuencias en el ámbito del incumplimiento contractual.

10. UTILIZACIÓN DE MEDIOS PROPIOS Y/O AJENOS

En el cumplimiento de las obligaciones derivadas del suministro (bajo cualquier modalidad) el operador logístico puede utilizar medios propios o ajenos, siendo frecuente la combinación de ambos sistemas, en función de las características propias del caso concreto. La exposición separada que seguidamente se realiza debe ser entendida, por tanto, desde la claridad expositiva.

En primer lugar, cuando el operador logístico tiene a su disposición los medios personales y materiales idóneos para materializar el informe logístico suele realizar el suministro sin acudir a su externalización, o cuando existe un alto grado de especialización respecto a la actividad a realizar. Esta situación se presenta frecuentemente cuando la ejecución de dicho informe no es demasiado compleja, no requiriéndose por tanto la colaboración de otros empresarios. En estos casos existe una relación jurídica directa entre operador logístico y cliente-suministrado, frecuentemente concretada en contratos como el de transporte o el de comisión. En tales supuestos, el operador logístico se convierte jurídicamente en transportista, siendo de aplicación su estatuto jurídico especial. Además de las obligaciones propias del transportista y, en su caso, comisionista, el operador logístico deberá velar por controlar logísticamente todo el proceso, pudiéndose derivar responsabilidades por los daños manifestados como falta de la optimización exigible.

En segundo lugar, la utilización de medios ajenos al operador logístico para la realización de su actividad es una realidad cada vez más frecuente. Este hecho se acentúa cuantos más servicios logísticos sean prestados por el operador, pues, con carácter general, no resulta económicamente conveniente la adquisición de demasiados medios propios cuando resulta posible y más rentable auxiliarse en otros empresarios para el cumplimiento de sus obligaciones. La colaboración empresarial se hace

necesaria en el entorno de empresas logísticas que ofertan gran cantidad de servicios y tienden a la logística integral.

En los supuestos en que ejecute el plan con medios externos, se está convirtiendo el operador logístico en lo que económicamente se denomina "intermediario", calificación que no siempre puede ser trasladada al ámbito jurídico. De hecho, mientras que en ciertas ocasiones el operador logístico que ejecuta el plan con medios ajenos asume la misma posición jurídica que tiene cuando actúa con medios propios, en otros supuestos presenta una posición jurídica propia de un comisionista o, incluso, de un mediador. Debido a estas diferencias adquieren relevancia práctica ciertas cláusulas contractuales; de su inclusión o exclusión, como también de su interpretación, derivará que el operador logístico quede situado en una determinada posición jurídica.

La prestación de servicios cada vez más completos en el ámbito del aprovisionamiento y la distribución es una de las causas principales de la utilización de medios de transporte ajenos al operador logístico en su actividad de ejecución. Además de esto, los caracteres propios del cliente y del producto pueden demandar la ejecución logística a través de medios de transportes especiales (v. gr. vehículos preparados para productos congelados) o medios de transporte excesivamente caros como para que el operador logístico adquiera su titularidad (v. gr. transporte aéreo). La tendencia a la especialidad del operador también contribuye a que resulte necesario contratar con frecuencia medios ajenos⁴⁴.

La proliferación de esta utilización de medios ajenos ha derivado en una creciente importancia jurídica del denominado "transporte plural", entendido como aquel conjunto de posibilidades en las que se presenta una concurrencia de sujetos en la contratación y ejecución del transporte⁴⁵. Y el aumento de este conjunto de supuestos es favorecido en parte por nuestro Ordenamiento Jurídico, dado que no resulta elemento esencial del contrato de transporte el que el porteador tenga la titularidad sobre los medios a utilizar⁴⁶. Este hecho posibilita la diferenciación entre "porteador contractual" y "porteador efectivo"⁴⁷, sin que pierda el primero la consideración de transportista por el hecho de que sea el segundo el que realice materialmente el transporte, hecho que garantiza al cliente que el porteador contractual presentará un nivel idéntico de responsabilidad que el porteador efectivo.

⁴⁴ Este hecho es puesto de manifiesto, entre otros, por LÓPEZ RUEDA, F.C., *El régimen jurídico del transporte multimodal*, La Ley, Madrid, 2000, p. 170, nota 230.

⁴⁵ GABALDÓN GARCÍA, J.L., "Intermediarios del transporte y porteadores contractuales", *RDM*, nº 238, octubre-diciembre 2000, p. 1723. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., "Régimen jurídico del transporte cumulativo de mercancías en el Derecho español. Un a nueva aproximación", *Revista Jurídica La Ley*, nº 5690 (enero 2003), p. 1.

⁴⁶ DE GISPERT PASTOR, M.T., "Algunas consideraciones en torno a la ejecución del transporte por un tercero", *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, T. II, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 1617.

⁴⁷ Acerca de la distinción entre porteador contractual y porteador efectivo, vid. LÓPEZ RUEDA, F.C., *El régimen jurídico del transporte multimodal*, op. cit., pp. 361-369; GABALDÓN GARCÍA, J.L., "Intermediarios del transporte...", op. cit., p. 1723.

11. A MODO DE CONCLUSIÓN

La aplicación de técnicas logísticas es una práctica habitual en el ámbito empresarial. Son múltiples e indudables los beneficios económicos que presenta en todas las fases típicas: aprovisionamiento, almacenaje y distribución. Desde hace décadas, la especialización logística ha avanzado desde dentro de la empresa hasta convertirse en una actividad delegable profesionalmente a terceros. Los beneficios de su externalización promovieron la especialización del sector y la aparición de los denominados operadores logísticos.

La importancia creciente de la externalización de servicios logísticos no ha ido acompañada de un reconocimiento jurídico expreso hasta épocas recientes. Las figuras contractuales clásicas (transporte, comisión, arrendamiento) eran utilizadas como instrumentos bajo los que realizar la delegación de funciones logísticas. El estatuto jurídico del operador logístico era prácticamente idéntico al tradicional marco jurídico-administrativo del transportista.

Este panorama jurídico ha empezado a cambiar muy tímidamente. En 2013 la Ley 9/2013, de 4 de julio, incluye el concepto de “operador logístico” en el artículo 122 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres, reconociendo jurídicamente su existencia desde una norma de naturaleza administrativa.

En el ámbito del Derecho privado, la PCM (2013) incluía una mención expresa al fenómeno logístico, concretamente en su art. 561-7: “Cuando se asuma la obligación de transportar mercancías en el marco de una operación logística de contenido más amplio, los derechos, obligaciones y responsabilidades relativos a dicho transporte se regirán por lo dispuesto en este Código”. Al convertirse esta Propuesta (PCM) en Anteproyecto (ACM) desapareció el mencionado precepto, quedando el mismo sin alusión explícita a la actividad logística.

A pesar de este hecho, el art. 513-2.2 del ACM (2014) puede interpretarse en clave logística, realizando de este modo un conveniente acercamiento de su contenido a un sector de la realidad empresarial cada vez más consolidado. Así, y aunque el citado precepto regula una concreta circunstancia que puede presentarse en un contrato de aprovisionamiento, su presupuesto de aplicación (la no fijación de la cantidad o el volumen del suministro o su periodicidad) coincide con la realidad de un aprovisionamiento logístico, en el que es el operador quien calcula y decide cantidades y periodicidad en beneficio de su empresa-cliente.

Aunque hubiese sido deseable el mantenimiento de un reconocimiento jurídico-privado a la operación logística, dicho precepto supone un atisbo de introducción del fenómeno logístico al ámbito del Derecho Privado, quizá un paso hacia la conceptualización de un contrato de aprovisionamiento logístico.

LA MERCANTILIDAD DEL CONTRATO DE OBRA POR EMPRESA COMO INNOVACIÓN REGULATORIA DEL NUEVO CÓDIGO MERCANTIL. (LOS CONTRATOS DE OBRAS DE CONSTRUCCIÓN/EDIFICACIÓN)

PILAR DOPAZO FRAGUÍO*

Resumen

En este texto se aborda la naturaleza y especialidades que caracterizan al *contrato de obra de construcción y/o edificación*, observando su posible configuración jurídica mercantil, como una modalidad contractual específica que cabe reconocer dentro del amplio género y nueva categoría contractual de los denominados “*Contratos de obra por empresa*”, todo ello conforme a la innovadora calificación contractual ofrecida por el actual Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. En particular, se exponen los principales elementos estructurales de este tipo de contratación, así como los aspectos jurídicos más significativos. Al respecto, se destacan las singularidades propias de esta figura -el contrato de obra de construcción/edificación- con base a considerar el sector o ámbito donde opera, la legislación aplicable, los principales sujetos o agentes que intervienen en los procesos de construcción o edificación, y las prácticas contractuales habitualmente implementadas (contratación/subcontratación).

Contenido

1. Introducción. – 2. El *Contrato de obra por empresa* como innovación jurídica. Noción y configuración mercantil. – 3. El *Contrato de Obra / Edificación*. – 3.1. Noción, naturaleza y características. – 3.2. Los sujetos-partes en el contrato de obra/edificación. – 4. Agentes intervinientes en el proceso de edificación / proceso constructivo (competencias y marco de responsabilidad). – 5. Referencia a la práctica de la *Subcontratación*. Noción e Implicaciones. – 5.1. Riesgos y *Compliance*. – 5.2. Marco regulatorio vigente (LRSSC y LOE) y proyectado (Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, LCM). – 5.3. Identificación de los Sujetos del proceso de subcontratación. – 6. Corolario.

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se analizan las principales características que identifican al contrato de obra / construcción o edificación, considerando sus elementos estructurales básicos y

* Doctora en Derecho. Abogada. Profesora asociada de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid.

destacando aquellos aspectos técnicos y jurídicos más significativos. En particular, se significa la innovadora calificación mercantil de este contrato, dentro de la amplia categoría de los “contratos de obra por empresa” aportada por el actual texto del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (en adelante LCM)¹, conforme a la nueva clasificación de tipologías contractuales que ofrece dicha propuesta de codificación. De este modo, cabe reconocer la relevancia mercantil de esta aportación jurídica, -proponiendo configurar en el Derecho positivo dicha tipología contractual-, tanto por su interés doctrinal como por sus efectos prácticos, y en aras de procurar mayor seguridad en el tráfico jurídico. Así, en concreto, ha de ser estimada dicha propuesta legal por lo que respecta a su aplicación en el marco de la contratación instrumentada en el ámbito de la actividad económica - empresarial/profesional del sector de la edificación o construcción de obras (edificaciones/construcciones), objeto específico de este estudio. Con todo, es necesario destacar las especialidades (requerimientos específicos) que identifican a esta modalidad y práctica contractual en el sector precitado, en orden a estimar no solo la pluralidad de supuestos prácticos que ofrece la contratación en este ámbito (*v.gr.*, conforme al principio de libertad de pactos), sino también considerando el conjunto de normas sectoriales imperativas hoy vigentes, y, por ende, de necesario cumplimiento en el sector. En este sentido, hay que tener presente que, conforme a nuestro Ordenamiento jurídico vigente, son múltiples los aspectos técnicos y jurídicos que han de ser considerados, -por empresarios y profesionales-, a la hora de proyectar un modelo de contratación o subcontratación en este ámbito, sobre todo en previsión de asegurar un adecuado grado de cumplimiento regulatorio (*compliance legal*).

Ergo, cabe reconocer las especialidades del contrato de obra de edificación como modalidad contractual, no sólo con base a los propios requerimientos del ciclo o proceso de construcción, -desde una perspectiva técnica y jurídica-, sino también en atención a las singularidades propias de los principales sujetos o agentes que suelen intervenir en dicho ciclo o proceso; y, por ende, será necesario observar, -en cada caso-, su marco de competencias y de responsabilidades empresariales/profesionales. Con todo, examinando la práctica habitual del sector, queda claro la naturaleza empresarial/profesional de la actividad desarrollada, y, en consecuencia, el carácter mercantil de la contratación implementada por lo general. En este sentido, resulta sumamente ilustrativo verificar la naturaleza “empresarial o profesional” de los principales agentes u operadores que intervienen en las relaciones jurídicas generadas en el ciclo de la construcción. Lo mencionado, junto a otros aspectos característicos, conlleva el poder afirmar la clara *mercantilidad* de este tipo de contratos. Por esta razón, cabe destacar la aportación legal proyectada, -Anteproyecto de LCM-, por cuanto supone el claro reconocimiento positivo de la configuración mercantil de esta tipología contractual.

¹ *Cfr.*, *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*. Ministerio de Justicia, Madrid 2013. En el citado texto, se dicta el régimen jurídico básico aplicable a los contratos mercantiles, y, en concreto, dentro del *Libro Quinto: De los Contratos mercantiles en particular*, el Título II regula el “Contrato de obra por empresa”. De igual modo, *cfr.*, el actual texto del *Anteproyecto de Ley de Código Mercantil*, Ministerio de Justicia - Ministerio de Economía y Competitividad (Consejo de Ministros, C.M. 30-mayo-2014).

A tenor del texto del Anteproyecto de LCM, la precitada figura contractual se regula en el Título II, dentro del Libro Quinto “*De los contratos mercantiles en particular*”, dedicado a la clasificación y regulación básica de los contratos en particular. Lo que supone una importante evolución para nuestro Derecho Positivo, -caso de promulgarse el actual texto proyectado-, al concurrir el propósito de dotar a nuestro Ordenamiento de una regulación sintetizada de las normas y obligaciones en general, asegurando la homogeneidad de la regulación aplicable en todo el mercado, conforme al deber de observar unos mismos principios básicos contractuales.

De esta suerte, en el texto propuesto se regula el *Contrato de Obra por Empresa*, como nueva modalidad o tipo contractual, dotándola de identidad jurídica propia (mercantil) y de un régimen jurídico básico. A su vez, dicha categoría, abarcaría -en la práctica- distintas *submodalidades* de contratos, pertenecientes a este mismo género o calificación contractual, y que podrán distinguirse por razón de los sujetos o del sector o actividad donde operen (*v.gr.*, con base a observar sus distintas singularidades y en orden a la legislación específica aplicable). Al respecto, cabe pronosticar que todo lo mencionado resultará plenamente compatible con el nuevo régimen legal proyectado, ya que éste ha sido configurado como un régimen jurídico básico, tal y como determina la propia Exposición de motivos del Anteproyecto de LCM, -“I-38. *En los contratos en particular se regulan los que podríamos considerar tipos contractuales básicos (...)*-, y, asimismo, de carácter preceptivo, “I-37. *En cualquier caso es importante considerar que la regulación contenida en materia contractual en el Código tiene como regla general una eficacia dispositiva, de manera que son normas imperativas solamente aquellas en que expresamente se imponga la imperatividad*”(Exposición de Motivos).

Con todo, el presente estudio, en particular, se centra en el *Contrato de obra construcción/edificación*, interpretado como una figura específica que, a su vez, quedaría encuadrada dentro de la nueva calificación jurídica genérica del *Contrato de Obra por Empresa*, a la luz del actual texto propuesto de CM. Sin duda, en dicha categoría podrían ordenarse asimismo otras muchas figuras o tipos contractuales (subtipos), -además de la aquí estudiada-, vinculadas a otras actividades económicas, empresariales o profesionales, conforme ilustra la propia práctica mercantil o comercial.

Haciendo referencia específica al *Contrato de obra construcción/edificación*, es necesario analizar los elementos subjetivos o personales (principales sujetos/operadores) que, con carácter general, intervienen en el proceso de construcción de una obra o edificación; asimismo, los sujetos que intervienen -en cada caso concreto- como partes en el/los procesos de contratación implementados dentro de este ámbito. A su vez, se abordan distintas cuestiones jurídicas relevantes con respecto a la práctica contractual operada en este sector; destacando algunos aspectos que caracterizan a los contratos que hoy se instrumentan para la realización de este tipo de obras, y observando, en este sentido, la evolución de nuestro Ordenamiento jurídico.

En esta temática, en primer lugar, resulta esencial proceder a la previa identificación de los principales sujetos -agentes u operadores- que intervienen en el ciclo o proceso de construcción o edificación de obras, a fin de predeterminar cuáles son sus competencias, y, en consecuencia, -*a priori*-, el marco de responsabilidad asumido o asumible en la práctica, con base a observar en cada caso las relaciones jurídicas que se

generen, y, focalizando las posibles contrataciones instrumentalizadas al inicio y durante el proceso de edificación o construcción de obras (significando, en todo caso, la importancia de la fase precontractual). La consideración de todas estas cuestiones resultará de sumo interés a la hora de proceder a trazar adecuadamente el contenido de todo modelo contractual, y, de igual modo, para encaminar todo proceso de evaluación o *compliance* al respecto. Por otra parte, hay que reconocer el interés económico y empresarial del sector estudiado, no sólo en el ámbito del mercado interno sino también en el internacional², por lo que el seguimiento de buenas prácticas contractuales -por empresas y profesionales- ha de conllevar una valoración positiva digna de consideración.

2. EL CONTRATO DE OBRA POR EMPRESA COMO INNOVACIÓN JURÍDICA

Tal y como se ha avanzado en la introducción, cabe destacar como significativa aportación del *Nuevo Código Mercantil* proyectado (CM / LCM)³, estableciendo una regulación básica mercantil de determinadas figuras/tipos contractuales. Así, en concreto, acontece con la modalidad del “*Contrato de obra por empresa*” (conforme a la denominación dada por el texto proyectado). Sin duda, esta aportación, entre otras, supone una innovación jurídica destacada en nuestro Derecho Positivo; por cuanto, hasta el momento, esta modalidad contractual carecía de un marco regulador básico preceptivo, específicamente mercantil (más allá de lo ya previsto -con carácter general- por el Código Civil para los contratos de obra y/o para los contratos de servicios). A su vez, conviene puntualizar que dicha tipología básica contractual abarcaría, en la práctica, un amplio espectro de figuras contractuales, de contratos empresariales de obra; siendo así el *contrato de obra de construcción o edificación* sólo una posible denominación para referirse a un tipo de modalidad o tipo contractual (objeto específico de este estudio).

Al respecto, el Libro V, en concreto su Título II reza el *Contrato de obra por empresa* (*cfr.*, pp. 444-451 del texto propuesto precitado), quedando integrado por siete capítulos:

Capítulo I: Disposiciones generales. Capítulo II: De las obligaciones y derechos del contratista. Capítulo I: De las obligaciones y derechos del comitente de la obra. Capítulo IV: Del riesgo de pérdida o deterioro de la obra. Capítulo V: De la responsabilidad por incumplimiento y prescripción. Capítulo VI: De las modificaciones de la obra. Capítulo VII: De las causas específicas de extinción del contrato.

² En este sentido, cabe citar como en los últimos años se han emprendido distintos proyectos de internacionalización por algunas empresas españolas del sector de la construcción, -incluso, pymes-, tratando de enfrentar la crisis del sector en nuestro país, y, a su vez, con objeto de aprovechar las posibles oportunidades de negocio ofrecidas tanto en otros países de la UE como en terceros países, en especial, en el caso de estos últimos, en aquellos identificados como “economías emergentes”.

³ *Cfr.*, *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, y, actual texto del *Anteproyecto de Ley de Código Mercantil*, (C.M. 30-mayo-2014).

En suma, digno es destacar que conforme al texto del nuevo CM (actual Anteproyecto de LCM), nuestro Derecho positivo mercantil dispondrá de un marco regulador básico, sintetizado la diversidad normativa existente, y a su vez, paliando posibles vacíos legales, y, en todo caso, reordenando contenidos, -obligaciones y derechos- en este ámbito y tipología contractual. No obstante, ello no impide el ejercicio del **principio de libertad de pactos** entre las partes, -siempre conforme a respetar los preceptos de carácter imperativo-. Con ello, se trata de armonizar la regulación aplicable en esta materia, en todo el mercado, conforme a fijar unos mismos principios o criterios básicos contractuales, evitando, de este modo, que puedan plantearse dudas sobre la naturaleza jurídica del contrato, la regulación aplicable, entre otras cuestiones que pudieran surgir, sobre todo aquellas motivadas -v.gr.- por la concurrencia de distintas regulaciones. Por otra parte, cabe señalar que el preceptuar dichas normas básicas, para las obligaciones y contratos mercantiles en general, es una cuestión jurídica nuclear, por cuanto supone fijar los criterios básicos que han de regir, siendo aplicables a los contratos mercantiles en particular que regula el CM proyectado. Y lo mencionado cierto es, aún cuando esas normas pudieran coincidir con las establecidas por la legislación civil; esta circunstancia, no ha de suponer ningún obstáculo para que la nueva normativa proyectada (CM) resulte eficaz, sirviendo, en todo caso, para *integrar y completar* nuestra actual legislación mercantil, dotando a destacadas figuras contractuales de perfiles propios y de una clara e indiscutible calificación mercantil.

De este modo, el texto del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (LCM) define el *Contrato de Obra por Empresa (Artículo 521-1)* y procede a ordenar los aspectos que han de concurrir necesariamente para poder identificar la calificación mercantil de este contrato, con base esencialmente a la naturaleza o carácter empresarial de las partes. Al respecto, y con referencia al contrato aquí estudiado -el contrato de obra de construcción/edificación-, cabe señalar que la consideración e identificación de la figura del *contratista* resulta nuclear, debiendo ser empresario (o profesional) en ejercicio típico y habitual de su actividad. Con ello, la exigencia de la participación empresarial será criterio clave y determinante para informar sobre el carácter mercantil de un contrato en cada caso concreto; o, en su defecto, civil. Por ende, conforme a este criterio corresponderá la aplicación -o no- del régimen dictado por el CM.

Artículo 521-1, “1. Por el contrato mercantil de obra por empresa el contratista, que deberá ser un empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código, se obliga frente al comitente a ejecutar una obra determinada a cambio de la prestación convenida o, en su defecto, de la que resulte de los usos. 2. Se entiende por obra la construcción, reparación o transformación de una cosa, así como la consecución, por cualquier medio o actividad, de otro resultado convenido por las partes.”

Por otra parte, la noción legal concreta el objeto del contrato, la construcción de una obra, o de una construcción/edificación, así como la reparación o transformación de una *cosa*, y, con todo, la realización o consecución de un determinado *resultado*, conforme a los términos acordados previamente entre las partes (*comitente y contratista*) en cada instrumento contractual. Asimismo, resulta común que en este tipo

de contratos medie contraprestación, por lo que se configura claramente como un contrato oneroso; con ello, asimismo concurre otra característica típica y propia de la contratación mercantil. En consecuencia, cabe destacar que la noción legal aportada por el CM configura una nueva tipología contractual que cumple con las características tradicionales de la contratación mercantil. Y, en todo caso, en el contrato analizado deberá quedar claramente especificada la obra encargada o encomendada a ejecutar (determinación del objeto en el instrumento contractual), y, además, todas las especificaciones requeridas para la realización de la obra (*v.gr.*, la calidad de los materiales empleados,...). Asimismo, hay que significar que el presupuesto de “alcanzar el resultado” –y conforme a lo previamente acordado y encomendado– supone un requerimiento necesario para asegurar el efectivo cumplimiento del contrato, por parte del contratista: la ejecución definitiva de la obra, trabajo o construcción encomendada con la entrega del *resultado*, todo ello, conforme a los términos convenidos.

Art. 521-4, Ámbito de aplicación, “1. Quedan fuera del ámbito de aplicación de este Capítulo: a) Los contratos cuyo fin principal no sea la consecución de un resultado. (.../...)”.

En este sentido, el comitente podrá encargar la realización de una obra específica -de cualquier tipo- predeterminando la elección del ejecutante o profesional que será el que debe realizar dicha obra, entre otras especificaciones que pudieran ser marcadas (materiales, plazos de ejecución y de finalización, etc.).

3. EL CONTRATO DE OBRA / EDIFICACIÓN

Cabe significar que nuestro Ordenamiento jurídico vigente no dispone -hasta el momento actual- de una regulación específica relativa al contrato de obra o de edificación. Si bien, disponemos de la regulación común del Código Civil, que configura el *contrato de obra* como un tipo modalidad de arrendamiento⁴. Al respecto, el art. 1542 y el art. 1544 CC. determinan que “*el arrendamiento puede ser de cosa, de obras, o de servicios*”; y, a su vez, que “*en el arrendamiento de obras, o e servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o prestar a la otra un servicio por precio cierto*”. Ahora bien, ambas figuras mantienen claras diferencias, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina, lo que en la práctica ha generado distintas interpretaciones en determinados supuestos de contratación. Asimismo, con carácter general, resultan aplicables el art. 1588 y ss. del CC.⁵, interpretados en relación a la ejecución de toda modalidad de obra, realizada con base a un contrato previo, incluyendo, por ende, la realización de obras inmobiliarias (esto es, obras destinadas a la construcción de una edificación o, de igual modo, obras de ampliación, remodelación o rehabilitación de edificios). Y, en concreto, los arts. 1591 a 1593 CC. refieren

⁴ Al respecto, DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*. Vol.II. Civitas, Madrid, 1976, pp. 332-333.

⁵ ARCO TORRES, M.A. DEL y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la Construcción. Aspectos administrativos, civiles y penales*. Comares, Granada, 2001, p.69.

directamente a la construcción de un edificio. Con todo, la propia evolución de la doctrina y la Jurisprudencia ha sido significativa en esta materia, lo que demuestra la persistencia del interés jurídico por tratar de delimitar estas figuras, precisando sus ámbitos de aplicación, así como, en particular, la propia naturaleza jurídica del contrato de obra de construcción y/o de edificación, diferenciándolo de otros institutos jurídicos, como -v.gr.- el arrendamiento. Cuestión doctrinal, esta última, que no ha sido pacífica.

3.1. Noción, naturaleza y características

El contrato de obra (de construcción o edificación) ha recibido varias calificaciones por parte de la doctrina, -v.gr.-, como “contrato de arrendamiento de obra”⁶, o, de forma genérica, como una modalidad de “arrendamiento”; asimismo, también ha sido calificado genéricamente como “contrato de empresa”, y, como “arrendamiento de industria”. Además de estas múltiples calificaciones doctrinales, desde otra perspectiva, ha recibido asimismo denominaciones como “contrato de ejecución de obra” y/o “contrato de obra”. Siendo estas dos últimas, las que -en principio- pudieran estimarse como más idóneas o precisas. No obstante, en la actualidad, la doctrina mayoritaria prefiere la denominación de “*contrato de construcción de un edificio*”⁷.

En la práctica, resulta clara la naturaleza típicamente empresarial o mercantil del contrato de obra de construcción o edificación por lo que respecta al ámbito del sector de la construcción, en tanto actividad económica/empresarial claramente identificada por su objeto específico la construcción de obras/edificaciones, asimismo, por los sujetos que operan (empresarios y profesionales). De este modo, en la actualidad, cabe señalar que la denominación más utilizada, -siendo la más precisa-, es “***contrato de ejecución de obra***” y/o “***contrato de obra***”. Con ello, hoy, en el tráfico jurídico y económico, esta tipología contractual se configura bajo la precitada calificación con sumo acierto. Ello supone el reconocimiento de una figura contractual con entidad propia, y, por lo tanto, independiente del contrato de arrendamiento, ya que dispone de los necesarios elementos estructurales “específicos”, -tanto *subjetivos* (elementos personales/sujetos) como *objetivos* (contenidos, finalidad y otros aspectos)-, que sirven para identificar, caracterizar y, a su vez, diferenciar a esta modalidad contractual respecto a otras. Además de considerar otros aspectos y circunstancias que -como ya se ha señalado- concurren y caracterizan al propio sector operativo o tipo de actividad económica/empresarial: las obras de construcción o edificación. Todo ello, sin duda, incide e impregna la práctica mercantil en este ámbito, por lo que el disponer de una regulación específicamente mercantil del contrato de obra por empresa (marco básico)

⁶ Vid., SANTOS BRIZ, *Derecho Civil. Teoría y Práctica*. Tomo I. Madrid 1973, pp. 335. Y, del mismo autor, “El contrato de ejecución de obra y su problemática”, en *Revista de Derecho Privado*, 1972, pp. 379.

⁷ Al respecto, el “*Contrato de construcción de un edificio*” se define como “aquel en que una de las partes denominada comitente o dueño de la obra, encarga a otra, denominada contratista o constructor, la construcción de un edificio determinado con relación a un plano o proyecto, obligándose a pagar por ello un precio cierto”. MULLERAT, R.M., “La denominación del contrato de construcción”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1977, pp. 681-684.

resultará sumamente conveniente, tanto a efectos de incrementar la seguridad jurídica, como de facilitar una adecuada operativa contractual (promoviendo “buenas prácticas”). Y, en este sentido, estimamos positivo el texto de la propuesta del nuevo Código Mercantil (actual Anteproyecto de LCM), destinado a ordenar los elementos estructurales básicos de la práctica contractual mercantil.

Por lo que respecta a los *sujetos intervinientes como partes* en el *contrato de obra*, con carácter general, quedan claramente identificados, a saber: el *dueño o propietario de la obra* (o construcción) y el *contratista*.

Por otra parte, lo mencionado no supone desconocer la *genuina* naturaleza civil de la modalidad contractual estudiada⁸, como “arrendamiento de obra”, en cuanto que se trata de un contrato por el que uno de los contratantes se obliga frente a otro a ejecutar una obra determinada mediando contraprestación (precio cierto). Y, en cuanto a la distinción clásica que concurre entre “arrendamiento de obra” y “arrendamiento de servicios” (regulado por el CC. y diferenciados en su art. 1544). Así, cabe observar que -en la práctica- no siempre resulta fácil desvincular el resultado de los medios empleados a dicho fin, ya que cuando se contrata un servicio también se espera alcanzar un resultado; y, de igual modo, cuando se contrata la realización de una obra, resulta lógico que la actividad previamente desarrollada también sea considerada como necesaria para cumplir dicha finalidad⁹. Precisamente atendiendo a esta última consideración, igualmente cabe valorar positivamente la innovación jurídica mercantil aportada por el nuevo CM proyectado, dotando a nuestro Derecho positivo de una regulación uniforme relativa a todo tipo de contrato de obra por empresa.

En todo caso, es clara la diferenciación, según la cual en el *contrato de obra* la prestación del contratista consiste en una *obligación de hacer* (ejecutar una obra) y, además, en una obligación *de entregar* (la obra o edificación construida una vez finalizada); por ende, el objeto y la finalidad principal radica el obtener un resultado concreto, concurriendo así una asunción de responsabilidad a estos efectos. En consecuencia, hay que interpretar que el contratista asume el riesgo de las prestación encomendada, antes de la entrega (arts. 1589 y 1590 CC), y, más allá, hasta finalizar la obra el resultado comprometido).

Al respecto, en otro orden, cabe señalar que con suma nitidez esta cuestión se disciplina por parte de nuestro Derecho público, observando la Legislación aplicable en materia de contratos administrativos o contratos del Sector Públicos (*cf.*, el precedente art. 99 LCAP y, en el mismo sentido, en texto del precepto del vigente TRLCSP), determinando así que *la ejecución del contrato de obra se realizará a riesgo y ventura del contratista* (art. 99). Por tanto, cabe inferir que más allá de la propia naturaleza de la relación jurídica o de la propia obra, en cada supuesto, lo que caracteriza y aporta identidad específica al *contrato de obra* (frente a otros tipos de contratos) es la *distribución contractual del riesgo*.

⁸ Conforme señala LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*. Tomo II, vol III, Bosch, Barcelona, 1979, p. 183.

⁹ O'CALLAGHAN, Xavier, “Contrato de obra. Responsabilidad por ruina”, en *Actualidad Civil*, nº 27, 1988, p. 1679.

Con todo, el contrato de obra estudiado ha sido definido¹⁰ como “*aquel por el que una de las partes denominadas contratista, empresario o artífice, se obliga frente a la otra, denominada principal o comitente, a la producción de un determinado resultado con su actividad independiente y a cambio de recibir una contraprestación pactada (precio cierto)*”. Siendo sus principales elementos característicos, a saber: **(A)** Con respecto a la forma del contrato de obra (*elementos formales* característicos), se trata de un contrato consensual, siendo válido y eficaz cualquiera que fuera la forma elegida, y en todo caso, debiendo ser conforme a Derecho¹¹. Por ende, en principio, no precisa requisitos formales específicos y, al respecto, opera el principio general de libertad de pactos. Si bien, se recomienda, -en aras de la seguridad jurídica-, la formalización por escrito, en atención a la trascendencia económica de este tipo de negocios jurídicos¹². Y, **(B)** Con respecto a los *sujetos* y al *objeto* del contrato, cabe sintetizar los siguientes aspectos característicos: **(B.1.)** El contratista ejecutará la obra en el ejercicio de su actividad profesional/empresarial, para lo cual dispondrá de la formación y conocimientos necesarios a dicho fin, actuando con la debida diligencia y conforme a buenas prácticas (*lex artis*). Y con respecto a la ejecución de la obra contratada, se determinará en el contrato; a su vez, por pacto expreso, podrá encomendarse la misma a determinado contratista, que además de aportar su trabajo o industria, suministre los materiales precisos y/o equipamientos requeridos para ejecutar la obra (art. 1588 CC). Por otra parte, cabe señalar que no es preciso –salvo pacto expreso– que el contratista ejecute personalmente la obra contratada. De esta forma, se podrá encargar que una obra sea realizada por un determinado ejecutante, con base a su entidad o cualificación profesional (*vid.*, art. 1595 CC). En todo caso, las mencionadas precisiones o especificaciones deben quedar expresadas en el contrato; en tal supuesto, el contratista queda facultado para celebrar contratos con otros sujetos, contratistas *independientes*, acudiendo a la fórmula de la subcontratación (en dicho caso, actuarían “a su cargo”, bajo su dirección y, por ende, responsabilidad). **(B.2.)** La obra supone el resultado de la actividad desarrollada o trabajo ejecutado por dicho contratista. Y, **(B.3.)** En todo caso, la obra será realizada mediando contraprestación, conforme a unos criterios específicos previamente acordados (prefijados en el instrumento contractual).

Por otra parte, en esta materia es necesario hacer referencia a la *Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*¹³ (en adelante, LOE), cuyo ámbito de aplicación está principalmente dirigido a regular la construcción y la edificación, así como, las obras de construcción de edificios.

¹⁰ Conforme a la noción aportada por la doctrina, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*.

¹¹ Al respecto, STS de 30-5-1987 y STS de 4-9-1993.

¹² No obstante, sí se reconoce la plena validez del contrato de obra verbal, *v.gr.*, Sentencias de Audiencia Provincial nº 5/ 2008, sección 1ª, de 9-1-2008 (JUR 2008, 88458) y nº. 595/2007 de 8 -11-2007 (JUR 2008, 67174).

¹³ BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999.

3.2. Los sujetos-partes en el contrato de obra/edificación

Los sujetos del contrato de obra, es decir, las partes entre los que se celebra el contrato, son el *titular o propietario de la obra* -la titularidad o propiedad de la obra- (edificación o construcción) que encarga la ejecución de la obra (el **Comitente**), y el **Contratista**, que es el sujeto u operador que asume la ejecución de la obra, y se encarga de realizar y culminar la obra contratada.

Con respecto a la intervención de estos sujetos, -identificados *a priori* como partes del contrato de obra-, es necesario exponer algunos de los aspectos que caracterizan la intervención de estos sujetos en esta tipología y práctica contractual. En este sentido, cabe señalar que en materia de construcción, la simplificación de agentes intervinientes, y, por ello, de sujetos -conforme a la identificación precitada-, puede resultar compleja en la práctica, ya que en gran número de supuestos intervienen *terceras figuras* en el proceso constructivo o de edificación. Tal es el caso de la figura del **promotor de la obra**, sujeto que promueve, inicia, dirige y organiza la construcción, y, que, en su caso, aportará los medios necesarios para realizar la obra. Con respecto a este sujeto, es importante significar, que en ciertos supuestos, puede quedar equiparado al constructor, por cuanto pudiera acontecer que fuera el promotor el que pudiera dirigir la ejecución efectiva de la obra. En dicho caso, éste asumiría las funciones “genuinas” del constructor; incluso, pudiera asumir otras posibles atribuciones (esto es, correspondientes -en principio- a otros sujetos o agentes intervinientes en el proceso constructivo). En consecuencia, se deberá observar cada supuesto contractual y/o práctica operada.

En todo caso, hay que señalar que nuestro Derecho Común refiere solamente tres figuras, así conforme al Código Civil: (i) *El dueño de la obra* (arts. 1592 y 1594 CC.), asimismo, hace expresa referencia al “propietario del suelo” el art. 1593 CC.). (ii) *El contratista* (arts. 1591 y 1593 CC.). (iii) *El arquitecto* (igualmente, referido en los arts. 1591 y 1593 CC.). A su vez, cabe advertir las diferencias relativas a las figuras precitadas¹⁴. De este modo, el Contratista, como empresario de obra, se puede identificar en la práctica con el Constructor, que se distingue de la figura profesional del Arquitecto. Y, con respecto a este último sujeto, cabe señalar que el arquitecto y el contrato que le vincula con la construcción, principalmente se relaciona con la

¹⁴ El Código Civil sólo hace referencia a tres sujetos, el dueño de la obra, el contratista (empresario-operador que ejecuta la obra) y el arquitecto (profesional); por lo que, -en la práctica-, podrá coincidir el promotor con el dueño de la obra y/o con el constructor, concurriendo -en cada caso- una pluralidad de actuaciones, prestaciones y responsabilidades. No obstante, dicha interpretación se ofrece sólo como una interpretación y una posibilidad operativa (caso de coincidencia o concurrencia de titularidades y competencias/responsabilidades), ya que la figura del promotor no implica en todo caso ser constructor. Además, en la práctica, no proceden equívocos, pues la figura del promotor de una obra, toda vez que no sea el titular del dominio (*v.gr.*, solar), no será el dueño o propietario de la obra; y, asimismo, tampoco puede ser el contratista, ya que la figura del promotor se caracteriza por su función de promoción y dirección, y, por ende, -en principio-, no quedaría obligado a la ejecución de la obra (o la edificación de la obra proyectada sobre el dominio o solar que así fuera titularidad de otro sujeto distinto: el “propietario o dueño de la obra”). Por tanto, cabe afirmar que en la práctica se deberá observar cada supuesto concreto, identificando cada sujeto, sus competencias y funciones, prestaciones convenidas y otras obligaciones, todo ello vía instrumento contractual.

generación de la “idea” o “creación” de la obra proyectada, su dirección y vigilancia de la ejecución, pudiendo operar así un contrato mixto entre la prestación de servicios y el contrato de obra propiamente dicho¹⁵. En otro orden de cuestiones, la cualificación profesional y/o la especialización técnica es presupuesto nuclear en esta materia; así junto al *Arquitecto*, opera la figura del *Aparejador o Arquitecto técnico*, sujeto especialmente encargado de la dirección técnica de la obra (siendo, en algún caso o tipo de obras, ingenieros). En consecuencia, son varios los sujetos que pueden actuar como agentes intervinientes en el proceso de edificación -todo ello, conforme a la LOE y, a su vez, con el resto de normativa aplicable en este ámbito-.

En suma, con carácter general, cabe identificar, que los sujetos (*partes*) del contrato de obra, -aquellos que celebran el contrato bilateral o multilateral-, son: por una parte, *el dueño de la obra o “propietario”*, aquel que encarga la ejecución de una determinada obra, y, por otra, *el contratista*, aquel sujeto o *agente* que se encarga de realizar dicha obra, y se compromete -asumiendo el riesgo- de llevar a cabo su ejecución. En efecto, entre ambas partes se celebra el contrato de obra, si bien, conviene detallar que en la construcción de edificios (edificaciones / proceso de edificación) cabe diferenciar la intervención de varios operadores o agentes (*agentes intervinientes*), del siguiente modo: *el Propietario -o dueño de la obra-* que recibirá en su patrimonio la obra una vez finalizada; el *Promotor* de la construcción, siendo éste el sujeto u operador que plantea la iniciativa, dirige, organiza e implementa todos los medios necesarios para realizar la obra o construcción; el *Constructor*, que es el principal agente encargado de ejecutar la obra, siendo responsable de cómo se procede (proceso de ejecución, modo de proceder y calidad de la edificación -que comprende la calidad de sus materiales empleado en la misma). A su vez, dicha obra, podrá ser efectuada encomendando el proyecto de la obra y su realización a un profesional, el *Arquitecto*, que asumirá así la dirección facultativa de la misma. A lo mencionado, hay que añadir, que el promotor puede ser a su vez el constructor, y, a su vez, éste puede ser o no el dueño de la obra. De este modo, cuando el promotor y/o constructor no fuera el dueño o propietario de la obra, podrá acudir a la *subcontratación* de servicios, esto es, subcontratar a terceros la ejecución en todo o en parte la obra, sin que ello pueda implicar una fórmula para evitar la responsabilidad con respecto a la ejecución de la misma.

Por lo que respecta a la figura del *Constructor*, su función principal consiste en la materialización de la obra proyectada, siendo el responsable de la adecuada ejecución material y efectiva de la misma, conforme al proyecto trazado y siguiendo las

¹⁵ Haciendo referencia al contrato del arquitecto, que le vincula con el cliente, cabe señalar que en la práctica suele consistir en una mera “hoja de encargo” o similar, en virtud de la cual se le encomienda a este profesional la realización de un trabajo. En todo caso, resulta de interés la Jurisprudencia civil reiterada, que en atención a los elementos y tipos de contrato, diferencia claramente *arrendamiento de obra* y *arrendamiento del servicio/s*, señalando que esta última calificación contractual corresponderá cuando el objeto del acuerdo consista en la prestación de una actividad o el desarrollo de un trabajo, como tal y con independencia de alcanzar un resultado específico o concreto. Por el contrario, corresponderá la calificación de *arrendamiento de obra* en aquel supuesto en que lo encomendado consista en la ejecución de un determinado proyecto, destinado a un objeto e interés específico, y, por ende, el alcanzar el resultado concreto, conforme a lo encomendado es nuclear, quedando el profesional comprometido a ello. (STS 30-5-1987, RJ 1987, 3852), ST 25-5-1988 (RJ 1988, 10363), ST 24-6-1988 (RJ 1988, 5131)

instrucciones técnicas señaladas por los profesionales-técnicos, observando en todo caso buenas prácticas en la construcción. Al respecto, la LOE dice: “*Son obligaciones del constructor: Ejecutar la obra con sujeción al Proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de la obra y del director de la ejecución de la obra, a fin de alcanzar la calidad exigida en el Proyecto*” (art. 11.2.d.); y, a dicho efecto, debe asignar los medios humanos y materiales necesarios, conforme lo requiera la obra (art. 11.2.d.). Además, y en plena congruencia con lo mencionado, tiene facultad para decidir sobre la *subcontratación* de trabajos y prestaciones¹⁶.

4. AGENTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO DE EDIFICACIÓN / PROCESO CONSTRUCTIVO (COMPETENCIAS Y MARCO DE RESPONSABILIDAD).

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (art. 8 LOE)¹⁷ considera agentes de la edificación a todos aquellos sujetos u operadores que de alguna forma intervienen o participan, ya sea directa o indirectamente, en dicho proceso. Asimismo, identifica a dichos agentes u operadores y preceptúa los deberes básicos esenciales que han de asumir. Al respecto, el Capítulo III de la LOE, refiere tanto a los “posibles” agentes de la edificación que intervienen de forma directa en dicho proceso (promotor, proyectista, constructor, director de obra y/o directos de ejecución de la obra), como aquellos otros que pueden intervenir indirectamente (empresas/entidades o profesionales de control de la calidad de la edificación y proveedores/suministradores de materiales/productos, etc.). Por último, la Ley hace expresa referencia a la figura de los titulares/propietarios, y a los posibles consumidores/usuarios que, en su caso, pudieran adquirir la obra o edificación, -una vez finalizada-, ya que en dicho supuesto éstos serían los destinatarios finales de la obra o edificación construida (art. 16 LOE).

A su vez, hay que señalar que la noción utilizada de “*agentes técnicos*” hace referencia¹⁸ a aquellos profesionales técnicos o facultativos, como son *arquitectos, aparejadores e ingenieros*, que intervienen en el ciclo o proceso por encargo del promotor, quedando sujetos a la regulación técnica y jurídica, *v.gr.*, la legislación urbanística en vigor; asimismo, se encargan de elaborar el proyecto (*proyectistas*), de dirigir la obra a ejecutar, con el fin de garantizar su conformidad con los títulos

¹⁶ Al respecto, la LOE dicta que las *subcontratas* que operen han de ser conformes a los términos del contrato suscrito con el promotor (art. 11.2. e. LOE). De igual modo, ha de firmar el *acta de replanteo* o de inicio de la obra, y el *acta de recepción de la obra* (art. 11.2. f.). Asimismo, el constructor facilitará, al director de la obra/s, todos los datos necesarios para la elaboración de la documentación de la obra ejecutada (art. 11.2. g.). También, debe suscribir las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción (art. 11.2. h.).

¹⁷ *Cfr.*, Art. 8 LOE: “*Son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación*”, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999.

¹⁸ XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZENA, “El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE 1999”, en *III Encuentros CGPJ y GSCAE sobre “La Ley de Ordenación de la Edificación y su desarrollo”*, Lanzarote, 25 -05-2000.

habitantes o autorizaciones administrativas procedentes y, a su vez, conforme al propio fin propuesto (*director o directores de la obra /codirección de la obra/edificación o de la ejecución de la obra*). De igual modo, podrán asumir la función técnica de dirigir toda la ejecución de la obra y supervisar - controlar cualitativamente (requerimientos de calidad) y cuantitativamente (presupuesto) la edificación desarrollada. Una vez identificados los agentes que intervienen, resulta fundamental la concreción de sus competencias, y, de forma más específica, la distribución de atribuciones o funciones entre los distintos operadores mercantiles o profesionales que efectivamente intervengan en cada caso¹⁹. Y, en todo caso, la determinación específica de las atribuciones, obligaciones y responsabilidades procederá con la formalización de los correspondientes instrumentos contractuales. Considerando imperativo el deber de asumir aquellas obligaciones atribuidas conforme a lo preceptuado por la LOE (arts. 9 a 16) y, a su vez, por la legislación sectorial o específica que resultara aplicable (art. 8, último párrafo) -*v.gr.*, en materia urbanística, medioambiental, prevención de riesgos laborales, etc.- (art. 1.2 LOE). Por otra parte, cabe añadir que si una Administración pública interviniera en el proceso, -*v.gr.*, como agente de la edificación-, han de ser observados los requerimientos establecidos por la legislación vigente específica, y, en todo caso, la Ley de Contratos del Sector Público -actual TRLCSP²⁰-; así como, en su defecto, por la LOE (y, en dicho caso, cabe exceptuar lo referente a las garantías establecidas, *vid.*, “garantías de suscripción obligatoria”, *ex art.* 1.3).

5. REFERENCIA A LA PRÁCTICA DE LA *SUBCONTRATACIÓN*. NOCIÓN E IMPLICACIONES

Completando lo expuesto, resulta oportuno por su interés práctico en la temática analizada, hacer referencia a la figura de la subcontratación, ya que con frecuencia en el sector de la construcción -entre otros- se acude a este recurso, es decir, a la fórmula de la *subcontratación de servicios (outsourcing)*²¹, principalmente con objeto de

¹⁹ Sintetizando dichas competencias, cabe señalar que (a) compete al promotor: la iniciativa, promoción y financiación del proyecto/obra o edificación; (b) al proyectista: la elaboración del proyecto de la obra o edificación. (c) al constructor: la ejecución de la obra/edificación. (d) a la dirección facultativa (director de obra y director de la ejecución de la obra): la dirección de la obra (función realizada conjuntamente entre ambos); (e) a los laboratorios y entidades de control de calidad: supervisar la calidad; (f) a los suministradores: aportar los materiales o productos necesarios para la construcción de la obra. Por último, (g) cabe hacer mención a los propietarios o titulares, usuarios del edificio: buen uso del edificio y mantenimiento/conservación del mismo. Asimismo, la LOE establece una clasificación de la tipología de edificaciones, determinando diferentes grupos o categorías en virtud de sus usos o destinos principales; de forma que cada agente se correspondería con una actuación o función básica del proceso, conforme señala MERCHÁN GABALDÓN, F., *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2000, p.35.

²⁰ *Cfr.*, el vigente TRLCSP: Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2011.

²¹ *Outsourcing*, esta denominación refiere la práctica empresarial mediante la cual una empresa u organización puede transferir recursos o la prestación de servicios a otro operador. En suma, es una práctica por medio de la cual una empresa procede a la delegación de la ejecución de ciertos trabajos o servicios a otras empresas especializadas, *v.gr.*, transferir un proceso de negocio encomendado a un

externalizar algunos de los servicios no esenciales encomendados, o bien sólo de aquellos en los que se precisa determinada especialización, conocimiento o infraestructura. La subcontratación supone “*el uso productivo de recursos ajenos a la empresa para realizar tareas que originariamente se ejecutaban dentro de la misma, o que perfectamente podrían realizarse por la empresa contratista sin ayuda de prestadores de servicios externos*”²². En la práctica, el acudir a la figura de la subcontratación implica la generación de otras contrataciones (“cadena de contratos”) que, a su vez, pueden operar en distintos niveles. En virtud del *subcontrato*, el contratista queda vinculado con el contratista, vía otro contrato específico -asimismo calificado como “contrato de obra”-, y esta relación mercantil será independiente de la principal (*contrato de obra principal*). No obstante, cabe admitir el carácter accesorio o complementario de este “subcontrato” respecto al contrato de obra principal, encontrando en él su causa.

5.1. Riesgos y *Compliance*

En todo caso, el fenómeno de la subcontratación en un sector como el de la construcción, ha planteado retos importantes en materia de prevención y control, con el fin de evitar abusos o ilícitos. De este modo, se ha tratado de frenar el acudir indiscriminadamente a esta figura (sin la debida justificación), y en ciertos supuestos con el propósito de eludir el debido cumplimiento de los marcos legales preceptivos (*v.gr.*, en materia de prevención de riesgos, régimen social-laboral, legislación medioambiental, entre otros). Por esta razón, y aunque esta fórmula pueda reportar claras ventajas al empresario principal, es necesario que el legislador discipline los controles aplicables y la previsión de las infracciones o ilícitos objeto de posible sanción, todo ello con el fin de evitar el uso fraudulento de esta fórmula, o su abuso injustificado y sin las debidas garantías, en el tráfico mercantil.

Conforme a la pretensión descrita, el legislador español dictó la *Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (LRSSC)*²³, desarrollada por el Reglamento aprobado por *Real Decreto 1109/2007 de 24 de agosto*. Esta regulación del sistema de subcontratación en la ejecución de las obras ha pretendido incrementar el rigor en materia de cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, evitando el posible encubrimiento de prácticas abusivas a través de la generación fraudulenta de cadenas de subcontratación sin control y/o acudir a la cesión de actividades y mano de obra evitando los controles preceptivos, y, con todo, persiguiendo la elusión de la responsabilidad última del contratista.

subcontratista, el uso de recursos, etc.. Todo ello con el fin de ejecutar trabajos, servicios o actividades por otro operador (externo), que, en su defecto, se hubieran realizado por el propio personal y/o sus recursos internos.

²² LÓPEZ CAMPILLO, C., “La subcontratación en el sector de la construcción (I)”, Noticias Jurídicas, abril 2009, en <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho-Administrativo/200904-75321054687451.html> (Fecha de última consulta: 8-8-2014).

²³ BOE de 19 de octubre de 2006.

5.2. Marco regulatorio vigente (LRSSC y LOE) y proyectado (*Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, LCM*)

La precitada Ley (LRSSC) es principalmente una norma laboral, y tiene carácter sectorial, en especial destinada a su aplicación en el sector de la construcción²⁴, estableciendo el régimen jurídico aplicable en materia de subcontratación, que define como “*la práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encomendado*” (art.1). Su pretensión principal radica en el control de la subcontratación en cadena, y a dicho fin marca una serie de criterios preceptivos, aportando garantías dirigidas a evitar que el empleo de esta fórmula o modo de organización productiva pudiera generar situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores (art. 1.1 LRSSC). Entre las novedades que ha aportado esta legislación, cabe mencionar la introducción de un conjunto de medidas garantes, enfocadas en tres direcciones: **(1º) Limita los niveles de contratación permitidos**, que sólo podrán ser tres²⁵; y, a su vez, exige el cumplimiento de

²⁴ Se trata de una normativa preceptiva, marco legal de obligado cumplimiento para todas las obras de construcción (art. 2.1), incluidas en su ámbito de aplicación y cuya ejecución fuera iniciada con la entrada en vigor de la Ley precitada (19 de abril de 2007), conforme dicta la D.F 3ª en relación con la DT1ª; no obstante, cabe señalar que determinadas obligaciones fueron exigidas posteriormente, una vez se dictó el desarrollo reglamentario de la Ley.

²⁵ Con respecto a los niveles y límites aplicables a la Subcontratación (excepciones previstas por la Ley precitada, cabe señalar que si bien el art. 5 determina el régimen de la subcontratación, siendo así la regla general de libertad de contratación (conforme al reconocimiento, con carácter general, del art. 38 de la Constitución Española de 1978), y dice: “*La subcontratación, como forma de organización productiva, no podrá ser limitada, salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta Ley*”. Por otra parte, la Ley innova, introduciendo una nueva noción de “*nivel de subcontratación*”, que define del siguiente modo, “*cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación que se desarrolla para la ejecución de la totalidad o parte de la obra asumida contractualmente por el contratista con el promotor*” (art.3). Asimismo, limita la subcontratación a tres niveles a partir del Contratista, con ello trata de frenar las redes o cadenas de Subcontratación sin control o ilimitadas. Así, la limitación de contratación dependerá del nivel de contratación ante el que nos posicionemos, en cada caso, diferenciando: **(i)** El promotor sí puede proceder a contratar directamente con los contratistas que considere, personas físicas o jurídicas. Reconociendo así a este sujeto la plena libertad de contratación, sólo operando las limitaciones exigidas por la legislación específica aplicable en determinado ámbitos, como el sector público, en el que los contratistas deben, en todo caso, cumplir los requerimientos legales establecidos (*vid.*, Art. 3 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, y, en concreto, determinando los requisitos en su Art. 61 y ss.). **(ii)** El contratista (es el sujeto que contrata el promotor o el propio promotor ejerciendo como tal) puede podrá contratar la ejecución de prestaciones o trabajos que, a su vez, le hubiera encomendado el promotor mediante contrato previo, con las empresas subcontratistas o trabajadores autónomos. No obstante, cabe señalar que el contratista, supone lo que se denomina el “*nivel cero de contratación*”, y también le es reconocida la libertad de subcontratación; asimismo, puede ceder parte de los trabajos contratados con el promotor a uno o varios subcontratistas o trabajadores autónomos. De este modo, cabe detallar: el primer subcontratista, constituye el primer nivel de contratación, y podrá contratar con hasta dos subcontratistas más. El segundo subcontratista podrá subcontratar la ejecución de los trabajos que tenga contratados a un tercer subcontratista o trabajador autónomo. Y, el tercer subcontratista, en ningún caso podrá subcontratar los trabajos que hubiera contratado con otro subcontratista o trabajador autónomo, constituyendo con ello, el tercero el nivel máximo de contratación. En suma, cabe concluir afirmando que el Art. 5 de la Ley 32/2006 establece unas prohibiciones y unas limitaciones que operan, principalmente, en la cadena vertical de subcontratación, no afectando ni al promotor ni al contratista, sino al tercer subcontratista y a los trabajadores autónomos (sin trabajadores o empleados propios), junto a los denominados subcontratistas de mano de obra intensiva. No obstante, la Ley, establece en su Artículo 5.3, como *posibilidad excepcional* la *ampliación del límite de*

determinadas condiciones para las subcontrataciones que operen a partir del tercer nivel de subcontratación, ya que debe acreditarse que responden a necesidades reales que hubieran surgido (esto es, han de responder a causas objetivas). **(2º) Exigencia de requerimientos cualitativos y cuantitativos para la empresa/organización:** *requisitos de calidad o solvencia*, que deben cumplir los operadores/las empresas del sector de la construcción, con la finalidad de incrementar las garantías de actuación/ejecución, y asimismo, en lo relativo al deber de acreditación de la formación específica de sus trabajadores y en materia de prevención de riesgos laborales, acreditando la organización preventiva de la propia empresa y la calidad del empleo conforme al deber de reunir unas condiciones básicas laborales (estabilidad en el empleo y condiciones adecuadas en la empresa). Y, **(3º) Exigir el cumplimiento del deber de transparencia** en las obras de construcción, cuyo cumplimiento se pretende supervisar a través de determinados sistemas documentales y de registro; y, asimismo, se trata de asegurar la participación activa de los trabajadores en las organizaciones/empresas que intervienen en la ejecución de la obra.

Desde la perspectiva jurídica, cabe significar que LOE, haciendo mención expresa a las actividades del constructor, y, asimismo, a la posibilidad de acudir a la subcontratación, establece la obligación de formalizar las subcontrataciones que operen y, en todo caso, determina la responsabilidad directa del constructor (principal) –*cfr.*, Art. 17.6 LOE–²⁶. De este modo, la LOE incorpora la doctrina jurisprudencial sentada con respecto al artículo 1591 CC. Así, se configura al constructor como el sujeto o agente “garante principal y pleno” de la actuación desarrollada por el subcontratista/s, al que encomendó/contrató la obra o el suministro. No obstante, lo mencionado no presupone una exención de la responsabilidad para el subcontratista (si bien, -cabe

subcontrataciones, cuando concurra alguna de las circunstancias excepcionales prevista en la Ley y debidamente justificadas (casos fortuitos y fuerza mayor, especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción). Asimismo, se debe notificar a la autoridad laboral competente dicha subcontratación excepcional, remitiendo en el plazo de cinco días hábiles siguientes a su aprobación, un *informe* expresando las causas extraordinarias que acontecen y justificarían esta posibilidad, así como aportar copia de la anotación efectuada en el Libro de Subcontratación (Art 5.4).

²⁶ Artículo 17 LOE, *Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación*, apartado 6, “El constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos derivados de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan. Cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar. Asimismo, el constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar”. Conforme señala la Ley precitada, cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a efectos de reclamar lo procedente en su caso (Art. 17.6 LOE). Al respecto, la STS núm. 164/2008, de 3 de julio (RJ 2008, 4365), que conforme a la doctrina sentada relativa al marco de responsabilidad del subcontratista, dice “La intervención de un subcontratista no altera la responsabilidad del contratista determinada en el artículo 1591; dicho partícipe en determinadas tareas edificativas no es considerado en general como agente de la edificación y la doctrina científica mayoritaria rechaza la acción directa del comitente en contra del subcontratista; y aunque la doctrina jurisprudencial ha sido fluctuante sobre este particular, se destaca la posición relativa a su exculpación; la Ley 31/1999, de 5 de noviembre (RCL 1999, 2799), de Ordenación de la Edificación, no aplicable al supuesto de autos, en su artículo 17.6 párrafo segundo, establece que “cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a que hubiera lugar(.../...)”.

interpretar-, la LOE sí parece excluir a éstos como agentes intervinientes directos de la construcción). Con todo, hay que señalar que en la medida que la LOE no aborda la responsabilidad extracontractual, resultará aplicable las reglas generales del Código Civil, asimismo en lo relativo a la responsabilidad prevista en el art.1902 y ss. del CC., que, conforme a la jurisprudencia, sí determina la responsabilidad del subcontratista por los daños y perjuicios causados a tercero ajeno al contrato de obra. De igual modo, cabe referir la acción directa de que dispone el *subcontratista* (art. 1597 CC)²⁷.

Por otra parte, desde un enfoque jurídico mercantil, con respecto a la subcontratación, cabe significar que el texto proyectado de LCM hace expresa referencia a esta figura en la regulación del *Contrato de Obra por Empresa*.

Artículo 522-6. Facultad de subcontratar la obra. “1. El contratista podrá subcontratar con terceros o valerse de otras personas para realizar la obra, salvo pacto en contrario o cuando de las circunstancias o de la naturaleza de la obra se deduzca otra cosa. En particular, y salvo autorización del comitente de la obra, no se podrá subcontratar con terceros cuando la prestación del contratista consista fundamentalmente en una actividad, manual, intelectual o de otro tipo, determinada en atención a las cualidades de éste. La subcontratación podrá referirse a la totalidad o a una o varias partes de la obra, sin que en ningún caso el contratista pueda subcontratarla íntegramente con un único subcontratista. Los subcontratistas podrán subcontratar parcialmente la ejecución de la obra encomendada, pero los segundos subcontratistas no podrán realizar ulteriores subcontrataciones. 2. El contratista y, en su caso, los subcontratistas, deberán poner en conocimiento del comitente de la obra la subcontratación de ésta, facilitando los datos que permitan identificar a los subcontratistas.”

En este orden y materia, la regulación ofrecida por este texto sigue los criterios ya establecidos por la legislación vigente (precitada) con respecto a la subcontratación, así como la doctrina sentada por la Jurisprudencia (tal y como se ha expuesto *supra*); con todo, cabe destacar su interés jurídico como aportación específica en el orden positivo mercantil, ya que dota al Derecho mercantil de un marco regulador básico

²⁷ Cfr., Art. 1597 Código Civil, “Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación”. Al respecto, DÍAZ BARCO, F., Manual de Derecho de la Construcción, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p.124. En este mismo sentido, la jurisprudencia se pronuncia, véase STS 2374/2013, de 25 de abril de 2013, Sala de lo Civil, Sección 1ª, (Id Cendoj: 28079110012013100256), cuyo Fundamento de Derecho 1º, dice, “Se ha ejercido en el presente proceso la acción directa que contempla el artículo 1597 del Código civil para el contrato de obra que se concede al tercero que pone su trabajo o material frente al dueño de la obra, constituyendo una excepción al principio de relatividad del contrato que proclama el artículo 1257 del Código civil, como dicen las sentencias de 2 julio 1997, 6 junio 2000, 18 julio 2002, 31 enero 2005, 24 enero 2006, que añaden que cualquiera de los subcontratistas tiene la acción directa frente al dueño de la obra, frente al contratista y frente a un subcontratista anterior; asimismo, la 19 abril 2004, con apoyo de jurisprudencia anterior, precisa que los subcontratistas no sólo son acreedores del precio ajustado, sino también del efectivamente debido por las obras realizadas, lo que ratifica con más contundencia la sentencia de 14 octubre 2010 como destaca la doctrina, dando por supuesto que la acción directa “ex artículo 1597” beneficia a los subcontratistas, lo importante es que el contratista principal haya concertado la ejecución de la obra de tal forma que su crédito futuro sea cierto y esté determinado en el contrato principal de obra. El artículo 1597 habla de “obra ajustada alzadamente”, por lo que podría pensarse que sólo cuando se trate de una obra por ajuste o a tanto alzado tiene aplicación el artículo 1597; no obstante lo cual, el requisito de que el crédito del contratista sea cierto y determinado desde su inicio queda cumplido tanto si el precio de la obra principal se determina por el sistema de precio alzado, como si lo está por unidades de obra, siempre que estén también determinadas el número de unidades a ejecutar. En todo caso, si se reclama a varios de los contratistas o subcontratistas, la responsabilidades solidaria, como dice la sentencia de 26 septiembre 2008 con cita de abundante jurisprudencia anterior (...)”. (texto disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6725976/Letra%20de%20cambio/20130531>).

específico para este ámbito, disciplinando así el uso de este recurso en la práctica mercantil y aportando mayor seguridad jurídica. Felizmente armoniza y, sobre todo, sintetiza en un único cuadro legal el régimen jurídico preceptivo que resultará de obligado cumplimiento en materia de subcontratación. Al respecto, el CM proyectado refiere la posibilidad de acudir a la *subcontratación*, igualmente estableciendo unas limitaciones y, con todo, insistiendo en la necesidad de establecer un control para evitar abusos a través de este recurso. De este modo, se reconoce la facultad para subcontratar la obra en el citado art. 522-6, *siempre que expresamente no hubiera sido prohibido expresamente en el contrato principal* (contrato de obra - empresarial), en cuyo caso no se podrá acudir a la subcontratación de terceros por parte del contratista, salvo autorización del comitente de la obra. De igual modo, se especifica que en caso de subcontratación, contratista/subcontratista deben comunicar al comitente de la obra el recurso a la subcontratación, informando sobre el subcontrato, así como sobre los datos que identifiquen a los subcontratistas (empresarios/profesionales). Por otra parte, el precitado artículo establece una serie de *limitaciones*: (i) No se podrá subcontratar con terceros cuando la prestación del contratista consista fundamentalmente en una actividad, manual, intelectual o de otro tipo, determinada en atención a las cualidades de éste. (ii) En ningún caso el contratista pueda subcontratarla íntegramente con un único subcontratista. (iii) Si bien, los subcontratistas podrán subcontratar parcialmente la ejecución de la obra encomendada, ahora bien, los segundos subcontratistas no podrán realizar ulteriores subcontrataciones.

Por último, cabe destacar que expresamente determina la responsabilidad directa del contratista frente al comitente en los supuestos de subcontratar la ejecución de una obra (*cfr.*, art. 522-7), todo ello conforme a la doctrina sentada por la jurisprudencia y los criterios comunes aplicables en virtud de la regulación vigente, tal y como previamente ha sido expuesto en este texto. Por otra parte, conviene precisar que, en la práctica, el recurso a la subcontratación procederá para la realización de parte o partes de la ejecución de una obra (cabe interpretar que no cabe por la totalidad o integridad de la misma).

6. COROLARIO

En virtud de todo lo expuesto, hay que poner en valor la aportación jurídica que representa, en nuestro Ordenamiento jurídico positivo, el texto propuesto del nuevo Código Mercantil (actual Anteproyecto de Ley del CM), -tal y como se argumenta en este trabajo-, ya que, entre otras innovaciones jurídicas, disciplina con toda claridad un régimen jurídico básico para determinados tipos de contratos. Y, en particular, perfila los criterios que han de informar la calificación mercantil del *Contrato de obra por empresa*, dotándole de un marco básico regulador preceptivo, y fijando los principales elementos que han de concurrir para determinar su *mercantilidad* (al respecto, la intervención de la figura empresarial resultará esencial). Todo ello, con el propósito de facilitar la práctica jurídica y aportar seguridad jurídica en materia de contratación.

En este sentido, y en particular, el proyectado CM supone una aportación relevante por lo que respecta a la posible configuración jurídica del *Contrato de obra de construcción / edificación*, -objeto específico de este estudio-, ya que informará su práctica en el tráfico jurídico mercantil conforme a un cuadro sistemático de criterios. De este modo, se ordenan y clarifican los presupuestos necesarios que han de concurrir en la práctica mercantil (permitiendo evaluar y determinar con nitidez la tipología y el carácter mercantil de la relación jurídica operada en cada caso). Por otra parte, el régimen proyectado felizmente respeta el principio de la libertad de pactos entre las partes, debiendo respetar las normas imperativas previstas.

En conclusión, hay que significar la armonización regulatoria que aporta el proyectado CM, en aras a incrementar la seguridad jurídica en materia de contratación, facilitando el marco legal básico que ha de regir la práctica contractual mercantil.

LA ACCIÓN DIRECTA DEL TRANSPORTISTA EFECTIVO POR IMPAGO DE PORTES CONTRA LOS CONTRATANTES DEL SERVICIO DE TRANSPORTE *

ALBERTO EMPARANZA SOBEJANO **

Resumen

La Ley 9/2013 de 4 de julio por la que se modifica la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres ha consagrado en su Disposición Adicional Sexta la denominada acción directa por el impago de portes que permite a los porteadores efectivos dirigirse contra quienes hubieren contratado el transporte no satisfecho. La atribución al porteador efectivo de una acción de reclamación por impago de portes destinada no sólo contra el cargador contractual, que es quién ha celebrado dicho contrato de transporte, sino contra todos aquellos que anteriormente le hubieran precedido en la cadena de la subcontratación, constituye una significativa novedad en el panorama normativo del contrato de transporte terrestre que merece ser analizada con detenimiento ante las importantes consecuencias que puede implicar.

Contenido

1. Introducción. – 2. El contexto normativo de la implantación de la acción directa: la reforma de la LOTT. – 3. La consagración normativa de la llamada acción directa. – 3.1. Antecedentes normativos: – 3.1.1. Premisa: la subcontratación en el transporte de mercancías por carretera. – 3.1.2. El art. 1597 CC. – 3.1.3. La incidencia de la regulación concursal en el art. 1597 CC. – 3.2. El antecedente extranjero: la Ley *Gaysot*. – 3.3. La nueva regulación de la acción directa a través de la tramitación parlamentaria. – 4. Características principales de la nueva acción directa. – 5. Obstáculos normativos a su aplicación: – 5.1. En el ámbito de la regulación del contrato de transporte. – 5.2. En el ámbito de la regulación concursal. – 5.3. En el ámbito de las juntas arbitrales de transporte. – 6. Conclusiones

* Este trabajo es el resultado de las investigaciones realizadas en el Proyecto de Investigación del MEC “Soluciones jurídicas en materia de documentación y responsabilidad ante la reestructuración del mercado de transporte” (DER2012-37543-C03-02) dirigido por el Prof. José Manuel Martín Osante y del que quien suscribe forma parte.

** Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad del País Vasco (UPV/EHU).

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se pretende analizar un nuevo instrumento jurídico con el que cuentan los portadores terrestres a la hora de obtener el cobro de sus servicios. La Ley 9/2013 de 4 de julio por la que se modifica la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante LOTT) ha consagrado en su Disposición Adicional Sexta la denominada acción directa por el impago de portes, que permite a los portadores efectivos dirigirse contra quienes hubieren contratado el transporte no satisfecho. La atribución al porteador efectivo de una acción de reclamación por impago de portes destinada no sólo contra el cargador contractual, que es quién ha celebrado dicho contrato de transporte, sino contra todos aquellos que anteriormente le hubieran precedido en la cadena de la subcontratación, constituye una significativa novedad en el panorama normativo del contrato de transporte terrestre que merece ser analizada con detenimiento ante las importantes consecuencias que puede implicar. Para ello, en primer lugar, se expondrá la situación jurídica existente antes de la aprobación de la nueva norma (II) y se analizarán los modelos normativos existentes en otros ordenamientos en los que se contempla la llamada acción directa del porteador contra los beneficiados del servicio de transporte realizado (III), indicando tanto sus logros como los problemas que su aplicación ha traído consigo con el fin de poner de relieve las dificultades de la implantación de dicho instrumento jurídico. En tercer lugar, entrando en el meollo del asunto, se procederá al examen de la acción directa consagrada en la Disposición Adicional Sexta de la LOTT (IV), señalando sus principales características y las diferencias que le separan de otros regímenes legales existentes en países de nuestro entorno, a fin de precisar debidamente sus rasgos configuradores. Y, tras ello, se finalizará el trabajo llevando a cabo un examen de las consecuencias que la atribución de dicha acción a los portadores terrestres puede implicar en distintos planos, tanto en el de la regulación del contrato de transporte contenida en la Ley 15/2009 de 11 de noviembre del contrato de transporte terrestre de mercancías (en adelante, LCTTM), como en el ámbito concursal regulado por la Ley 22/2003 de 9 de julio (en adelante LC), y específicamente en relación con su sometimiento a la competencia de las Juntas Arbitrales de Transporte, a la vista de la trascendencia que posee su efectivo enjuiciamiento por estos organismos administrativos.

2. EL CONTEXTO NORMATIVO DE LA IMPLANTACIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA: LA REFORMA DE LA LOTT

Tradicionalmente la satisfacción puntual de la obligación de pago del porte ha constituido una de las principales preocupaciones de los operadores del transporte en el devenir de su actividad empresarial. La necesidad de percibir los haberes correspondientes a la realización del transporte es para los portadores, un aspecto decisivo en la organización eficiente del traslado de las mercancías. La normativa reguladora del transporte ha previsto distintas fórmulas dirigidas a garantizar la

realización del pago de los portes devengados por la materialización de un contrato de transporte. En tal sentido, son varios los instrumentos previstos hasta el momento para reforzar la satisfacción de dichas obligaciones de pago. En primer lugar, la atribución al cargador de la obligación de pago del porte, aunque le corresponda al destinatario cuando este último no lo haya satisfecho (art. 37 LCTTM), convirtiendo así al cargador en garante del pago cuando no lo satisfaga el destinatario inicialmente responsable del mismo. También cabe señalar la obligación de que el pago se lleve a cabo dentro del plazo de 30 días desde el momento en que resulte exigible (art. 41 LCTTM) a fin de que el porteador no vea retrasado injustificadamente la percepción correspondiente a la labor realizada. Sin embargo, dicho plazo parece que puede modificarse por vía de pacto, con lo que en la práctica puede quedar bastante desdibujado, teniendo que recurrirse en tal caso al tenor del art. 4 de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad de 29 de diciembre de 2004 (en adelante, LMLM) que, tras su modificación por la Ley de 5 de julio de 2010, establece que el plazo de morosidad máximo es de 60 días, sin que exista la posibilidad de aplazamiento o pacto que pueda reducir dicho plazo¹. Finalmente conviene también señalar que el art. 40 LCTTM atribuye al porteador el derecho a retener las mercancías hasta que no se le abone el pago del transporte, procediendo a realizar su depósito ante la Junta Arbitral competente en el plazo máximo de 10 días desde que se produjera el impago (art. 40 LCTTM). Sin embargo, dicha medida no ha desplegado los efectos esperados porque su régimen no resulta aplicable cuando el destinatario no es el obligado al pago; y cuando es así, tampoco tiene ningún efecto porque no se compadece con la operativa habitual del transporte en la que se pacta que el pago no se realice en el momento de la entrega sino de forma aplazada. Todo ello explica que dicho precepto sólo pueda ser invocado de forma residual porque técnicamente el impago del porte no se produce hasta transcurridos 30 ó 60 días de la entrega de las mercancías, con lo que resulta en tales casos imposible ejercer una suerte de derecho de retención y, en su caso, enajenación de tales mercancías, cuando hace tiempo que no están en manos del porteador.

Estos instrumentos han resultado, en suma, claramente insuficientes a la hora de atribuir a los porteadores medios eficaces con los que poder percibir puntualmente el cobro de los servicios de transporte realizados. Pero es que además, en los tiempos actuales, ante las graves dificultades de acceso al crédito con las que se encuentran las empresas de transporte, el cobro de los portes se ha erigido en una cuestión trascendental en la gestión de estas empresas. El impago de los portes o, su pago sumamente aplazado, han generado a las empresas de transporte graves problemas de tesorería que han puesto en peligro su continuidad empresarial. No es extraño, por ello, que en los últimos años se haya convertido esta cuestión en objeto central de las

¹ Sobre estas cuestiones, *vid. in extenso* EMPARANZA SOBEJANO, A., “Obligación de pago del porte y consecuencias de su incumplimiento” *Revista de Derecho del Transporte* n. 6 (2010) p. 215 ss, especialmente p. 231-232, donde concluimos que el art. 41 LCTTM debe ser reinterpretado conforme al tenor de la LMLM, entendiendo que el plazo a partir del cual se produce la demora en el pago del precio del transporte es de 60 días.

preocupaciones del sector. Las tres principales pretensiones que sobre esta problemática se han planteado con insistencia desde las empresas de transporte han sido la actualización con carácter obligatorio de los portes en consonancia con los del gasóleo, la prohibición del aplazamiento del pago de los portes, y el reconocimiento al porteador efectivo de la acción directa contra el cargador principal a pesar de que no haya sido de quien haya recibido la solicitud de transporte. Eso no quiere decir que no se hayan propuesto otras medidas dirigidas a reforzar las garantías de cobro de los transportistas². Pero conviene advertir que éstas han sido las más reivindicadas, por considerar que eran las que mejor podían servir para corregir las dificultades de tesorería que por falta de financiación está atravesando el sector.

En este sentido, la necesaria reforma de la LOTT, exigida por imperativos comunitarios, ha sido aprovechada para incluir en dicha norma alguna de las reivindicaciones planteadas. Así, la obligación de incorporar en nuestro ordenamiento de forma expresa los Reglamentos nº (CE) 1071, 1072 y 1073 de 21 de octubre de 2009 en los que se regulan las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista y para acceder al mercado del transporte internacional de mercancías y de los servicios de autobuses por carretera, llevaba consigo necesariamente una reforma significativa de la LOTT en todos los aspectos relacionados con dichas materias³. Dicha incorporación en nuestro ordenamiento ha tenido lugar mediante la promulgación de la Ley 9/2013 de 4 de julio que ha servido para adaptar la normativa nacional en materia de transporte por carretera a las nuevas exigencias comunitarias más arriba indicadas. En cualquier caso la necesidad de dicha reforma ha permitido modificar ciertos tratamientos normativos⁴ e, incluso, incorporar alguno que no estaba hasta ahora previsto, como sucede con la denominada acción directa contemplada en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 9/2013 de 4 de julio, que representa una novedad relevante de nuestra regulación de

² *Vid.*, por ejemplo, la Orden FOM/1882/2012 de 1 de agosto en la que se consagran específicamente medidas de reforzamiento del cobro de los servicios de transporte tales como la necesidad de que si se aplaza el pago, deberá haberse pactado de forma expresa “el periodo de tiempo preciso en que dicho pago quedará aplazado o la fecha concreta en que dicho pago habrá de producirse (cl. 3.7); también cabe mencionar la cl. 3.1 que exige que deberá diferenciarse el precio de los servicios de transporte y el otros complementos, a la vista de las circunstancias particulares de explotación del servicio, sin olvidar la cl. 3.5 que establece la posibilidad de hacer descuentos en el precio del transporte “sólo si se hubiese pactado expresamente indicando las características y formas de cálculo” (sobre el alcance y contenido de estas recomendaciones, *vid.*, *in extenso* EMPARANZA SOBEJANO, A., “Autonomía privada y régimen jurídico del transporte por carretera”, *Revista de Derecho Mercantil* n. 286 (2012), p. 49-53.

³ Realiza un análisis exhaustivo de esta normativa comunitaria integrada dentro de la normativa sectorial nacional SOLERNOU SANZ, S., *La ordenación del transporte de mercancías por carretera*, Tesis Doctoral inédita, Universidad Jaume I de Castellón, 2011, *passim*, especialmente p. 75 ss.

⁴ Señaladamente el régimen de las sanciones administrativas que han experimentado una modificación significativa respecto a la situación precedente (*vid.*, en general, al respecto, AGUADO I CUDOLA, V., “Las potestades de inspección y sanción en materia de transportes terrestres: garantizar el cumplimiento de la legislación, asegurar el buen funcionamiento del sistema”, en AA.VV., *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril*, Vol. II, Cizur Menor 2014, p. 237 ss.

transportes y cuya implantación obedece exclusivamente a la voluntad del legislador nacional, ya que no ha venido exigida por la normativa comunitaria mencionada.

3. LA CONSAGRACIÓN NORMATIVA DE LA LLAMADA ACCIÓN DIRECTA

3.1. Antecedentes normativos

3.1.1. Premisa: la subcontratación en el transporte de mercancías por carretera

El contrato de transporte terrestre es una subespecie del contrato de arrendamiento de obra. La realización del transporte constituye en tal sentido una obligación que trae consigo la ejecución correcta y puntual del envío de las mercancías por el propio porteador o por los auxiliares que contrate para su realización (art. 1596 CC, arts. 4 y 6 LCTTM). En nuestro país es conocido que el transporte de mercancías por carretera se efectúa a menudo mediante la participación de varios porteadores. La operativa más frecuente en tal sentido es el recurso a la subcontratación, de tal forma que el cargador-cliente celebra un contrato de transporte con un porteador, quien en lugar de llevar a cabo el envío materialmente, encarga su ejecución a uno o varios operadores para que cada uno de ellos se haga cargo de la realización de un tramo. Esta forma de proceder está prevista en la regulación del contrato de arrendamiento de obra porque para llevar a cabo el encargo comprometido el contratista, por circunstancias coyunturales, puede tener que contar con otros sujetos ajenos a su organización, debiendo quedar claro desde el primer momento, que la delegación de tales tareas en otros operadores no reduce su responsabilidad en la correcta culminación de la obra confiada (art. 1596 CC)⁵.

En el panorama nacional del transporte por carretera, la subcontratación es una forma de operar sumamente habitual a causa del carácter marcadamente atomizado de dicho mercado, repleto de operadores de reducida dimensión empresarial. El porteador, que ha recibido el encargo de llevar a cabo un transporte, asume su realización, pero encarga su ejecución a otros operadores. De este modo quien asume la ejecución del transporte no debe contar con flota propia para llevar a cabo los envíos, con el ahorro de costes fijos que ello conlleva, derivando su realización a otros operadores que lo hacen con un precio más reducido que el que va a cobrar a su cliente el primer porteador por la realización de dicho servicio⁶. La organización de la ejecución de los transportes por carretera con base en la subcontratación de los servicios a través de distintos operadores

⁵ Lleva a cabo un completo estudio de la cuestión de gran utilidad pese al tiempo transcurrido JORDANO FRAGA, F. *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid 1994, p. 331-335.

⁶ Desde hace tiempo son frecuentes en nuestra doctrina las alusiones a esta peculiar forma de organizar el transporte terrestre de mercancías. Para una visión en profundidad del fenómeno, *vid.*, en lugar de muchos, PILOÑETA ALONSO, L.M., “El subtransporte: análisis crítico y técnico de un concepto”, *Revista de Derecho Mercantil* n. 262 (2006), p. 1401 ss.

es, sin embargo, uno de los problemas que aqueja al mercado de transporte nacional de mercancías por carretera. La pequeña dimensión de muchas de las empresas encargadas de la realización de los transportes por carretera propicia la subcontratación de servicios de transporte entre empresas, ya que es la única forma de que puedan desarrollar su labor merced a la labor de captación de servicios que hacen los porteadores que asumen su realización y que son quienes contratándoles, les introducen en el mercado. Es una forma de organizar el transporte que ha permitido a los porteadores que reciben el encargo de realizar el transporte, no solamente llevarlo a cabo sin contar con los medios de transporte necesarios para su realización, sino además, hacerlo de forma económicamente rentable por los costes más reducidos que los operadores contratados perciben por su labor. La subcontratación en el transporte por carretera, en suma, se ha visto favorecida por la estructura atomizada del mercado y por los propios operadores del transporte que han hecho un uso frecuente de esta fórmula con el objeto de abaratar sus costes fijos de organización.

Esta forma de proceder, cuya legalidad nadie pone en duda, provoca, no obstante, algunas dificultades de índole económica y, sobre todo, jurídica, que conviene subrayar. Desde una perspectiva económica puede afirmarse que debilita el vigor del mercado de transporte por carretera que queda a merced de los demandantes de dichos servicios que no encuentran resistencia a sus pretensiones. El elevado número de operadores dispuestos a realizar sus encargos y, sobre todo, su reducida dimensión, desnivelan las condiciones de la competencia del mercado de transportes. Los operadores del transporte por carretera, al carecer del tamaño suficiente, no pueden hacer valer sus pretensiones a los demandantes de tales servicios, generándose así una continua depreciación del valor de dichas actividades. Pero, sobre todo, desde una perspectiva jurídica, el uso frecuente de la subcontratación provoca dos tipos de problemas. En primer lugar, la dificultad de articular las reclamaciones del cargador contra los porteadores que efectivamente hayan participado en la ejecución del transporte, a efectos de atribuir la consiguiente responsabilidad por los daños sufridos en las mercancías transportadas. En principio, dicha problemática ha sido resuelta parcialmente por el art. 6 LCTTM que hace responsable al porteador contractual de los daños causados en las mercancías por los porteadores efectivos, aunque todavía hayan quedado algunas cuestiones pendientes de aclaración⁷. Y, en segundo lugar, por la posibilidad de que los porteadores efectivos puedan reclamar al cargador contractual el impago del porte que le adeude su porteador que le hubiere contratado para la realización de los servicios de transporte solicitados por dicho cargador contractual.

⁷ Sobre el art. 6 LCTTM y los problemas que plantea a la hora de que el cargador o el destinatario puedan demandar al porteador efectivo por los daños causados en las mercancías transportadas durante el tiempo en que obren en su poder durante su traslado, *vid.*, EMPARANZA SOBEJANO, A, “La presunción de contratación del transporte en nombre propio (art. 5 LCTTM) y la responsabilidad del porteador efectivo (art. 6 LCTTM)”, *Revista de Derecho del Transporte* n. 8 (2011), p. 33 ss, especialmente p. 54-57.

3.1.2. El art. 1597 CC

Pues bien, para resolver este espinoso problema se ha acudido a la regulación del contrato de arrendamiento de obra. El art. 1597 CC regula la llamada acción directa en cuya virtud de forma un tanto elíptica⁸, se reconoce a los operadores contratados por el contratista el derecho a reclamar al dueño cuando éste no haya abonado al contratista el importe del servicio contratado. Es un precepto que supone una excepción al principio general de la eficacia relativa de los contratos (art. 1257 CC), que tradicionalmente se ha dicho que tiene por objeto impedir que el empresario se enriquezca a expensas de los que contribuyeron a la ejecución de la obra. El crédito que sirve de fundamento para la interposición de la acción debe existir, ser exigible y ha de derivar del contrato de obra en cuya virtud el subcontratista ha realizado su labor. Además, conforme a la interpretación jurisprudencial consolidada, el subcontratista podrá ejercer dicha acción contra el dueño de la obra y simultáneamente contra el contratista, admitiéndose así el carácter solidario de dicha reclamación⁹. Se trata, en suma, de un precepto previsto en el contrato de arrendamiento de obra que como tal, puede aplicarse asimismo al contrato de transporte de mercancías que reviste la misma naturaleza jurídica. Trasladando, por tanto, su aplicación al ámbito del transporte de mercancías, debe interpretarse en el sentido de que un transportista efectivo que lleve a cabo un envío a instancia de un porteador contractual, podrá reclamar al cargador de éste el impago del porte adeudado por el porteador contractual, cuando el cargador no le hubiera abonado a este último el porte correspondiente.

Del tenor del art. 1597 CC se deduce, por tanto, que para que el subporteador pueda ejercer la acción directa contemplada en dicho precepto se requiere, además de que lógicamente, no haya percibido el porte correspondiente del porteador, que el cargador no haya pagado el porte al porteador contractual, que es quien le ha encomendado al subporteador o porteador efectivo la realización del transporte; y que dicho porteador contractual no esté en concurso, porque si lo estuviera, el art. 50.3º LC¹⁰ establece expresamente que el juez deberá en tal caso inadmitir dicha acción o, en

⁸ “Lo que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción directa contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquel cuando se hace la reclamación” (sobre su contenido y alcance, *vid.* en general, CODERCH S., “Art. 1597 CC”, *Comentario del Código Civil Vol. II*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 1207-1208).

⁹ *Vid.* recientemente STS 19 de marzo de 2013, con apoyo en numerosas sentencias anteriores en cuyo FD 3º señala expresamente “(...) que la acción de reclamación de deuda que le asiste (al subcontratista) opera en forma directa y la pueden dirigir tanto contra el dueño de la obra como contra el contratista o subcontratista anterior y asimismo frente a todos ellos simultáneamente al estar afectados y obligados en la relación contractual instaurada, que de esta manera se proyecta al comitente y, en tal caso, la responsabilidad de éste y del contratista es solidaria”.

¹⁰ “Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la declaración de concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieron su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra”, precepto que ha sido introducido por el

caso de que se hubiere entablado con anterioridad a la declaración de concurso, una vez que se produjera ésta, quedará en suspenso el procedimiento iniciado con la interposición de dicha acción (art. 51 bis 2º LC). En conclusión, esto significa que hasta la aprobación de la reforma de la LOTT la única posibilidad legal existente en nuestro ordenamiento de que el porteador efectivo pudiera reclamar al cargador contractual el impago del porte que se le adeudaba, se basaba en el art. 1597 CC, conforme al cual dicha acción directa sólo cabe ser ejercitada contra dicho cargador cuando tanto él como el porteador contractual hayan dejado de abonar el porte a su respectivo acreedor, y el porteador contractual no se encuentre en situación de concurso de acreedores. De forma que en los casos en que el cargador hubiera abonado el porte al porteador contractual, o éste estuviera en concurso antes del ejercicio de la acción directa o, incluso, después de que se haya producido dicha declaración, el porteador efectivo tendría vedada la posibilidad de hacer uso de dicha acción contra el cargador contractual¹¹.

3.1.3. La incidencia de la regulación concursal en el art. 1597 CC

Ciertamente la precaria situación del subcontratista cuando el contratista se halla en concurso se ha visto confirmada como ya se ha señalado tras la reforma de la LC acaecida en 2011. A pesar de ser titular de un derecho de crédito que merced al art. 1597 CC le legitima para poder reclamarlo al dueño de la obra por no haberlo pagado al contratista, la nueva regulación concursal le impide expresamente su ejercicio. Este efecto extraña, en primera instancia, porque no hay que olvidar que la acción directa del subcontratista no se dirige contra el contratista en concurso sino contra el de un tercero no concursado, ajeno completamente a la situación de concurso del contratista y por la cual no debería ver perjudicados sus derechos. Además, su condición de acción directa de naturaleza no subrogatoria, no parece que debiera poder ser objeto de suspensión (*ex art. art. 51 bis 2º LC*) en un procedimiento judicial dirigido a ejercitar una acción para el cobro de un crédito propio en el que no es parte la empresa concursada¹².

Sin embargo, las razones de la existencia de estas limitaciones al ejercicio de la acción directa no son difíciles de desentrañar y han sido invocadas incluso antes de que se produjera la reforma de la LC¹³. Por una parte, la exigencia de que el dueño de la

número treinta y nueve del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre).

¹¹ Sobre el alcance de la reforma del art. 50 LC en relación con la acción directa, *vid.*, entre otros, SANZ BOSCH, F.J., “Acción directa y concurso de acreedores”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* n. 15 (2011), p. 283 ss; más recientemente, SANJUAN Y MUÑOZ, E., “Sobre la acción directa del art. 1597 CC y el concurso de acreedores” *Anuario de Derecho Concursal* n. 33 (2014), p. 433 ss.

¹² Se muestra crítico con esta cuestión de la reforma, en lugar de muchos, ALONSO-CUEVILLAS, J., “Aspectos procesales de la Ley Concursal (Ley 38/2011)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* n. 16 (2012), p. 43 ss.

¹³ Como lo declara expresamente la STS de 11 de diciembre de 2012, FD 3º, “el precepto (reformado) no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmado el principio de especialidad concursal”.

obra, esto es, el cargador, haya dejado de pagar al contratista, esto es, al porteador contractual, obedece a la necesidad de que la causa del impago del porteador contractual venga motivada por el hecho de que el cargador, esto es, el dueño de la obra, no le ha abonado lo que se había comprometido a satisfacer. Es lógico que sólo surja el derecho a reclamar dicho impago contra quien no lo haya satisfecho, porque reconocer dicha acción contra un dueño de la obra-cargador que hubiera pagado el porte al contratista-porteador, podría traer consigo el riesgo de que tuviera que hacer frente dos veces a la misma obligación de pago, con el sobre coste económico y procesal que ello pudiera suponerle, sin perjuicio de que posteriormente reclamase al porteador contractual que le restituyera el importe abonado doblemente. Y, por otra parte, la necesidad de eliminar la posibilidad de que el dueño de la obra, esto es, el cargador, pueda ser objeto de dicha acción directa cuando el contratista hubiera sido declarado en concurso a fin de que no se perjudique injustificadamente su situación¹⁴. En este sentido hay que tener en cuenta que si se admite la acción directa cuando el contratista ha caído en concurso, ello conlleva que la acción directa se convierta en una vía alternativa de reclamar al cargador lo que no puede hacerse de forma singular contra el porteador incurso en concurso. Pero es que además permitir dicha acción directa contra el cargador no sólo sería perjudicial para aquel, al ser el receptor de una reclamación que inicialmente le correspondería ventilar al contratista en concurso, sino que también perjudicaría los intereses del concurso en cuestión, ya que generaría un crédito nuevo ante la masa del concurso de naturaleza privilegiada perjudicando al resto de los acreedores del concurso.

3.2. El antecedente extranjero: la Ley Gaysot

La conveniencia de introducir en el ordenamiento una forma de garantizar el cobro del porte de los transportistas cuando su cliente no se lo abone ha sido, como se ha señalado anteriormente, una de las reivindicaciones que con más insistencia ha reclamado el sector del transporte por carretera. Es importante analizar con detalle el contenido de la mencionada normativa francesa, la conocida *Ley Gaysot* por ser el nombre del ministro de transporte que la propuso, porque en el sector del transporte por carretera se ha invocado a menudo como una suerte de “solución mágica” cuya implantación en nuestro ordenamiento produciría la práctica desaparición de los problemas de impagos en materia de transporte.

Abordando el estudio de dicha norma se advierte que desde su aprobación en 1998, el derecho francés cuenta con un instrumento jurídico específico a través del cual el porteador efectivo pueda reclamar al cargador el porte que el contratante de sus servicios no le hubiera satisfecho. En concreto, el art. 132-8 *Code de Commerce* modificado por dicha reforma establece que “[L]a carta de porte forma un contrato entre el cargador, el transportista y el destinatario o entre el cargador, el comisionista de

¹⁴ *Vid.*, expresamente STS de 19 de marzo de 2013, STS de 11 de diciembre de 2013. También se alinea en esta dirección, recientemente, en lugar de muchos, SANJUAN Y MUÑOZ, “Sobre la acción directa del art. 1597 CC”, *op. cit.* p. 450-452.

transporte y el comisionista. El transportista tiene una acción directa contra el cargador y el destinatario por el impago de sus servicios, los cuales son garantes del pago del precio del transporte. Toda cláusula contraria se tendrá por no puesta”. Es un precepto aparentemente claro, de carácter marcadamente imperativo, que establece la obligación de que tanto el cargador como el destinatario son responsables del pago del porte al transportista, de forma que éste puede dirigirse indistintamente contra cualquiera de ellos para conseguir cobrar el porte que se le adeude. Su novedad radica en hacer al destinatario corresponsable del pago del precio del transporte aunque él no sea propiamente el deudor de la prestación. De este modo se convierte en una especie de garante complementario del pago de los servicios de transporte aunque en el contrato no se haya previsto que esté obligado a efectuar dicho pago. Se concibe, en suma, como un derecho originario que tiene carácter de garantía legal sui generis adecuada para la interposición de una acción de cobro simplificada¹⁵.

En cualquier caso, el precepto ha desplegado más efectos en el mercado del transporte francés de lo que inicialmente se infiere de una lectura literal de su contenido. La legitimación del porteador efectivo para reclamar el porte impagado al cargador cuando el porteador contractual no se lo ha abonado, ha recibido un importante refuerzo jurisprudencial, al declararse que el cargador o el destinatario no podrán oponer al porteador efectivo que ejercite dicha acción directa que el pago ya lo han efectuado anteriormente. La *Cour de Cassation* en diferentes resoluciones judiciales extiende expresamente el alcance del precepto, al admitir, en suma, la regla del doble pago, pues considera que el cargador y el destinatario son garantes del pago del porte y que, por tanto, aunque lo hayan satisfecho al porteador, deben abonarlo nuevamente al porteador efectivo si éste no lo hubiera recibido del porteador¹⁶. Desde el momento en que el transporte se ha ejecutado y se ha devengado la obligación de pago del porte, cualquiera de ambos puede ser requerido a su pago, con independencia de que lo hubieran satisfecho anteriormente a su contraparte contractual, esto es, al porteador. Se ha consolidado, por tanto, la interpretación judicial que considera que el ejercicio de la acción directa del transportista efectivo no está subordinado al impago del porte por el cargador contractual¹⁷.

Asimismo, el alcance de dicha acción también se ha extendido a los transportes internacionales sometidos al CMR. Así, se ha considerado que si en un transporte internacional no se ha satisfecho el porte al porteador, éste podrá ejercer la acción

¹⁵ *Vid., in extenso*, BON-GARCIN, I. /LETACQ, F., “Las garantías de pago al transportista por carretera en el derecho francés: acción directa y derecho de retención”, *Actualidad jurídica del transporte por carretera*. In *Memoriam F.M. Sánchez Gamborino*, Madrid, 2005, p. 319 ss, especialmente p. 321-322.

¹⁶ Se hace eco de dicha orientación jurisprudencial, BON-GARCIN/LETACQ, “La jurisprudence française sur l’action directe en paiement dans le transport routier de marchandises”, *Transidit* n. 41 (2004), p. 1-2.

¹⁷ Sin embargo, se admite que dicha acción directa no puede ser ejercitada en los casos en que el cargador hubiera prohibido expresamente al porteador contractual toda sustitución, esto es, cualquier tipo de subcontratación que permitiera que el transporte encomendado pudiera ser ejecutado a través de otros operadores o porteadores (*cf.* Cass Com. 28 de enero de 2004) siempre que dicha prohibición hubiera sido recogida de forma expresa en la carta de porte.

directa contra el cargador o el destinatario para obtener el cobro del porte que se le adeuda si el derecho francés resulta aplicable, lo que podrá suceder cuando el transportista sea francés y la carga o descarga de la mercancía del transporte se haya realizado en Francia¹⁸, al guardar el CMR un silencio absoluto sobre estas cuestiones y remitirse indirectamente al derecho nacional aplicable en aquellos aspectos que no han sido objeto de expreso tratamiento en dicha normativa internacional. Esta interpretación, sin embargo, impide que dicha acción directa pueda ser ejercitada por transportistas extranjeros aunque hayan participado en la ejecución de un transporte internacional de mercancías que haya sido cargado o descargado en Francia. Esta exclusión ha generado una amplia polémica por la evidente consecuencia discriminatoria que depara dicha aplicación restrictiva en un mercado como el francés en el que por su ubicación central en la geografía europea es frecuente que intervengan muchos operadores de transporte no franceses en la ejecución de envíos que tienen su origen o destino dicho país. Para neutralizar la aplicación limitada de la Ley *Gayssot* se ha alegado que dicha norma no sólo tiene carácter imperativo sino que, además, es una norma de orden público. Sin embargo, tal opinión no ha sido respaldada jurisprudencialmente¹⁹, por lo que hoy en día todavía quedan muchas cuestiones abiertas sobre el posible ejercicio de la acción directa por transportistas que no revistan la nacionalidad francesa.

Estas dudas no impiden, sin embargo, concluir que la Ley *Gayssot* ha desplegado importantes efectos en el mercado francés del transporte por carretera. Los transportistas franceses han podido a lo largo de los últimos años utilizar la acción directa contra su cargador y contra el destinatario de las mercancías con el fin de obtener el cobro de los portes que se le adeudan, incluso cuando el sujeto reclamado había satisfecho previamente dicho importe al operador del transporte contratado por el porteador reclamante. Sin embargo, conviene destacar que dicha situación ha sido objeto también de importantes críticas por los contratantes de los servicios de transporte que se han visto obligados a afrontar por partida doble el pago de tales servicios de transporte, perjudicando ostensiblemente sus derechos y su situación financiera.

¹⁸ A esta conclusión ha llegado la doctrina francesa invocando inicialmente el art. 4.4º del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales según el cual "(...) en este contrato (de transporte), si el país en el que el transportista tiene su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato fuere también aquel en que esté situado el lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor, se presumirá que el contrato tiene sus vínculos más estrechos con este país" y, por tanto, siguiendo el tenor del art. 4.1º del Convenio se entenderá que es el derecho francés por ser la ley del país con el que el contrato de transporte tiene en esos casos los vínculos más estrechos. Dicho argumento se ha corroborado posteriormente con la promulgación del Reglamento (CE) N° 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), en cuyo art. 5.1 expresamente se señala que "[E]n defecto de elección de ley aplicable al contrato para el transporte de mercancías (...) la ley aplicable será la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de recepción o el lugar de entrega también estén situados en ese país (...)"

¹⁹ *Vid.*, Cass Comm. de 13 de julio de 2010 en la que expresamente se ha considerado que la Ley *Gayssot* no es una norma de orden público y que, por tanto, sólo resultará aplicable cuando así se derive de las normas de remisión derivadas del Reglamento Roma I.

También se ha entendido que dicha norma ha tenido un efecto indudablemente proteccionista en el sector del transporte por carretera porque ha favorecido exclusivamente a los transportistas franceses sin que el resto de operadores del transporte de otros países hayan podido hacer uso de dicho instrumento.

3. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA A TRAVÉS DE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

La Disposición Adicional Sexta de la Ley 9/2013 de 4 de julio que consagra la nueva acción directa del subporteador contra el cargador contractual y el resto de los contratantes anteriores del servicio de transporte ha tenido, sin embargo, una trayectoria parlamentaria bastante azarosa. En el momento inicial de su aprobación por el Gobierno y de su tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados, el Proyecto de Ley que modifica la LOTT (BOCG de 21 de diciembre de 2012, Serie A 121/000032), señalaba en su Disposición Adicional Sexta que “[E]n los supuestos de intermediación en la contratación de transportes terrestres, el transportista que efectivamente haya realizado el transporte tendrá acción directa contra el cargador principal hasta el importe que éste adeude al intermediario de la reclamación”. Se trataba, en suma, de una regulación que tenía como objeto reproducir en el ámbito del transporte la regulación de la acción directa propia del contrato de obra. De forma sintética puede decirse que dicha regulación contemplaba una suerte de acción directa del porteador efectivo contra el cargador cuando éste no hubiera abonado el porte al porteador y, éste, en consecuencia, tampoco lo hubiera hecho al porteador efectivo. Aunque en puridad la introducción de este instrumento legal en el ámbito del contrato de transporte terrestre de mercancías no era necesaria al estar prevista en la regulación del contrato de arrendamiento de obra, la conveniencia de disipar cualquier duda sobre la aplicación de este instrumento en el ámbito del transporte terrestre es lo que explicaba su inclusión en la reforma de la LOTT.

Más discutible resulta que haya sido precisamente en esta norma en la que se haya incluido dicho tratamiento. La normativa que regula el mercado del transporte, el modo de acceso de los operadores, sus requisitos de funcionamiento y el control que sobre su cumplimiento corresponde ejercer a la administración, no parece que constituya la sede más adecuada en la que residenciar la regulación de una modalidad específica de reclamación por incumplimiento de pago del porte. En cualquier caso nuestra crítica no se formula porque se haya utilizado la reforma de la LOTT para incorporar este nuevo instrumento en el ordenamiento interno, sino porque en lugar de insertar dicho nuevo tratamiento en la LCTTM, norma en la que se regulan específicamente este tipo de aspectos, la Disposición Adicional Sexta en la que se incluye la acción directa no se remite a la LCTTM quedando en una suerte de limbo jurídico, aislada de cualquier normativa, e impidiendo, en primera instancia, que las dudas o aspectos no contemplados expresamente puedan ser solventados a través de la correspondiente interpretación sistemática.

Este evidente fallo de orden sistemático no ha sido corregido a lo largo de la tramitación parlamentaria. Durante todo el procedimiento de gestión de la norma no hubo enmiendas dirigidas a corregir la anómala sistemática del precepto. Sin embargo, durante dicha tramitación se produjo un cambio de gran calado en dicho precepto. Como consecuencia de las presiones del sector del transporte, el contenido de la Disposición Adicional Sexta experimentó un profundo cambio. Así, durante la tramitación en el Congreso se presentó por el partido del Gobierno la enmienda núm. 173 que modificaba completamente el tenor del precepto al establecer que “[En los supuestos de intermediación en la contratación de transportes terrestres, el porteador tendrá acción contra el cargador principal y todos los que, en su caso, le hayan precedido en la cadena de la subcontratación, hasta el importe que estos adeuden a quienes les han sucedido al tiempo de la reclamación (...)]”. La razón que se esgrimía en la enmienda es que en el mercado español del transporte las cadenas de intermediación son a veces muy largas, con abundantes subcontrataciones sucesivas, por lo que resulta conveniente otorgar el mismo derecho para reclamar no sólo contra el cargador principal sino contra cualesquiera que le hubieran sucedido en la cadena de contratación en la medida en que todos se benefician de la realización del transporte y perciben sus respectivas remuneraciones por dicha ejecución.

La enmienda fue finalmente aprobada en el Congreso (BOCG de 29 de abril de 2013, 121/000032, Serie A Num. 32-3) y posteriormente ratificada en el Senado en sus mismos términos, procediéndose a su promulgación en la Ley 9/2013 de 4 de julio (BOE de 5 de julio de 2013). En la norma el tenor de la Disposición Adicional Sexta reproduce en sus mismos términos el contenido de la enmienda presentada por el Gobierno, que modifica sustancialmente la redacción original del Proyecto de Ley. Desde luego, y sin perjuicio del análisis que se va a abordar a continuación, conviene subrayar que supone un cambio sustancial del modelo normativo actual. Va mucho más allá del contenido del art. 1597 CC, convirtiéndose de esta forma en un instrumento único y específico del contrato de transporte terrestre, muy alejado de la tradicional acción directa y tendiendo más bien a una suerte de modalidad de garantía de pago suplementaria que va a ser objeto de un análisis en profundidad a continuación.

4. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LA NUEVA ACCIÓN DIRECTA

La Disposición Adicional Sexta de la reformada LOTT constituye, por tanto, un nuevo y casi revolucionario tratamiento, podríamos decir, en el panorama de la regulación del contrato de transporte terrestre en nuestro ordenamiento. El cambio de orientación que ha sufrido durante la tramitación parlamentaria ha traído consigo que la regulación actual suponga una forma de reclamar el impago de portes absolutamente novedosa. Los operadores del transporte cuentan con una modalidad de reclamación de sus portes que amplía sus posibilidades de cobro significativamente al permitir, en principio, que el porteador efectivo pueda plantear su reclamación por el impago del porte no sólo contra quien les ha requerido el servicio sino contra todos aquellos que con anterioridad a él lo

hubieran solicitado. Se trata de una solución excepcional que con el objeto de proteger a los operadores del transporte por carretera, el legislador ha atribuido a los porteadores que hubieren ejecutado transportes y no hubieran podido percibir el porte correspondiente.

Como premisa debe señalarse que el régimen de la nueva acción es de carácter imperativo, esto es, indisponible para las partes firmantes del contrato de transporte interno de mercancías por carretera²⁰. Dicho carácter, a pesar de no estar expresamente indicado, cabe deducirlo, por una parte, del propio tenor coercitivo de la Disp. Adicional Sexta de la LOTT en la que se recoge; y, por otra parte, de su propia ubicación sistemática. La LOTT es una norma jurídico-pública dirigida a ordenar el mercado de transporte para lo cual su regulación tiene un marcado carácter imperativo como consecuencia de que su cumplimiento es obligatorio para los intervinientes en el mercado²¹. Pero es que incluso si se hubiera incorporado en la LCTT, su sede más idónea como ya se ha puesto de relieve, también debería haberse concebido como una regulación imperativa, de igual forma que, por ejemplo, lo es la Ley *Gayssot* que tanto ha servido de referencia. En este sentido, conviene advertir que dicho carácter indisponible es la única forma de que la acción directa tenga alguna virtualidad práctica, ya que si se considerase que es una norma de carácter dispositivo sería fácilmente relegable por cualquier cargador incluyendo la correspondiente cláusula exoneradora en los contratos suscritos con los operadores del transporte. Este carácter imperativo, sin embargo, no impide admitir que su aplicación puede tropezarse con serias dificultades, especialmente cuando pueda entrar en colisión con otras normas jurídicas existentes en nuestro ordenamiento, como se pondrá de relieve posteriormente²².

Después de precisar el carácter de la nueva regulación examinada, corresponde ahora adentrarse en el análisis de las características que reviste la nueva acción directa consagrada en la Disposición Adicional Sexta con el fin de calibrar la utilidad funcional que va a desplegar y, sobre todo, las dudas o dificultades que su puesta en marcha puede traer consigo:

²⁰ Sin embargo, existen dudas razonables sobre si el impago que se produzca en los contratos de transporte internacional de mercancías por carretera sometidos al CMR puedan ser objeto de reclamación a través de la acción directa. En este sentido, siguiendo las directrices del Reglamento (CE) N° 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), en cuyo art. 5.1 expresamente se señala que “[E]n defecto de elección de ley aplicable al contrato para el transporte de mercancías (...) la ley aplicable será la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de recepción o el lugar de entrega también estén situados en ese país (...)”, cabe concluir que resulta admisible el ejercicio de la acción directa en un transporte internacional si se formula en España por un transportista español (sobre estas cuestiones son de utilidad las reflexiones realizadas en relación con la Ley *Gayssot*; *vid., supra* n° 18).

²¹ Difiere, sin embargo, de dicha opinión LÓPEZ PEDRÓS, A., “La acción directa en el transporte terrestre”, *Revista de Derecho Mercantil* n. 293 (2014), p. 297-298, cuando señala que pese a dichos aspectos, debe entenderse que la regulación promulgada de la acción directa es dispositiva.

²² *Vid., in extenso, infra* V.

a) Lo primero que debe destacarse es que se trata de una acción que sólo puede ejercitar quien ha realizado efectivamente un transporte. La legitimación para plantear este tipo de acción recae exclusivamente en el sujeto que ha ejecutado materialmente el transporte, esto es, el porteador efectivo (art. 4.3º LCTTM), el sujeto a quien el porteador contractual encarga la realización material del transporte²³. El instrumento protector se atribuye, por tanto, exclusivamente al operador que efectivamente ha realizado el transporte a instancia del porteador que lo ha asumido. La razón que parece explicar dicho reconocimiento exclusivo radica en la supuesta necesidad de proteger al eslabón más débil de la cadena de la subcontratación en el transporte por carretera, el porteador efectivo, por ser a menudo un operador de reducida dimensión empresarial, carente de la organización empresarial necesaria para poder plantear dicho tipo de reclamaciones, así como de los recursos financieros propios para soportar dichos impagos. Por lo tanto, no podrán utilizar esta vía de reclamación quienes hayan asumido la realización de un transporte pero no se hayan hecho cargo de su ejecución material. Los porteadores que hayan participado en un transporte que no revistan la condición de porteador efectivo han quedado, en suma, excluidos de esta posibilidad de reclamación.

b) En segundo lugar, debe destacarse que se trata de una acción que puede dirigirse no sólo contra el cargador contractual del porteador, sino contra todos los sujetos que hubieran solicitado con anterioridad a dicho cargador la realización del transporte. En tal sentido es una regulación de un tipo de acción que en puridad no debería ser denominada directa como tal, porque no se dirige exclusivamente contra el cargador contractual, sino también contra todos los anteriores a él que hubieran solicitado la realización de dicho transporte. Supera, por tanto, el alcance subjetivo de la acción directa del art. 1597 CC cuyo perímetro de actuación se circunscribe al dueño de la obra, esto es, al cargador que ha contratado con el porteador la realización del transporte ejecutado por el porteador efectivo a quien se le adeuda su porte, aunque conviene recordar que jurisprudencialmente sí se había admitido su aplicación a contratantes anteriores (cfr, por ejemplo, STS de 19 de marzo de 2013). La nueva regulación extiende expresamente la aplicación de la acción directa a todos los intervinientes en la cadena de subcontratación del transporte que hayan solicitado la realización de dicho transporte con anterioridad al cargador contractual del porteador efectivo. Dicha amplitud obedece a la necesidad, ciertamente discutible, de extender la legitimación pasiva de la reclamación a todos los que hubieran propiciado la solicitud del servicio de transporte, haciéndoles responsables del impago del porte de los operadores que con posterioridad a ellos hubieran contratado el transporte y no lo hubieran satisfecho al porteador efectivo.

²³ En este mismo sentido, recientemente LÓPEZ PEDRÓS, “La acción directa en el transporte terrestre”, *op.cit.*, p. 292-293, quien subraya esta característica al exigir que para poder ejercer dicha acción el porteador efectivo debe ser empresario, disponer de vehículos con capacidad de tracción propia y haber transportado las mercancías en dichos vehículos de su titularidad.

c) En tercer lugar, también cabe destacar que dicha reclamación sólo se entablará cuando no hubiera cobrado el porte adeudado por el porteador que le hubiera contratado. Es una fórmula de reclamación supeditada al incumplimiento del pago del porte al porteador efectivo. No cabe su ejercicio si el porteador que ha contratado al porteador efectivo ha satisfecho su pago. Sin embargo, el problema se puede plantear a la hora de establecer el momento en que dicho impago se ha producido. En principio, el porteador efectivo habrá de esperar a que venza el plazo fijado legal o contractualmente, y sólo después de que se haya superado sin éxito, podrá interponer la reclamación contra el cargador o contra los contratantes del transporte anteriores a éste. Debe tratarse, en suma, de un crédito vencido y exigible, que no se ha satisfecho puntualmente y que deriva directamente del impago del servicio de transporte²⁴.

Para el ejercicio de esta acción directa, no es necesario, de igual forma que sucede en el art. 1597 CC, que el deudor del porte esté en una situación de insolvencia. Basta que el porteador que le ha contratado se encuentre en mora de su obligación de pago, para que el porteador efectivo pueda ejercitar la acción directa con el cargador o los anteriores solicitantes de sus servicios de transporte. Para considerar que se encuentra en mora, en los términos más arriba reseñados, se entiende que el porteador efectivo deberá haber intimado al porteador sin éxito a que le abone el porte sin éxito. Sólo cuando éste no haya hecho frente a dicho pago, podrá proceder a hacer uso de la acción directa contra el cargador o contra los anteriores solicitantes del servicio de transporte realizado²⁵. Debe haber, por tanto, una situación de mora de la obligación de pago del porte que se habrá producido como consecuencia del vencimiento del plazo de pago del precio del transporte y de la correspondiente reclamación judicial o extrajudicial al deudor del porte entablada de modo formal o informal por el porteador efectivo siempre que, a efectos de prueba, quede constancia de su formulación.

d) Finalmente, la última característica que merece ser destacada es que el ejercicio de la acción directa puede emprenderse con independencia de que el reclamado hubiera o no satisfecho el porte al operador de transporte a quien hubiera encargado su ejecución. Esta es la novedad más relevante de la nueva regulación, ya que no supedita el ejercicio de la acción directa contra el cargador a que éste no haya abonado el porte al porteador contractual. La acción directa del porteador efectivo existe independientemente de la existencia del crédito del porteador frente a su cargador²⁶.

²⁴ Están excluidos, por tanto, del ámbito de la acción directa los impagos que no resulten directamente de los servicios de transporte. Así, el impago de los servicios logísticos, aduaneros, de gestión documental y cualesquiera otros que estén vinculados con la realización de transportes no podrán ser objeto de reclamación a través de esta vía.

²⁵ En el mismo sentido, LÓPEZ PEDRÓS, “La acción directa en el transporte terrestre”, *op.cit.*, p. 294.

²⁶ Lo subraya asimismo LÓPEZ PEDRÓS, “La acción directa en el transporte terrestre”, *op.cit.*, p. 296 incidiendo para ello en que esa ha sido la voluntad del legislador, puesto que ha sido en el trámite de enmiendas donde se ha eliminado el requisito previsto en el Proyecto de Ley que limitaba la acción directa “hasta el importe que éste adeude al intermediario al tiempo de la reclamación”. Dicha supresión ha traído consigo que para el ejercicio de la acción directa no se requiera la subsistencia del crédito del porteador frente al cargador.

Cabe, por tanto, que el porteador efectivo reclame al cargador el porte que, sin embargo, éste ya ha pagado al porteador contractual, cuando dicho porteador contractual no se lo hubiera liquidado. En este aspecto es en el que la nueva acción directa se separa significativamente del régimen general previsto en el art. 1597 CC. La posibilidad de que se pueda reclamar al cargador o a cualquier otro operador que hubiera solicitado el servicio de transporte que finalmente no ha sido abonado al porteador efectivo, aunque aquellos hubieran satisfecho a su contraparte contractual el pago acordado produce dos efectos. Por una parte, incrementa notablemente la protección del porteador efectivo al extender el perímetro de reclamación a todos los sujetos que hubieran solicitado el servicio de transporte que no le ha sido abonado al porteador efectivo reclamante. Pero, por otra parte, perjudica seriamente los intereses del cargador y de los operadores que han cumplido adecuadamente su obligación de abonar el porte a su contraparte contractual, porque en tal caso pueden verse obligados a pagar dicho porte una segunda vez, en esta ocasión, al porteador efectivo, sin perjuicio de que tenga después derecho a repetir contra el porteador contractual reclamándole la devolución de lo abonado al porteador efectivo. La forma del cargador de evitar que pueda ser objeto de este tipo de acciones es prohibir en el contrato de transporte que suscriba con el operador de transporte que éste último pueda delegar los servicios asumidos en otro porteador. De este modo, se veda de raíz la posibilidad de que se plantee una acción directa, ya que al no celebrarse un subcontrato no podrá emerger la figura del porteador efectivo imprescindible para que pueda tener lugar la acción directa²⁷.

5. OBSTÁCULOS NORMATIVOS A SU APLICACIÓN

5.1. En el ámbito de la regulación del contrato de transporte

La consagración de la nueva acción directa en el ordenamiento regulador del transporte terrestre está llamada inicialmente a jugar un papel relevante en la configuración del mercado de transportes de mercancías por carretera. Sin embargo, su aplicación va a tropezar con serias dificultades por las peculiares circunstancias normativas en las que se ha alumbrado dicho nuevo instrumento jurídico. Su ubicación, o quizás habría que decir mejor, su desubicación sistemática, la parquedad de su regulación, la ausencia de

²⁷ Si el operador del transporte hace caso omiso a esa prohibición de subcontratación y contrata a un porteador efectivo para que realice el transporte que aquel había asumido, el porteador efectivo no podrá, sin embargo, ejercitar la acción directa. Por una parte, porque resultaría absolutamente injusto que el cargador contractual tuviese que hacer frente a dicha acción cuando expresamente ha introducido en el contrato con el operador de transporte la cláusula que evita dicha posibilidad; y, sobre todo, porque de admitirse el ejercicio de dicha acción se estaría vaciando de contenido y utilidad el contrato suscrito por el cargador con su operador de transporte impidiéndole todo tipo de defensa contractual preventiva frente a la nueva acción directa (se muestra, por el contrario, favorable a admitir el ejercicio de la acción directa en estos casos, LÓPEZ PEDRÓS, “La acción directa en el transporte terrestre”, *op.cit.*, p. 293-294).

expresa fundamentación son, entre otros, factores que explican los problemas a los que se va a enfrentar el intérprete del derecho a la hora de ejercitar dicha acción directa.

El primer ámbito en el que dichas dificultades se suscitan es en el orden sistemático. Como ya se ha destacado, la regulación de la acción directa se encuentra residenciada en la Disposición Adicional Sexta de la LOTT. Sin embargo, esta norma, que va a ser objeto de refundición con la norma original en un Texto Refundido, como indica la propia reforma de la LOTT, no va a ser incluida en dicho nuevo texto. La razón es fácil de entender. Como se trata de una disposición que no forma parte de la LOTT no puede ser objeto de incorporación en su Texto Refundido. Desde ese punto de vista, nada hay que reprochar a dicha forma de proceder porque efectivamente la Disposición Reguladora de la acción directa no forma parte de la LOTT ni, por tanto, debe hacerlo de su Texto Refundido. Este hecho supone que la Disposición Adicional Sexta quede en una suerte de “limbo” jurídico fuera de toda normativa reguladora del transporte terrestre. Esta orfandad normativa tiene importantes efectos jurídicos porque impide que los aspectos carentes de tratamiento en la regulación de la acción directa puedan ser completados a través de la interpretación sistemática, esto es, a través de la normativa en la que se integra. Al haber sido regulada de forma aislada, al margen de cualquier normativa, dicha carencia impide que sus lagunas puedan ser colmadas por la regulación en la que se residencia. De este modo, temas tan relevantes como la naturaleza jurídica de la acción, su plazo de ejercicio, el *dies a quo* y el *dies ad quem*, la posibilidad de interrupción de la acción, el carácter o no solidario de la misma, su carácter subrogatorio o reembolsatorio, quedan, entre otros muchos aspectos, sin respuesta por el grave error sistemático que ha supuesto la consagración de dicha nueva acción al margen de toda normativa reguladora.

La mejor forma de resolver este grave problema sistemático-interpretativo sería introduciendo esta normativa dentro de la regulación propiamente del contrato de transporte terrestre, esto es, dentro de la LCTTM. La integración de la acción directa, siquiera como Disposición Adicional en la LCTTM, permitiría que muchos de los interrogantes que arroja la actual regulación de este instituto pudiesen ser resueltos, en gran parte, aplicándoles los postulados generales de la LCTTM. La aplicación de los plazos generales de prescripción de un año (art. 79 LCTTM), la posibilidad de interrupción del plazo de su reclamación, el carácter no solidario de la reclamación, y su carácter subrogatorio, serían consecuencias directas de la interpretación sistemática de la acción directa dentro de la LCTT, de tal forma que la mayoría de las cuestiones planteadas podrían ser respondidas sin especiales dificultades, sin perjuicio de que algunas quedasen pendientes de ulteriores precisiones.

Ahora bien, en tanto que no se produzca una actuación del legislador en tal sentido, es necesario tratar de buscar los medios o criterios de interpretación de la norma que permitan su adecuada y coherente aplicación. En tal sentido, visto el silencio que la Disposición Adicional Sexta guarda sobre aspectos de gran incidencia práctica en el ejercicio de dicha acción directa, habría que recurrir a la interpretación teleológica del precepto para conseguir dotar de contenido a las cuestiones planteadas. Como es sabido, la interpretación teleológica se entiende como la interpretación de la norma realizada de

acuerdo con los fines cognoscibles de la regulación²⁸. No resulta fácil indagar en los fines concretos que esta norma perseguía, porque como se ha puesto de relieve, no figuraba en el Proyecto de Ley inicial y fue escaso el fundamento jurídico que acompañó a la enmienda que propició su inclusión en el texto definitivo. En cualquier caso, resulta patente que el objeto de la acción directa recién consagrada, esto es, su *ratio legis*, reside en reforzar la posición de los porteadores efectivos, atribuyéndoles el derecho a reclamar el impago de portes contra sujetos con los que no tiene relación contractual, pero que, de alguna forma, son corresponsables de dicho impago al haber sido quienes han solicitado inicialmente el transporte que no ha sido abonado al porteador efectivo²⁹.

Se trata, en suma, de una acción contra el cargador contractual y los anteriores solicitantes del servicio, que se deriva, no obstante, del incumplimiento del contrato de transporte por parte del sujeto que lo ha contratado con el porteador efectivo. Es una acción especial que el ordenamiento ha considerado conveniente atribuir expresamente al porteador efectivo cuando éste no haya recibido su porte de quien le había contratado. El elemento desencadenante de la acción es el incumplimiento del contrato de transporte. Es por todo ello por lo que cabe concluir que todos aquellos interrogantes que arroja la insuficiente regulación de este instituto deberían ser resueltos aplicando la regulación que prevé los incumplimientos del contrato de transporte, esto es, la LCTTM. De este modo, el plazo para su ejercicio, la forma de su ejercicio, los efectos que despliega y las demás cuestiones directamente relacionadas con el alcance de la acción directa podrían quedar, en cierta medida, resueltas³⁰. Sin embargo, hay que reconocer que la aplicación de esta interpretación teleológica no está exenta de dificultades. No es infrecuente, acudir a este expediente interpretativo para colmar las lagunas de una institución de nuestro derecho. Pero resulta menos habitual que dicha aplicación se haga efectiva cuando el legislador, pudiendo, no ha llevado a cabo la tarea que podía haber evitado dicho ejercicio interpretativo. Y además, la cobertura que se pretende realizar a través de esta interpretación teleológica no se limita a un aspecto puntual, sino que trata de reconstruir en su conjunto la disciplina aplicable a la acción. Todo ello nos invita a vaticinar serios problemas prácticos a la hora de conseguir que los operadores interpreten de una manera uniforme todos estos aspectos, lo que perjudica, en definitiva, la aplicación práctica de la nueva acción directa consagrada.

²⁸ Vid. literalmente LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho* (trad. Rodríguez Molinero), 1994, p. 330.

²⁹ Así también LÓPEZ PEDRÓS, “La acción directa en el transporte terrestre”, *op.cit.* p. 296, con ulteriores referencias.

³⁰ A esta conclusión también llega LÓPEZ PEDRÓS, “La acción directa en el transporte terrestre”, *op.cit.* 299-300, aplicando a la acción directa el plazo de prescripción del art. 79 LCTTM y requiriendo, para que la reclamación interrumpa la prescripción, que el porteador efectivo reclame a todos los supuestos responsables del pago de porte, esto es, al porteador que lo contrató y a los cargadores que hubieren contratado anteriormente dicho servicio.

5.2. En el ámbito de la regulación concursal

La consagración de la acción directa del transportista efectivo colisiona también con los arts. 50.3º y 51 bis LC promulgados tras la reforma operada por la Ley 38/2011 de 10 de octubre. Anteriormente se ha analizado en profundidad el impacto que la nueva redacción de ambos preceptos ha desplegado en el art. 1597 CC, llegándose a la conclusión de que el porteador efectivo no podrá reclamar al cargador ni a cualquier otro solicitante de sus servicios de transporte su porte impagado cuando el porteador que le hubiese contratado y no se lo hubiera satisfecho, se encuentre en concurso de acreedores. Pues bien, a nuestro juicio, la nueva acción directa consagrada en la Disp. Adicional Sexta de la LOTT también resulta inaplicable en los casos en que el porteador, solicitante de los servicios de transporte del porteador efectivo, se encuentre en concurso de acreedores. Las razones expuestas con anterioridad respecto a la acción directa del art. 1597 CC son igualmente predicables³¹. La necesidad de proteger los intereses del concurso y de los acreedores afectados por dicha situación constituyen un elemento incuestionable a la hora de ponderar el papel de los instrumentos jurídicos colaterales dirigidos a obtener el cobro del porte adeudado. Si dicha exigencia resulta prioritaria en el contrato de arrendamiento de obra en general al relegar la aplicación al art. 1597 CC, no se advierte la existencia de argumentos que excepcionen dichos efectos en el caso de que la acción directa tenga su base en la Disp. Adicional Sexta de la LOTT.

Por una parte, porque la mencionada disposición en ningún momento prevé o contempla la posibilidad de que se conserve dicha acción directa cuando el porteador contratante del servicio se encuentre en concurso. Y por otra parte, porque la acción directa ciertamente es un instrumento excepcional, concebido para que los porteadores efectivos puedan obtener el cobro de sus portes cuando su contraparte contractual no se lo haya satisfecho. Sin embargo, sin existir una previsión legal expresa, no hay ninguna justificación por la que en el ámbito del transporte por carretera, y de forma discriminatoria respecto de cualquier otro titular de un crédito impagado en un contrato de arrendamiento de obra, se reconozca a los porteadores efectivos un derecho de cobro especial cuando su contraparte estuviera en concurso, porque supondría un perjuicio evidente de la situación del cargador o solicitante del servicio de transporte que lo hubiere abonado al concursado y que, en caso de tener que hacer frente a la acción directa, vería totalmente mermadas sus posibilidades de recobrarlo en el caso de que ya lo hubiera satisfecho. No pueden compartirse por ello opiniones que conciben los preceptos de la LC como una suerte de limitación de derechos que no deben ser interpretadas de forma restrictiva y no aplicables de forma analógica³², porque la legislación concursal no puede ser concebida como una normativa limitativa de derechos, sino que, entre otros fines, trata de proteger de forma igualitaria los derechos de los créditos concursales, lo que no se conseguiría si se admitiera que una norma al

³¹ *Vid. supra in extenso* III.1.3º.

³² *Vid.*, así, por ejemplo, LÓPEZ PEDRÓS, “La acción directa en el transporte terrestre”, *op.cit.*, p. 298.

margen del marco concursal, como es la Disp. Adicional Sexta de la LOTT, pudiera interferir y desfigurar dicho sistema.

5.3. En el ámbito de las Juntas Arbitrales de Transporte

Las Juntas Arbitrales de Transporte, según la versión actual del art. 38 LOTT modificado por la Ley 13/1996 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, establece que corresponde a dichas Juntas resolver “(...) las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte cuando, de común acuerdo, sean sometidas a su conocimiento por las partes intervinientes u otras personas que ostenten interés legítimo en su cumplimiento”. De este modo, las controversias que surjan en relación con un contrato de transporte terrestre se dirimen en esta instancia “(...) siempre que su cuantía no exceda de 15.000 € (art. 38 LOTT) y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del transporte (...)”³³. Tras la lectura del precepto, la duda que surge es si la acción directa ejercitada por un porteador efectivo contra el cargador o contra los anteriores solicitantes del servicio de transporte puede entablarse en la Junta Arbitral de Transporte o, por el contrario, siguiendo el tenor del art. 86 ter 2º b) LOPJ, ha de presentarse en el Juzgado de lo Mercantil o, incluso, en el Juzgado de Primera Instancia competente. La respuesta a esta cuestión depende de si, por una parte, se entiende que es una controversia surgida en relación con un contrato de transporte, y, por otra, de si su peculiar configuración impide que exista un consentimiento siquiera presunto de las partes concernidas favorables a admitir el sometimiento de la controversia a la Junta Arbitral de Transporte.

Por lo que se refiere al primer aspecto, debe concluirse que la acción directa consagrada en la Disp. Adicional Sexta de la LOTT es, sin lugar a dudas, una reclamación que surge de un contrato de transporte, consecuencia del incumplimiento de la obligación de pago de uno de los contratantes. Es irrelevante el posible debate suscitado al respecto sobre si la acción directa es una acción contractual o extracontractual. El art. 38 LOTT no exige que las reclamaciones tengan una específica naturaleza contractual, bastando para su ejercicio con que traigan causa del contrato de transporte. La acción directa es una reclamación que tiene su origen en el incumplimiento de dicho contrato, por lo que cabe concluir que en el supuesto de la acción directa recién reconocida concurre este requisito.

Sin embargo, la presencia del segundo elemento es bastante más discutible. Para que la Junta Arbitral de Transporte sea competente se requiere que haya un sometimiento expreso de las partes a esta instancia arbitral, si bien también se presume la existencia de dicho acuerdo de sometimiento “(...) cuando ninguna de las partes

³³ Sobre las cuestiones de competencia en materia de arbitraje de transporte, *vid.*, recientemente MARTÍNEZ-GIJÓN, P., “La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de arbitraje”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* n. 31 (2013), p. 189 ss, especialmente p. 198-199.

intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio”, negando tal posibilidad. La necesidad de que exista acuerdo de sometimiento a la Junta Arbitral de Transporte, sea expreso o tácito, constituye un aspecto clave para admitir la validez legal de dicha previsión contenida en el art. 38 LOTT a fin de respetar el principio constitucional de la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24 CE. En tal sentido, la STC 352/2006 de 14 de diciembre confirmó la constitucionalidad de dicha presunción de sometimiento a arbitraje³⁴. El argumento clave fue que el demandado tiene siempre la posibilidad de oponerse al arbitraje antes de que se iniciara el servicio de transporte contratado, con lo que se conseguía así salvar la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva. Esta oposición al sometimiento a arbitraje supone que las partes concernidas en el arbitraje son partes intervinientes en el contrato de transporte, porque de no serlo el demandado no podría formular su oposición a dicho sometimiento.

Pues bien, este es el argumento que echa por tierra la posibilidad de que la acción directa pueda ser ejercitada ante las Juntas Arbitrales de Transporte. Sólo cabrá su ejercicio cuando tanto reclamante como reclamado estuvieren de acuerdo con que dicha instancia arbitral fuese la competente para resolver la controversia. Sin embargo, cuando no haya acuerdo expreso de las partes, lo que será absolutamente excepcional, no podrá presumirse dicho sometimiento desde el momento en que el reclamado no sea parte del contrato suscrito por el reclamante. La razón radica en que el porteador efectivo no ha firmado un contrato de transporte con el cargador contractual o con los anteriores solicitantes del servicio de transporte, por lo que estos no pueden quedar sometidos a la competencia de la Junta Arbitral de Transporte, ya que, al no haber celebrado el contrato, no han tenido la posibilidad de oponerse a dicho sometimiento, por lo que no puede presumirse que estén de acuerdo con sujetarse a dicha competencia ni admitirse, en suma, la resolución de controversias en esta instancia³⁵. Desde el momento en que cualquiera de los demandados por una acción directa consagrada en la Disp. Adicional Sexta de la LOTT no tiene la posibilidad de oponerse al sometimiento a la competencia de la Junta Arbitral de Transporte por carecer de vínculo contractual con el reclamante, no cabe argumentar la existencia de un acuerdo presunto de sometimiento a la Junta Arbitral de Transporte, lo que conduce a concluir que dicha vía de

³⁴ El aspecto discutible de dicha constitucionalidad se planteó principalmente por la posibilidad de que el sometimiento fuera tácito. El TC resolvió la controversia entendiendo que ambas partes, especialmente la demandada, tiene la facultad de oponerse a dicho sometimiento *ex lege* antes de que se lleve a cabo la realización del servicio, por lo que su derecho a la tutela judicial efectiva queda perfectamente garantizado. Así lo recalca la mencionada STC 352/2006 de 14 de diciembre cuando señala “(...) que los contratantes no vienen obligados a formular la declaración de oposición (al arbitraje) en el momento mismo del perfeccionamiento o de la formalización del contrato sino que el *dies ad quem* para la expresión de su voluntad contraria a la intervención de las Juntas Arbitrales se pospone hasta el momento en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratada” (FD 4º).

³⁵ En el mismo sentido LÓPEZ PEDRÓS, “La acción directa en el transporte terrestre”, *op.cit.*, p. 298-299.

reclamación del impago de portes está abocada a ser utilizada exclusivamente ante los tribunales de justicia, esto es, ante el Juzgado de lo Mercantil o incluso de Primera Instancia, que resulte competente³⁶.

6. CONCLUSIONES

El trabajo expuesto ha tratado de reflejar la configuración de la nueva acción directa atribuida a los porteadores efectivos para que puedan disponer de un medio legal complementario que les permita obtener el cobro de los portes que se le adeuden. Sin embargo, la imprecisión del precepto, su equivocada ubicación sistemática y su insuficiente contenido y alcance explican las importantes dificultades con que los operadores se están encontrando a la hora de poner en práctica este nuevo instrumento legal. Además, el obligado respeto a las normas reguladoras del concurso de acreedores y la dificultad de someter dicha reclamación a la competencia de las Juntas Arbitrales de Transporte perjudican seriamente las posibilidades reales de invocar y ejercitar dicha nueva acción. Por todo ello no puede extrañar que hasta ahora apenas haya noticia de resoluciones judiciales que hayan admitido el ejercicio de dicha acción y sean absolutamente excepcionales los pronunciamientos de las Juntas Arbitrales del Transporte sobre el particular. En suma, la Disp. Adicional Sexta de la LOTT, una vez transcurrido más de un año desde su entrada en vigor, ha tenido un escaso impacto jurisprudencial, lo que, en una primera valoración podría conllevar a concluir que ha resultado un auténtico fracaso, causado principalmente por la deficiente técnica y regulación empleada.

Sin embargo, esa impresión inicial sería algo precipitada y errónea sino se advierten los efectos indirectos que la nueva regulación ha provocado en el mercado del transporte de mercancías por carretera. Desde su promulgación es evidente que se ha producido una importante reducción de la subcontratación en el mercado de transporte. La causa de dicha disminución ha obedecido principalmente al temor de los contratantes de servicios de transporte a recibir cualquier reclamación por impago de servicios de transporte ya satisfechos que puedan ser emprendidas por porteadores efectivos con los cuales no hubieran contratado. Para evitarlo se ha empezado a requerir a los operadores de transporte, con creciente frecuencia, a que no subcontraten a otros porteadores los servicios de transporte que han asumido realizar. De esta forma, el contratante del

³⁶ *Vid.*, no obstante, las STJ de Madrid de 1 de abril de 2013 y de 8 de julio de 2013 de las cuales se infiere que es posible demandar por impago de portes a un sujeto aunque no se tenga vínculo contractual directo con él. Dichas resoluciones judiciales, basadas en un escenario normativo anterior en el que todavía no se había promulgado la acción directa, confirman los laudos de la Junta Arbitral de Transporte de Madrid en los que se legitima a transportistas subcontratados para reclamar el impago de sus portes a operadores con los que no habían contratado. Sin embargo, dichas resoluciones no entran en el fondo del asunto porque no acreditan en modo alguno que las partes sometidas a dicho arbitraje habían tenido la posibilidad de oponerse a él, lo que constituye el elemento fundamental para admitir que este tipo de acciones puedan ser ejercitadas ante esta instancia arbitral.

servicio de transporte se asegura la imposibilidad de ser objeto de la recién alumbrada acción directa. La nueva norma, por tanto, ha contribuido de forma significativa a la reducción de la subcontratación en el mercado del transporte de mercancías por carretera, convirtiéndose en un instrumento que, siquiera indirectamente, ha conseguido el objetivo de proteger los intereses de los operadores del mercado de transporte, eliminando aquellos operadores cuya participación no proporciona valor añadido, aunque no haya servido para resolver totalmente el problema del impago de los portes.

DE LAS VENTAS CON PRECIO APLAZADO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL

JORGE FELIU REY*

Resumen

La regulación de las ventas con precio aplazado aparece dispersa, coincidiendo, superponiéndose o completándose, en diversas normativas, principalmente, la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, Ley de Ordenación del Comercio Minorista y Ley de Lucha contra la Morosidad en Operaciones Comerciales. Estas leyes tienen un ámbito de aplicación propio, limitado o específico, que resulta de la configuración de los diversos intereses cuya protección en cada caso se persigue, de modo la regulación de las ventas con precio aplazado carece de un marco completa y sistemático. Esta constatación hace especialmente necesario y urgente considerar la conveniencia de acometer una regulación general y omnicomprendiva de las operaciones de venta a crédito entre empresarios. El Anteproyecto de Ley de Código mercantil intenta suplir este vacío regulando por primera vez de forma general las ventas con precio aplazado de bienes muebles, incardinándolas en las modalidades especiales de compraventa mercantil. Pero la subsistencia de aquellas otras normas ante una futura aprobación del nuevo Código, más que lograr la deseada simplificación y aclaración del régimen legal, derivan en una situación de confluencia de normas de apreciable complejidad y que puede generar confusión y dificultades en la aplicación.

Contenido

1. Introducción. – 2. Ámbito de aplicación y su relación con otras normas. – 2.1. Aspectos generales. – 2.2. Las ventas con precio aplazado del ALCM y su relación con la LVPBM. – 2.3. Las ventas con precio aplazado del ALCM y su relación con la LOCM. – 2.4. Las ventas con precio aplazado del ALCM y su relación con LLCM. – 2.5. Breve reflexión. – 3. Forma. – 4. Fecha de inicio del cómputo de aplazamiento. – 4.1. Día inicial del cómputo de los aplazamientos (*dies a quo*). – 4.2. La obligación del vendedor: el envío de la factura con antelación y la indicación del día en que debe efectuarse el pago. – 4.3. La obligación del comprador: documentar la puesta a disposición. – 5. Interés de demora. – 6. Derechos en caso de incumplimiento del comprador. – 6.1. Cumplimiento de la prestación. – 6.2. Resolución del contrato. – 6.3. Facultades de los Jueces y Tribunales.

* Profesor Ayudante Doctor del Área de Derecho mercantil. Universidad Carlos III de Madrid. Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación garantías mobiliarias para facilitar el acceso al crédito y a la financiación en un contexto DER2013-46070-P.

1. INTRODUCCIÓN

Las ventas con precio aplazado se incardinan dentro de las denominadas transacciones a crédito (*credit transactions*)¹, porque en ellas el “crédito” se presenta en dos de sus acepciones: la primera, como opinión de la que goza alguien de que cumplirá puntualmente los compromisos que contraiga. Así, en las ventas con precio aplazado, una de las partes (vendedor) cree que la otra (comprador) cumplirá su obligación (pagar el precio) habiendo ya cumplido la primera (entrega del bien). En su segunda acepción, se califican transacciones a crédito en referencia al financiamiento que implica por parte del vendedor al comprador al aplazar el plazo de la mercancía a un momento posterior.

Pero la concesión y la obtención de ese “crédito” se integran en el esquema de intereses entre las partes y, por ello, requieren la adopción de un conjunto de medidas que eviten o atenúen los efectos para las partes de eventuales situaciones conflictivas o desfavorables. De ahí que sean con carácter general, dejando a un lado la protección a los consumidores, cuatro los aspectos principales sobre los que pivotan las legislaciones que tienen por objeto estas compraventas: cómo se computa el plazo de pago; qué consecuencias produce el retraso en el mismo; las garantías o privilegios que se le conceden al vendedor en caso de incumplimiento y; la cuestión de si se puede equiparar la posición del financiador a la del vendedor.

Con respecto al primer y segundo aspecto, íntimamente relacionados, es conocida la problemática asociada a las ventas con precios aplazados, principalmente, en relación con el alargamiento de los plazos contractuales de pago y la proliferación de las situaciones de mora². De ahí que sea importante determinar cuándo comienza el cómputo del aplazamiento (*dies a quo*) para establecer cuándo ha de pagarse (*dies ad quem*) y qué efectos tiene el retraso en su cumplimiento. En relación con el tercer aspecto, el temor del vendedor a un incumplimiento del comprador de su obligación de pago se trata de aliviar con el recurso a medios que protejan el interés del vendedor asegurando el cumplimiento de la obligación y su protección respecto a posibles reclamaciones de terceros, bien reservándose la propiedad del bien hasta el completo pago (reserva de dominio, arrendamiento...) o bien a través de la creación de garantías con algún tipo de privilegio (v.gr. prelación). Por último, y no menos importante, el cuarto aspecto regulatorio se refiere a la posible equiparación de los derechos del financiador a los del vendedor, ya que si bien en un primer momento en la historia de este tipo de ventas el vendedor podía asumir la venta a crédito, hoy es muy frecuente la intervención de un financiador que provea ese crédito³. Como resultado de este cambio

¹ Mc CAULIFF, C., *Corbin on contracts*, vol. 8, Lexis, Virginia, 1999, p. 275.

² FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Aplazamientos de pago a los proveedores y publicidad registral del comerciante en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, vol. 72, 635, 1996, pp. 1481 y ss. MIRANDA SERRANO, L. M.; GARCÍA MANDALONIZ, M., “Morosidad y Ley 11/2013 de medidas de apoyo al emprendedor”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, vol. 20, 2014, pp. 94 y ss.

³ Sobre este aspecto, FARNSWORTH, E. A., “Installment Sales”, en *International encyclopedia of comparative law*, vol. VIII, Mohr, Tübingen; The Hague; Paris, 1973, pp. 4-3 y ss. Este autor distingue históricamente tres fases: La primera, *the formative era*, que abarca desde finales del siglo XIX hasta el final de la Primera Guerra Mundial. La segunda, *the rise of financing institutions*, que se inicia después de la Primera Guerra Mundial como consecuencia de la expansión de la industria automovilística hasta

en el esquema subjetivo de la operación, se produce una traslación de los riesgos y problemas ya comentados de la esfera del vendedor a la del financiador, de modo tal que el financiador espera que se le equipare en los mismos derechos y medios de protección que aquél.

En el ámbito español, la regulación de los cuatro aspectos mencionados en relación con la operativa de las ventas a plazo resulta de la combinación de una serie de normas tendentes a minimizar los problemas inherentes a estas operaciones, principalmente: Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, Ley de Ordenación del Comercio Minorista y Ley de Lucha contra la Morosidad en Operaciones Comerciales (en adelante, LVPBM, LOCM y LLCM respectivamente). Pero todas estas normativas tienen un ámbito de aplicación limitado o específico, como consecuencia de los diversos intereses que en cada caso intentan protegerse, haciendo especialmente necesario y urgente, en principio, considerar la conveniencia de acometer una regulación general y omnicomprendensiva de las operaciones de venta a crédito entre empresarios.

El Anteproyecto de Ley de Código de Mercantil (en adelante, ALCM) viene a suplir este vacío con la regulación, a diferencia del silencio del actual Código Mercantil, de la venta con precio aplazado como una de las modalidades especiales de compraventa mercantil. En efecto, la Sección 3ª del Capítulo II del Título I, Libro Quinto del ALCM recoge en seis artículos (arts. 512-7 al 512-12) el régimen jurídico de esta modalidad de compraventa.

Conforme a su Exposición de Motivos, estas disposiciones tienen como finalidad servir de marco general de este tipo de compraventas, bien mediante su aplicación directa o bien de forma supletoria. Se percibe desde la primera lectura que la regulación proyectada opta por una considerable amplitud del ámbito de aplicación, lo que implica, no obstante, que en algunos supuestos entre en conflicto o se solape con otras normativas que abordan de forma parcial aspectos relativos a las compraventas a plazo.

Este trabajo se estructura en dos bloques principales. En el primero nos vamos a centrar en exponer el ámbito de aplicación de la normativa de ventas con precio aplazado en el ALCM y su relación con tres normas, LVPBM, la LOCM y la LLCM. En el segundo, se analiza con más detalle la regulación contenida en el ALCM de este tipo de contrato: forma, fecha de inicio del cómputo del aplazamiento, interés de demora y derechos en caso de incumplimiento de comprador, dejando para un trabajo posterior, el régimen de la cláusula de reserva de dominio.

mediados del siglo XX. La tercera y última, *The rise of consumerism*, surge desde ese último período como consecuencia de los avances tecnológicos que permiten la producción de bienes orientados principalmente al consumidor (televisores, lavadoras, muebles, etc.) hasta nuestros días.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS VENTAS CON PRECIO APLAZADO EN EL ALCM Y SU RELACIÓN CON OTRAS NORMAS

2.1. Aspectos generales

El artículo 512-7 ALCM se divide en dos apartados. El primero delimita el ámbito de aplicación de las normas contenidas en la sección, mediante una regla general: *se regirán por lo dispuesto en esta sección las ventas de bienes muebles cuyo precio deba ser abonado de forma total o parcialmente aplazada*. El segundo determina qué tipos de contratos, aún reuniendo las características de esta modalidad de compraventa, quedan excluidos de su ámbito de aplicación.

De la definición ofrecida en el primer apartado, podemos concluir que el tipo de contratos a los que se refiere la sección son los de compraventa y, en concreto, aquellos que revisten naturaleza mercantil conforme a lo establecido en el propio Código (art. 511-1⁴). Esta constatación, sin embargo, resulta poco precisa a la luz del ALCM. Pues, en efecto, conforme al nuevo criterio de atribución de mercantilidad establecido en el citado artículo, a diferencia de la regulación actual, las compraventas mercantiles incluirían, en atención al criterio subjetivo, las compraventas donde interviniera un consumidor y, de acuerdo con el criterio objetivo, tanto las compraventa de bienes muebles como inmuebles. Por tanto, el criterio de la mercantilidad no es bastante para demarcar el ámbito de las ventas a plazo. De ahí que la regulación de ventas a plazos se vea obligada a delimitar expresamente a qué compraventas mercantiles le es de aplicación.

De esta forma, primero, respecto al elemento objetivo, en el ALCM quedan excluidos las ventas a plazo de bienes inmuebles, siendo objeto de regulación únicamente las operaciones a plazo sobre bienes muebles. Pero a diferencia de la LVPBM (art. 1) que incluye únicamente los bienes muebles corporales, no consumibles e identificables, y de la LOCM (arts. 16 y 17) que se refiere a las mercancías, la regulación del ALCM abarca todos ellos, corporales e incorporeales, consumibles y no consumibles, siendo la identificación, a diferencia de la LVPBM⁵, más un requisito para la inscripción en el Registro que una exigencia para la aplicación de la norma.

En relación con el elemento subjetivo, la regulación de las ventas a plazo se limita únicamente a las transacciones entre operadores del mercado (art. 001-2)⁶ ya que

⁴ La compraventa es mercantil cuando se realice en el ejercicio de alguna de las actividades expresadas en el artículo 001-2 del Código mercantil y el comprador o vendedor estén sujetos al citado Código. Sobre la nueva regulación de la compraventa en el Anteproyecto GALLEGO, E., “Los contratos de intercambio de bienes en el Anteproyecto de Código Mercantil”, en VV.AA., *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. (ed.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 343 y ss.

⁵ Se discutió con la anterior LVPBM de 1965 si el requisito de identificación era sólo a efectos de una posible inscripción en el Registro o un requisito para la aplicación de la LVPBM. Con la actual Ley se zanja la polémica siendo aquél un requisito que debe reunir el bien para entrar dentro del ámbito de aplicación de la LVPBM. GARCÍA SOLÉ, F., *Comentarios a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 76 y ss.

⁶ Sobre este concepto, OLIVENCIA RUIZ, M., “Delimitación de la materia mercantil”, en VV.AA., *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. (ed.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 61 y ss.

la regulación proyectada excluye expresamente las ventas en las que el comprador sea un consumidor (artículo 512-7.2 (c)).

Si prestamos particular atención a la redacción de las disposiciones citadas, para delimitar el ámbito de aplicación se utiliza únicamente el término *ventas* y no se hace referencia expresamente a los *contratos de venta*. Esta cuestión terminológica fue ya discutida en las discusiones parlamentarias con ocasión de la preparación de la LVPMB que optó por introducir la expresión completa con expresa referencia al contrato, extensión que algunos autores consideraron una “precisión innecesaria”⁷. Por tanto, en este sentido, el ALCM sigue la redacción de la antigua LVPMB de 1965 al hacer referencia únicamente a *ventas*.

Por último, el segundo apartado de la disposición completa la delimitación del ámbito de aplicación con una breve lista de exclusiones (art. 512-7.2 ALCM). El reducido número de supuestos excluidos responde, conforme a la Exposición de Motivos del ALCM, a dos vocaciones de la norma. De un lado, la ya manifestada vocación de universalidad concretada en la posibilidad de regular directamente aquellos supuestos que otras leyes específicas no lo regulan (por tener un ámbito de aplicación muy restrictivo); de otro, la intención de actuar como régimen supletorio ante la existencia de lagunas en que puedan existir en regulaciones aplicables.

Los supuestos excluidos en el ALCM son las ventas garantizadas con hipoteca o prenda sin desplazamiento sobre los bienes objeto del contrato, los contratos de arrendamiento financiero y las ventas en las que el comprador sea un consumidor.

En relación con la primera exclusión, su finalidad es la misma que la que se pretendía con la LVPMB: evitar la superposición de garantías sobre el mismo objeto que pudiera desembocar en posibles conflictos jurídicos. Con la exclusión de los contratos de arrendamiento financiero, el legislador ha confirmado de nuevo, como ya hizo con la LVPBM⁸, la distinción de esta figura respecto de las ventas con precio aplazado. Ello no es óbice para que puedan darse supuestos donde las partes simulan un arrendamiento financiero (por las ventajas fiscales y frente a terceros que otorgan) cuando en realidad la partes han querido llevar a cabo una compraventa con precio aplazado. Por último, la exclusión de aquellas ventas con precio aplazado en que el comprador sea un consumidor obedece, principalmente, a que ya existen normas específicas de naturaleza tuitiva que son de aplicación.

2.2. Las ventas con precio aplazado del ALCM y su relación con la LVPBM

Aunque se podría pensar a priori que ambas regulaciones no tienen nada en común, al no parecer que exista en principio ningún ámbito donde coincidan, la mención expresa en la Exposición de Motivos del ALCM del carácter supletorio del régimen de la venta con precio aplazado respecto de la LVPBM, nos obliga a buscar puntos de posible coincidencia entre ambos regímenes.

⁷ GARCÍA SOLÉ, *Comentarios a la Ley de Venta...*, op. cit., p. 76.

⁸ *Ibid.*, pp. 113 y ss. Sobre las diferentes posiciones respecto a la naturaleza jurídica del contrato de leasing vid. GONZÁLEZ CASTILLA, F., *Leasing financiero mobiliario*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 155 y ss.

Partiendo del enfoque más sencillo, el ámbito objetivo de ambas regulaciones, uno amplio y otro limitado, sólo puede existir coincidencia respecto a los bienes muebles corporales no consumibles e identificables (art. 1 LVPB). Por tanto, sólo respecto a estos bienes podría existir solapamiento de normas. Esta afirmación se debe matizar o concretar cuando introducimos en la ecuación otras dos variables, en las que ambas normas divergen: el alcance de las exclusiones legales (art. 5 LVPB y art. 512.2 ALCM) y la finalidad de la norma en cada caso.

Con respecto a la primera, ambas normas difieren en el supuesto más importante, ya que mientras que el ALCM excluye las ventas con precio aplazado en las que el comprador sea un consumidor (Art. 512-7.2c ALCM), la LVPB, por el contrario, cubre las ventas con consumidores, excluyendo esta última expresamente las compraventas a plazos de bienes muebles que, con o sin ulterior transformación o manipulación, se destinen a la reventa al público (art. 5.1 LVPB), es decir, las compraventas mercantiles en el sentido del actual código (art. 325 Cco)⁹.

Esta exclusión podría hacer pensar a primera vista que no hay una zona común ni coincidencia posible entre ambas regulaciones, por lo que nunca podría ser de aplicación el ALCM supletoriamente a la LVPB. Pero, siguiendo a la doctrina, la LVPB, a diferencia de la regulación del ALCM, no distingue expresamente entre consumidores y los que no lo son¹⁰, de modo que se aplicaría en ambos casos¹¹. Excluye expresamente la compraventas mercantiles en el sentido de la legislación vigente, pero no excluye aquellos supuestos en que el empresario no compra para revender sino para integrarlo dentro de su proceso productivo¹² o para alquilarlos¹³.

Del mismo modo, se excluyen en la LVPB *aquellos contratos de venta a plazos (...) cuya cuantía sea inferior a la que se determine reglamentariamente* (art. 5.4). Aunque no existe desarrollo reglamentario sobre este aspecto, la doctrina entiende que el límite mínimo debe ser el mismo que el que está establecido en el art. 3.c de la Ley de Crédito al Consumo (en adelante, LCC), es decir 200 euros.

Otro supuesto de exclusión es el recogido en el art. 5.2, *las ventas y préstamos ocasionales efectuados sin finalidad de lucro*. Aunque ha sido muy discutida la redacción de este precepto por el contrasentido que supone la inexistencia de lucro en

⁹ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *Comentarios a la ley de venta a plazos de bienes muebles*, Montecorvo, Madrid, 1977, pp. 145 y ss., afirma que la exclusión se refiere a las compraventas mercantiles en un sentido amplio (tanto las de reventa al público, como entre mayoristas y minoristas o a nivel industrial).

¹⁰ En este sentido, BLASCO GASCÓ, F. P., “Ámbito de aplicación de la Ley de venta a plazos de bienes muebles”, en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria*, Universidad de Cantabria, Santander, 2002, p. 132, quien afirma que “el comprador no debe ser necesariamente un consumidor o persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional (...). De este manera, el bien adquirido no debe destinarse necesariamente a la satisfacción de necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional”.

¹¹ GARCÍA SOLÉ, *Comentarios a la Ley de Venta...*, *op. cit.*, p. 85.

¹² En este sentido, BERCOVITZ, *Comentarios a la ley de venta...*, *op. cit.*, p. 146, quien afirma que “quedan lógicamente incluidas en el ámbito de la Ley (LVPB) las adquisiciones de bienes de equipo, aunque, como es lógico, se destinen a producir bienes para su venta, ya que la reventa contemplada (...) ha de ser del propio bien comprado”.

¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; VERDESOTO GÓMEZ, M., “El contrato de compraventa (4). La venta a plazos de bienes muebles”, en VV.AA., *Contratos de finalidad traslativa del dominio (I)*, YZQUIERDO TOLSADA, M. (ed.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 442-443.

un contrato de compraventa¹⁴, se ha entendido que la falta de lucro se debe interpretar como ausencia de intereses o de cualquier otro gasto en la financiación del precio aplazado (art 3.f LCC)¹⁵. Para la aplicación de esta exclusión debe cumplirse los dos requisitos: ocasionalidad y ausencia de lucro.

Por último, hay que incorporar a esta “ecuación” que el régimen de la LVPBM (art. 3) exige el precio debe ser pagado de forma total o parcialmente aplazada en tiempo superior a tres meses desde la perfección del mismo. De ahí que no sea sólo necesario que el objeto y los sujetos reúnan una serie de requisitos, sino que también es necesario, para que se produzca coincidencia, que el aplazamiento sea superior a tres meses.

De esta forma, y con la nueva regulación proyectada de la compraventa mercantil donde el ámbito de aplicación es más amplio, se van a producir con mayor facilidad supuestos de conexión de ambas regulaciones.

En conclusión, el régimen de venta con precio aplazado se aplicará supletoriamente a la LVPBM cuando se lleve a cabo una venta, no ocasional y con finalidad lucrativa (en el sentido antes expuesto), a un operador de mercado de un bien mueble corporal no consumible e identificable, cuyo destino sea incorporarlo en el proceso productivo de éste o para otro destino que no sea la reventa, y que el aplazamiento de pago sea superior a tres meses desde la perfección. No mencionamos la cuantía de 200 euros, ya que al no existir norma reglamentaria alguna, no podemos entender que sea de aplicación extensiva la LCC ya que su ámbito de aplicación se refiere a consumidores.

2.3. Las ventas con precio aplazado del ALCM y su relación con la LOCM

Aunque el objeto principal de la LOCM es establecer el régimen jurídico general del comercio minorista, como *aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos* (art. 1 LOCM), existen algunos preceptos que pueden tener relación con la regulación objeto este trabajo¹⁶. Nos referimos a los artículos 16 y 17 LOCM que, bajo la denominación *adquisiciones de los comerciantes*, regulan, aunque sea una materia que excede del objeto principal de la LOCM¹⁷, determinados aspectos en relación al pago a proveedores. Este “cuerpo extraño” regulatorio tiene como razón de ser combatir las malas prácticas llevadas a cabo por las

¹⁴ BERCOVITZ, *Comentarios a la ley de venta...*, *op. cit.*, pp. 147 y ss.

¹⁵ GARCÍA GARNICA, M. C., “Bienes y contratos sujetos al régimen de la LVPBM”, en VV.AA., *Tratado de la Compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, CARRASCO PERERA, A. (ed.), vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 1142.

¹⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, “Aplazamientos de pago...”, *op. cit.*, pp. 1493 y ss.

¹⁷ Se ha afirmado por parte de la doctrina la ajenidad de esta materia en relación con el objeto de la LOCM. En este sentido, MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentarios a los artículos 16 y 17 de la LOCM”, en VV.AA., *Comentarios a la Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., LEGUINA VILLA, J. (eds.), Tecnos, Madrid, 1997, pp. 321 y 323. Sobre los antecedentes legislativos y trabajos preparatorios de estos artículos, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Adquisiciones de los comerciantes”, en *Régimen jurídico general del comercio minorista*, McGraw Hill, Madrid, 1999, pp. 267 y ss.

grandes superficies consistentes en alargar excesivamente los plazos de pago a sus proveedores, con los consiguientes perjuicios que esta praxis estaba ocasionando en el desarrollo de la actividad por los empresarios afectados y por ende al mercado. Por tanto, y a diferencia de la LVPBM donde se protege principalmente al comprador, los artículos que comentamos tiene como finalidad proteger al proveedor.

A pesar de que el ALCM lleva a cabo una derogación parcial del LOCM (DD 2-6ª), esta no afecta ni al art. 16 y ni al art. 17, por lo que entendemos que el legislador ha querido mantener la regulación específica para este sector de la distribución¹⁸. De ahí que, si no se producen modificaciones al respecto y es aprobado finalmente el ALCM, ambas normas coexistirían.

Para conocer en qué aspectos coinciden las dos regulaciones, LOCM y ALCM, debemos comenzar conociendo el ámbito de aplicación subjetivo de estos dos artículos, que reiteramos, es distinto al propio de la LOCM. De un lado, el artículo 16 LOCM hace referencia a comerciantes. El problema, como siempre, es si debemos entender en un sentido amplio el concepto de comerciante, o más bien, reducirlo al objeto de la Ley en la que se incardina la disposición, es decir, considerar comerciante a efectos de esta ley al que tiene la condición de minorista.

La posición inicial más aceptada doctrinalmente¹⁹ y seguida jurisprudencialmente²⁰ era considerar al comerciante en un sentido limitado. Conforme a esta interpretación, cuando los artículos 16 y 17 de la LOCM se refieren al comerciante lo han de hacer al minorista, es decir, aquel que compra para revender a los consumidores o destinatarios finales. Tal interpretación restrictiva y sistemática se sustenta en, de un lado, el sentido de la norma y, de otro, la necesidad de aplicar de forma excepcional unas normas que limitan la autonomía de la voluntad en el ámbito de la relación comercial entre empresarios y cuya aplicación no puede, por ende, entenderse a todo comerciante, ni por consiguiente a toda compraventa mercantil. Desde esta posición, se discutía a su vez si caerían dentro de su ámbito tanto los que revenden al consumidor final, como aquellos que venden para otra finalidad distinta en otro nivel de la distribución²¹. Estas cuestiones quedan, en principio, aclaradas por la DA 6ª de la LOCM y del RD 367/2005, de 8 de abril, que optan por un concepto amplio, incluyendo

¹⁸ En este mismo sentido, MIRANDA SERRANO; GARCÍA MANDALONIZ, “Morosidad y Ley...”, *op. cit.*, p. 126.

¹⁹ PORTELLANO DÍEZ, P., “Adquisiciones de los comerciantes”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, PIÑA MAÑAS, J. L., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (eds.), Civitas, 1997, p. 152. MARÍN LÓPEZ, “Comentarios a...”, *op. cit.*, pp. 333-334.

²⁰ SSAP de Tarragona 12 junio 2002 (JUR 2002,241014) y; Ourense 1 septiembre 2005 (AC 2005,1903).

²¹ Sobre este aspecto, FERNANDEZ DEL POZO, “Adquisiciones de los comerciantes”, *op. cit.*, pp. 275-276, afirma que “es forzoso acudir a la ratio del precepto –principal canon hermenéutico ex artículo 3 del C. Civil- y admitir que *incluso las adquisiciones de mercadería para su utilización en el proceso de producción están incluidas en el ámbito del precepto*”. Por otro lado, MARÍN LÓPEZ, “Comentarios a...”, *op. cit.*, p. 334, pone como ejemplo la compra de productos alimenticios realizada a un mayorista por una central de compras, que luego los distribuye entre sus asociados, los comerciantes minoristas que ponen la mercancía a disposición de los consumidores. En general quedan excluidas de esta regulación, a excepción, según PORTELLANO, “Adquisiciones de los comerciantes”, *op. cit.*, p. 153 nota 3 al pie, si la central de compras tuviera un único socio.

dentro del artículo 17 de la LOCM tanto a mayoristas, centrales de compra como a minoristas²².

Respecto al ámbito objetivo, el art. 16 de la LOCM se refiere a adquisiciones de toda clase de productos objeto del comercio minorista, por lo que entraría dentro de su ámbito, entre otras, las compraventas de naturaleza mercantil de estos tipos de productos. De igual modo, conforme al art. 17 sólo quedan cubiertas las adquisiciones con precio aplazado, dejando fuera del precepto las ventas con pago al contado²³.

Como podemos apreciar, la superposición entre ambas regulaciones, LOCM y ALCM, resulta evidente. Desde nuestro punto de vista, dado que la regulación establecida en la LOCM no se puede aplicar a todas las adquisiciones entre operadores económicos y para todos los productos, nos lleva a comprender, en cierta medida, la transposición de parte de sus normas al ALCM. De esta manera, se extiende de forma indirecta y con carácter universal parte de la normativa del artículo 17 de la LOCM a los supuestos de venta con precio aplazado en el ALCM. En caso de solapamiento, la LOCM se aplicaría de forma preferente, siendo supletoria la regulación recogida en el ALCM.

2.4. Las ventas con precio aplazado del ALCM y su relación con la Ley de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles (LLCM)

Nos queda por último analizar la posible relación entre la regulación de la venta a plazos del ALCM y la LLCM. Aunque en un inicio, conforme a la Propuesta de Código Mercantil, se contemplaba la derogación de la LLCM (D. Derogatoria única 2.7º), en la versión actual del ALCM no consta tal apartado, de modo que, en caso de aprobación, la LLCM estaría aún vigente o al menos no expresamente derogada²⁴. Ciertamente, parte del contenido de la LLCM ha sido absorbido por el ALCM. En efecto, y dejando al margen la regulación específica de las ventas con precio aplazado, el ALCM dedica dos secciones (arts. 418-1 al 418-6) a regular la morosidad en el cumplimiento de obligaciones; la primera con una referencia general, y la segunda en relación específicamente con la morosidad en operaciones entre empresarios y operadores del mercado. Es precisamente esta última sección la que viene a recoger en parte lo dispuesto en la LLCM.

²² Sobre este aspecto y las diversas posiciones, PERALES VISCASILLAS, M. P., *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 95 y ss. De igual modo, MIRANDA SERRANO, L. M., “La disciplina legal contra la morosidad y los plazos abusivos: fundamentación, ámbito de aplicación e impacto en el derecho preexistente”, en VV.AA., *Morosidad, aplazamiento de pago y empresa familiar*, FONT GALÁN, J. I., MIRANDA SERRANO, L. M. (Dir.), Academia Sevillana del Notariado, Sevilla, 2010, pp. 33 y ss.

²³ FERNÁNDEZ DEL POZO, “Aplazamientos de pago...”, *op. cit.*, pp. 1495 y ss.

²⁴ En este sentido, ALONSO LEDESMA, C., “La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en el Anteproyecto de Código Mercantil”, en VV.AA., *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. (ed.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 313, quien afirma que se “incorporan también en el Anteproyecto las normas relativas a la morosidad entre empresarios y operadores del mercado. Pero esta incorporación se hace sin intención de sustituir a la Ley mencionada a la cual se remiten las disposiciones del Anteproyecto”.

No habiéndose derogado la norma y habiéndose recogido parcialmente en el ALCM lo establecido en la LLCM, resulta evidente que si existe una relación entre la LOCM (régimen especial) y LLCM (régimen general)²⁵, esta última también la tendrá con la regulación de la venta a plazos del ALCM. Para ver su relación y posible influencia con la venta con precio aplazado del ALCM, vamos a partir del análisis del ámbito de aplicación exponiendo a continuación brevemente las materias comunes de ambas regulaciones. Se constata, en primer lugar, que el ámbito de aplicación, tanto objetivo como subjetivo, de la LLCM es mucho más amplio que el del ALCM. En relación con el subjetivo, porque la LLCM es de aplicación a los pagos efectuados entre empresas (en un sentido amplio), y entre éstas y la Administración (art. 1 LLCM). Por otro lado, en lo relativo al ámbito objetivo, ya que se refiere a pagos de deudas dinerarias efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales, tanto de entrega de bienes como de prestación de servicios²⁶. Por tanto, y con carácter general, sólo habría una coincidencia normativa respecto del ámbito de aplicación, cuando se produzca una venta de bienes muebles con precio aplazado entre sujetos siempre que una de las partes no sea Administración pública.

Esa relación normativa va a ser o subsidiaria o por remisión. Subsidiaria, para suplir determinados aspectos que el ALCM u otra norma especial (p.ej. LOCM) no establezcan, como puede ser la determinación del plazo de pago, no del *dies a quo* o fecha de inicio del aplazamiento que ya lo hace el ALCM, sino el *dies ad quem*, es decir los plazos de pago. Remisoria, cuando el propio ALCM se remita a la norma, como por ejemplo en el cálculo de los puntos porcentuales a los efectos del cómputo del interés moratorio (art. 418-5 ALCM). De igual modo, ambas normativas determinan el devengo automático de los intereses de demora y la posibilidad de incluir una cláusula de reserva de dominio entre las partes.

2.5. Breve reflexión

Desde nuestro punto de vista, resulta sorprendente el número de normas tan distintas que convergen en la regulación de la venta con precio aplazado. En algunos supuestos pueden concurrir hasta tres normativas diferentes. Los fines, los ámbitos de aplicación y las soluciones concretas pueden además diferir. La conveniencia de dotar de cierta uniformidad normativa a este tipo de compraventa nos parece urgente. En primer lugar, convendría considerar la derogación de los artículos 16 y 17 de la LOCM, incluyendo los aspectos de este tipo de compraventas en el ALCM²⁷. En segundo lugar, habría que valorar la posibilidad de excluir de la LVPBM las adquisiciones de los bienes de equipo

²⁵ Conforme a la Disposición Adicional Primera de la LLCM, en relación al pago a proveedores del comercio se aplica en primer lugar lo dispuesto en el art. 17 de la LOCM y supletoriamente la LLCM.

²⁶ De esta forma, conforme a MIRANDA SERRANO; GARCÍA MANDALONIZ, "Morosidad y Ley...", *op. cit.*, pp. 98 y ss., las exigencias que han de concurrir en el contrato son: 1ª Que sea sinalagmático ; 2ª que de él deben nacer dos obligaciones principales, entrega del bien o prestación del servicio y pago del precio ; 3ª El significado de "bien" y "prestación de servicios" se debe entender de forma muy amplia, abarcando también los negocios de financiación y de colaboración empresarial.

²⁷ En este mismo sentido, *Ibid.*, p.127.

y de esta forma concentrar en una sola norma la venta con precio aplazado en el ámbito mercantil.

3. FORMA

El artículo 512-8 establece que *el contrato se hará constar por escrito debiendo entregarse un ejemplar a cada una de las partes*. De este modo, el ALCM sigue la orientación tomada por otros textos legales como la LVPBM. Pero a diferencia de esta última donde la forma escrita es un requisito de validez y su ausencia provoca la nulidad²⁸, (Art. 6 LVPBM), la falta de este requisito en el ALCM no incide en la validez del contrato, y ello conforme a sus disposiciones generales relativas a la perfección del contrato contenido en el artículo 413-8. En la citada disposición se establece que la formalización por escrito sólo será un requisito para su validez si la Ley así expresamente lo establece. En caso contrario, cuando la Ley exija su formalización por escrito pero sin establecer expresamente que es un requisito de validez, cualquiera de las partes podrá compeler a la otra para dotarle de tal formalidad, sancionando a aquella que no quiera hacerlo con la carga de probar el contenido del contrato que han celebrado difiere de lo dispuesto en su regulación legal.

El ALCM sí puede suponer un cambio respecto a las adquisiciones de los comerciantes objeto de la LOCM. Efectivamente, el artículo 11 de la citada Ley aplica como regla general el principio de libertad de forma a los contratos de compraventa regidos por ella, salvo en los supuestos expresamente señalados en los Códigos Civil y de Comercio, y en otras leyes especiales. De igual manera, en la misma Ley y concretamente en el capítulo relativo a *adquisiciones de comerciantes*, artículo 16, establece que el régimen jurídico de estas adquisiciones se sujetará a la legislación civil y mercantil con las especialidades contenidas en el artículo siguiente. Si el artículo 512-8 del ALCM, que establece el régimen supletorio, exige que las ventas con precio aplazado se hagan constar por escrito, este requisito formal deberá ser de aplicación a las adquisiciones de los comerciantes objeto de LOCM. Por tanto, con la futura posible promulgación del ALCM, los contratos entre comerciantes objeto de los artículos 16 y 17 de la LOCM requerirán forma escrita debiendo entregarse un ejemplar a cada una de las partes.

4. FECHA DE INICIO DEL CÓMPUTO DE APLAZAMIENTO

La obligación principal del comprador en un contrato de compraventa es pagar el precio como así se recoge en el ALCM (art. 511-13). De esta forma, la regla general por la que opta el ALCM es que el precio deberá ser pagado en el lugar y el momento en que el vendedor ponga a disposición el bien o los documentos representativos de aquel, salvo

²⁸ GARCÍA SOLÉ, *Comentarios a la Ley de...*, op. cit., pp. 119 y ss. BERCOVITZ, *Comentarios a la ley de venta...*, op. cit., pp. 154 y ss.

que las partes hubieran acordado algo distinto tanto respecto al lugar como al momento (art. 511-14 ALCM). Por tanto, el cumplimiento de esta obligación por parte del comprador puede ser en un momento diferido, bien en un solo acto o bien en sucesivos.

El problema en este último supuesto es la determinación del momento exacto del inicio del cómputo del aplazamiento de pago, es decir del *dies a quo*, ya que su indeterminación puede provocar supuestos de abuso por parte del comprador a la hora de efectuar el mismo, como la experiencia ha confirmado.

Para evitar tal situación, el ALCM recoge en su articulado ciertas reglas establecidas en la LOCM que han permitido solventar este problema. Esta inclusión en el futuro Código ha provocado un primer efecto importante: convierte normas que eran propias de un sector determinado, pago a proveedores por comerciantes minoristas, en normas de carácter universal para la venta con precio aplazado siempre que entren dentro del ámbito de aplicación de esta última (aunque esto se podría predicar también de la LLCM al establecer el *dies ad quem*).

Si pasamos a desbrozar la regulación establecida en el ALCM, constatamos que éste le dedica un artículo completo a determinar la fecha de inicio del cómputo del aplazamiento (art. 512-9), siendo, no obstante, la misma un tanto confusa. Con carácter introductorio debemos aclarar, desde nuestro punto de vista, que la fecha se fijará conforme a la disposición citada en aquellos casos donde la fecha de pago sea determinada por un lapso temporal (v.gr. tres meses, etc.), no cuando se especifica claramente el día de pago (v.gr. el tres de febrero de 2015). Por tanto, las obligaciones que se extraen del artículo sólo se referirán a los supuestos de aplazamiento mediante la fijación de un plazo, pero no a los casos de establecimiento de una fecha fija.

Como hemos mencionado anteriormente, el contenido del mismo es una extrapolación parcial del contenido del art. 17 de la LOCM con algunas modificaciones que veremos a continuación. Para una mejor comprensión del artículo vamos a dividir su explicación en tres apartados: cómo se concreta el día inicial para el cómputo de aplazamiento; qué obligación tiene el vendedor que su cumplimiento afecte al inicio del cómputo y; qué obligación tiene el comprador a la hora de determinar el inicio del plazo.

4.1. Día inicial del cómputo de los aplazamientos (*dies a quo*)

La LOCM establece como regla general que *a falta de plazo expreso, se entenderá que los comerciantes deben efectuar el pago del precio de las mercancías que compran antes de treinta días a partir de la fecha de su entrega*. Ésta también es la redacción del art. 4.1. LLCM, pero concreta que son *treinta días naturales después de la fecha de recepción*. A diferencia de esta regulación, el ALCM opta, como regla general en la compraventa, por no establecer plazo subsidiario alguno, ya que (salvo reglas especiales como LOCM o LLCM), el pago se deberá efectuar en el momento de la puesta a disposición del bien o de los documentos representativos de aquellas, salvo pacto en contrario (art. 511-14). Por tanto, en la venta con precio aplazado, a excepción de los

supuestos donde se aplique la LOCM o LLCM²⁹, deberá existir siempre pacto de aplazamiento (documentado, conforme a las condiciones previamente realizadas sobre la forma) donde conste el día o plazo en que debe efectuarse el pago como expondremos posteriormente.

Por otro lado, y a diferencia de la LOCM, el plazo no se computa desde la fecha de entrega, sino desde el momento en que se entiende efectuada la puesta a disposición, en línea con las modernas orientaciones en Derecho uniforme del comercio internacional. Para determinar la puesta a disposición, el ALCM establece tres opciones: dos de ellas contenidas en la regulación general de la compraventa y otra en la propia regulación de la venta con precio aplazado. Como regla general, la puesta a disposición se produce poniendo el bien a disposición del comprador en el establecimiento del vendedor o; poniendo el bien en poder de primer porteador, si en el contrato se contempla su transporte, sea éste a cargo del vendedor o del comprador (art. 511-3 ALC).

El supuesto específico se contempla en el apartado 2 del artículo 512-9 ALCM, el cual es una copia literal del artículo 17.6 de la LOCM, sólo de aplicación a los bienes consumibles. La norma tiende a cubrir, como hace la LOCM, los supuestos donde el receptor de los bienes consumibles no los adquiere de forma definitiva, sino que la misma se produce en un momento posterior (v.gr. contrato estimatorio). Para evitar los posibles problemas de concreción de la fecha inicial del cómputo del aplazamiento, el ALCM, siguiendo la LOCM, establece como fecha de puesta a disposición aquella en la que efectivamente se haya producido, aunque el título inicial fuese distinto al de la compraventa, siempre y cuando se adquieran posteriormente por el receptor.

Por último, y como especialidad a los efectos del cómputo de plazos, se debe tener en cuenta con carácter general el art. 4.2 de la LLCM y las especialidades de las ventas a gusto o con reserva de aprobación (art. 512-3 ALCM) y las ventas a ensayo o prueba (art. 512-6.3 ALCM). La LLCM regula el supuesto en que legal o contractualmente se dispone un procedimiento de aceptación o de comprobación de los bienes. En tal caso, el plazo para aceptación o comprobación no puede superar los treinta días naturales a contar desde la recepción de los bienes. Este plazo queda reducido a cinco, salvo pacto en contrario, en los supuestos de ventas a gusto o con reserva de aprobación y ventas a ensayo o prueba. Por tanto, el plazo máximo que las partes pueden acordar para manifestar su aceptación es de treinta días, y si no se pacta nada, para estos supuestos concretos de venta a gusto o ensayo el plazo máximo es de 5 días.

²⁹ A este respecto la profesora PERALES VISCASILLAS, *La morosidad en...*, *op. cit.*, pp. 168 y ss., afirma que la regla del pago al contado, es decir, pago contra entrega, sigue rigiendo para las compraventas que no se aplique la LOCM (su art.17.1 deroga el principio de sinalagma), ya que para estos supuestos la regla general es de pago aplazado.

4.2. La obligación del vendedor: el envío de la factura con antelación y la indicación del día en que debe efectuarse el pago

El ALCM, a los efectos de concretar la fecha de inicio del cómputo de aplazamiento en el momento de la puesta a disposición, establece, con la expresión “siempre y cuando”, un requisito adicional que se concreta en la obligación del vendedor de remitir la factura al comprador con antelación indicando el día en que debe efectuarse el pago. Al respecto debemos realizar varias consideraciones.

La primera está relacionada con la obligación de entrega de la factura con antelación. Esta regla es diferente a las establecidas en la LOCM (art. 17) y LLCM (art. 4). En ambas normas, las facturas se deben hacer llegar a los comerciantes antes de que se cumplan un determinado número de días desde la fecha de recepción y entrega efectiva de la mercancía. Entendemos que la razón de ser de la obligación de entrega con anterioridad de la factura está en establecer claramente que el cómputo del día inicial del aplazamiento es la puesta a disposición de la mercancía y evitar así posibles problemas resultantes de considerar que el cómputo de plazo haya de contarse desde la entrega de la factura cuando sea anterior a la entrega de la mercancía³⁰. La cuestión es qué ocurre cuando se entrega con posterioridad la factura. Entendemos que es desde ese momento cuando se computa el plazo y no desde la puesta a disposición de la mercancía, pues de esta forma se incentiva la diligencia.

Por otro lado, y como expondremos en el apartado posterior, la entrega con anterioridad de la factura puede implicar que la misma no pueda en un primer momento utilizarse como título de crédito (arts. 639 y ss. ALCM) ya que las facturas aceptadas, sólo podrán ser emitidas si se ha producido la entrega real y material de las mercancías al comprador (art. 639-3).

La segunda consideración está relacionada con la obligación de que la factura indique el día en que debe efectuarse el pago. Desde nuestro punto de vista, esta redacción es algo confusa. Efectivamente si por día de pago entendemos un día concreto, entonces no es necesario computar la fecha de inicio de aplazamiento, ya que conocemos con certeza cuándo debe cumplirse la obligación. Se debe referir a aquellos supuestos donde la fecha de pago se concreta conforme y a partir de un día inicial (v.gr. 30 días). Por tanto, la redacción del artículo debería finalizar con la siguiente redacción: *indicando el plazo en que debe efectuarse el pago*.

De todas formas, debemos recordar que si la venta con precio aplazado cae dentro del ámbito de aplicación de la LOCM o LLCM, serán esta la que se aplique en primer lugar, por lo que las facturas se podrán entregar con posterioridad a la entrega,

³⁰ Sobre las distintas posiciones, *Ibid.*, pp. 172 y ss. Simplemente mencionar que el *dies a quo* previsto en la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, difiere del régimen general de la LLCM. En aquel se computa el plazo desde que el deudor haya recibido la factura. Por otro lado, la redacción del art. 4.1 párrafo tercero podría traer confusión respecto al cómputo del *dies a quo*, ya que parece establecer que aquel se produce con la recepción del factura electrónica y no desde la recepción de la mercancía. La interpretación del citado párrafo no puede ir en tal sentido. Sobre este aspecto y la interpretación correcta a tal disposición vid. DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., “El *dies a quo* en la ley de morosidad” en VV.AA., *Estudios e interpretación práctica de la legislación sobre morosidad*, CANDELARIO MACÍAS, I. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 104-105.

en los plazos previstos en cada caso, pero siendo no obstante la fecha de entrega de la mercancía la que sigue determinando el inicio del cómputo del aplazamiento.

4.3. La obligación del comprador: documentar la puesta a disposición

Como hemos expuesto, la fecha de inicio del cómputo de aplazamiento se determina conforme y a partir de la fecha en que se produce la puesta a disposición. Para evitar cualquier controversia sobre cuándo se produce la puesta a disposición el ALCM (art. 512-9.3), al igual que la LOCM (art. 17.2), establece como norma el uso generalizado de la obligación del comprador de documentar la puesta a disposición, expresando la fecha en que se produce. Esta documentación se realiza normalmente a través de albarán u otro documento que acredite la puesta a disposición.

Entre esos documentos podríamos incluir la factura, siempre y cuando la misma contenga, por un lado, la fecha de la puesta a disposición y, por otro, la firma de la persona que la recepciona. Como novedad interesante, y a diferencia del albarán, si esta factura, a su vez, reúne los requisitos de los artículos 639-2 y ss. del ALCM, siendo aceptada por la persona a cuyo encargo se hubieran emitido, la misma produce varios efectos.

El primero es que este documento se convierte en un título de crédito que puede ser endosado. Esta aceptación, salvo prueba en contrario, hará fe de la debida y exacta entrega de las mercancías. Sí es importante destacar, desde nuestro punto de vista, que el uso de la factura aceptada como medio de acreditar la puesta a disposición es siempre voluntaria para el comprador, como consecuencia de los efectos que puede producir el estampado de la firma en el documento. Esta afirmación, se extrae del artículo 639-4 cuando establece que la aceptación de la factura es meramente voluntaria. Por otro lado, podrían surgir cuestiones relacionadas con el elemento intencional, ya que la forma de la aceptación, conforme al régimen supletorio de la letra de cambio (art. 639-8 ALCM) se expresará mediante la palabra *acepto* o cualquier expresión equivalente e irá firmada por el librado (comprador), bastando la simple firme de éste puesta en el anverso de la letra para considerarla aceptación (art. 634-6 ALCM). Conforme a este régimen, es posible que determinados compradores aleguen que firmaron la factura con intención de probar la puesta a disposición, pero no con la intención de convertir la factura en un título de crédito ya que en este último caso, si se endosa el título, las excepciones que puede alegar el comprador para no pagar quedan limitadas³¹.

El segundo efecto es en relación al periodo de pago (art. 639-1 h). A este respecto el ALCM distingue si la forma de pago es periódica o en un solo pago. En el primer supuesto, en caso de periodicidad, la factura deberá expresar el número de pagos que han de realizarse, las fechas de pago y la cantidad que ha de abonarse en cada una de las fechas. En el otro supuesto, un solo pago, caben dos posibilidades, que conste la

³¹ En el ámbito de los consumidores este efecto será más importante, ya que éstos conocen la función de la letra de cambio, del cheque y del pagaré, pero desconocen que una factura pueda cumplir la misma función. Por ese motivo se producirán casos donde el consumidor alegue que desconocía que estaba aceptando un título de crédito. Esto provocará a su vez, *lege ferenda*, que la Ley de consumidores o en el propio ALCM se establezca como requisito que en la factura se incorpore información sobre los efectos que produce la firma de ésta y sus consecuencias.

fecha de pago o que la misma no conste. En este último supuesto, la factura deberá ser pagada dentro del mes siguiente a la fecha del libramiento. Conforme a las reglas de cómputo de las letras de cambio y el pagaré (art. 639-8 en relación con el art. 636-4 ALC) el mes se computa de fecha a fecha. Esto podría implicar a priori una contradicción con los plazos establecidos en la LOCM y LLCM, ya que los mismos establecen que a falta de pacto sobre la fecha de pago el mismo será de treinta días desde la fecha de recepción o entrega, y conforme a estas leyes las facturas se pueden enviar con posterioridad. De esta forma, el uso de la factura aceptada puede ser un medio de evitar el cumplimiento de los plazos establecidos en aquellas dos normas³², a no ser que la fecha del libramiento de la factura coincida con la de la recepción o entrega de la mercancía³³.

5. INTERÉS DE DEMORA

La regulación de las ventas con precio aplazado ha establecido de forma expresa cuándo se produce el devengo de los intereses de demora. De acuerdo con el art. 512-10 el devengo se produce de forma automática a partir del día siguiente al plazo pactado para el pago en el contrato en atención al artículo 512-9 (fecha de inicio del cómputo de aplazamiento). De esta forma recoge el principio de mora automática, *mora ex re* (no es necesario la interpelación al deudor), que ya se establecía tanto en la LOCM (art. 17.5) como en la LLCM (art. 5).

Este principio también es recogido en las disposiciones generales de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general del ALCM, que en la Sección 2ª del Capítulo VIII regula la morosidad en operaciones entre empresarios y operadores del mercado³⁴. En dicho capítulo, su artículo 418-4.2 ya recoge este principio, por lo que se podría entender que resultaba innecesario que la regulación de las ventas con precio aplazado incluyera expresa y adicionalmente una disposición que confirmara el automatismo de la mora. Esta valoración, sin embargo, no resulta totalmente acertada cuando percibimos que el art. 512-10 emplea la conjunción copulativa “y” para exigir cumulativamente la concurrencia de dos requisitos para que se produzca el devengo de

³² Planteemos el supuesto en que las mercancías se entregan el día 1 de enero y se emite y entrega la factura el día 15 de ese mismo mes y no está establecido cuándo se debe pagar. Conforme a la LOCM y LLCM, el pago se deberá realizar dentro del mes de enero. Pero si la factura tiene la consideración de título de crédito por reunir los requisitos establecidos en el ALCM, entonces el pago se podrá efectuar hasta mediados de febrero. Por tanto, se cuenta con un plazo superior a 30 días.

³³ El art. 11. 1 del RD 1619/2012, de 30 de noviembre, que aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación [RCL 2012/1636], establece que *las facturas deberán ser expedidas en el momento de realizarse la operación. No obstante, cuando el destinatario de la operación sea un empresario o profesional que actúe como tal, las facturas deberán expedirse antes del día 16 del mes siguiente a aquél en que se haya producido el devengo del Impuesto correspondiente a la citada operación*. Y el devengo en la entrega de bienes, como regla general (art. 75 de la Ley 37/1992, de 28 del Impuesto sobre el Valor Añadido), se produce cuando tenga lugar la puesta a disposición.

³⁴ El ALCM recoge en su articulado dos regímenes diferentes en relación con la morosidad. Uno que recoge la normativa europea sobre la materia (arts. 418-4 al 418-6) y otro que contempla aquellos supuestos que no recoge la normativa europea (arts. 418-1 al 418-3), es decir, aquellos que, respectivamente, entran o no en el ámbito de aplicación de la LLCM y de los arts. 16 y 17 de la LOCM.

los intereses de demora: que no se haya efectuado el pago en el momento en que debió efectuarse y que se cumpla lo dispuesto en el art. 512-9. Por tanto, este planteamiento explicaría la oportunidad del legislador de establecer una regulación propia de la mora para las ventas con precio aplazado, con requisitos más específicos que los generales contenidos en el art. 418-4.2 De ahí que si no se cumplen estos requisitos no se producirá la mora automática.

Respecto a la necesidad de que el retraso sea imputable al deudor, las disposiciones generales relativas al devengo de intereses entre empresarios y operadores del mercado así lo establecen expresamente (art. 418-5 ALCM), mención que no se recoge en el art. 512-10. Entendemos que tal exigencia debe aplicarse por dos motivos. El primero, porque al no mencionar nada la norma especial nos debemos remitir a las disposiciones generales del ALCM, el cual establece el requisito de que el retraso sea imputable al deudor, al igual que la LLCM. El segundo, por aplicación de la teoría general de obligaciones. La mora es un incumplimiento no definitivo de la prestación, y como tal, es necesario que se satisfagan los requisitos para que nazca la responsabilidad del deudor, entre otros, la imputación a éste del retraso en el cumplimiento³⁵.

Por otro lado, el artículo 512-10 no regula qué tipo de interés es aplicable, por lo que tendremos que acudir a otras disposiciones que nos concreten tal aspecto. En este punto, entran en juego varias normas: las disposiciones generales del ALCM, la LOCM y la LLCM.

La primera, las disposiciones generales del ALCM, establecen normas generales sobre intereses moratorios y costos de cobro, remitiéndose a la ley (si no se deroga, entendemos, la LLCM) a aquellos aspectos que no están expresamente regulados (plazos de pago, los puntos porcentuales y la cantidad a cobrar por costos de cobro). Por tanto, ante un supuesto de venta con precio aplazado y en relación con el interés de demora, si entra dentro del ámbito de aplicación del art. 16 de la LOCM, se aplicará el art. 17.5 LOCM: primero, pacto entre las partes (siempre que no sea inferior al señalado para el interés legal incrementado en un 50 por 100); segundo, en ausencia de pacto, se aplicaría el art. 7 de la LLCM. Si no entra dentro del ámbito de la LOCM, sería de aplicación el tipo de interés conforme al art. 418-5: primero, pacto entre la partes y, segundo, en ausencia de este, lo que dispone el citado artículo, el cual a efectos de cálculo de los puntos porcentuales se remite a la ley, ley que, si no se deroga, sería la LLCM.

6. DERECHOS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR

El ALCM contempla, en su artículo 512-11, *que si el comprador demora el pago del plazo único, de dos plazos o del último, en caso de que se hayan pactado varios, el vendedor podrá por su sola declaración dirigida al comprador exigirle el pago de todos los plazos pendientes de abono o resolver el contrato, junto con la indemnización*

³⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 667 y ss. Criticando la opción adoptada por el ALCM, MIRANDA SERRANO; GARCÍA MANDALONIZ, "Morosidad y Ley...", *op. cit.*, pp. 126-127.

de los daños y perjuicios que correspondan. Para el supuesto en que el vendedor opte por la resolución, el citado artículo añade otros conceptos y cuantías que en todo caso se incluirán en la partida indemnizatoria, relacionadas con la tenencia y depreciación del bien. Expongamos a continuación cada uno de los supuestos.

6.1. Cumplimiento de la prestación

Una de las opciones que tiene el acreedor ante el incumplimiento de la prestación es exigir al deudor su cumplimiento, es decir, el pago. Esta solución es sencilla en los supuestos en que el pago deba ser realizado en un pago único, o que siendo varios, sólo quedara por efectuar el último de ellos. Sin embargo, podría ser más problemático si se han acordado varios plazos de pago, ya que si se incumple uno, hay que plantearse qué ocurriría con el resto de los plazos que no han vencido aún y que no son exigibles.

En la práctica, tradicionalmente, la solución se ha alcanzado por vía convencional (las partes acuerdan que el impago de uno de los plazos conllevará la posibilidad de exigir el resto de ellos, es decir, el vencimiento anticipado de los pagos que resten por pagar), a no ser que existiera una norma que regulase por algún motivo esta posibilidad de vencimiento anticipado, como es el caso de la LVPBM (art. 10).

El ALCM opta por regular expresamente esta posibilidad siguiendo parcialmente la redacción articulada en la LVPBM. De esta forma, el art 512-11.1 del ALCM establece que *si el comprador demora en el pago (...) de dos plazos (...), en caso de que se hayan pactado varios, el vendedor podrá por su sola declaración dirigida al comprador exigirle el pago de todos los plazos pendiente de abono* (art. 512-11.1). Por tanto, es necesario que se cumplan dos requisitos. Primero, que se produzcan al menos el impago de dos plazos³⁶, pues no basta con el simple impago de un único plazo. De esta forma se constata la voluntad del comprador de no cumplir.

Segundo, y no contemplado en la LVPBM, la necesidad de la interpelación al deudor comunicándole la exigencia del pago de todos los plazos pendientes de abono. La forma de la comunicación podrá ser cualquiera, la cuestión, como siempre, es el problema probatorio.

Además de exigir el pago del precio, incluso el vencimiento anticipado de los que resten por pagar, cuando el retraso sea imputable al deudor, el ALCM amplía los conceptos indemnizatorios no sólo a los intereses de demora, sino además, a *la indemnización de los daños y perjuicios que procediere conforme a la legislación civil y mercantil*. Efectivamente, siempre ha sido una cuestión debatida si, conforme al artículo 1108 CC, la indemnización a la que sólo podría optar el acreedor en obligaciones pecuniarias, salvo pacto en contrario, era el interés convenido o, a falta de éste, el interés legal. La redacción de la ALCM despeja esa duda, al aclarar que la indemnización no se agota con el cobro del interés de demora sino que también es posible incluir otros conceptos. Entre ellos, se incluirían los costes de cobro, concepto

³⁶ Según BERCOVITZ, *Comentarios a la ley de venta...*, *op. cit.*, pp. 216 y ss., en atención a la ratio de la norma en la LVPBM, los dos plazos impagados deben ser consecutivos. En contra de esta opinión, GARCÍA SOLÉ, *Comentarios a la Ley de...*, *op. cit.*, p. 201. MARTÍNEZ DE AGUIRRE; VERDESOTO GÓMEZ, “El contrato de compraventa...”, *op. cit.*, p. 480.

indemnizatorio introducido en la LLCM (art. 8)³⁷ y reflejado en las disposiciones generales del ALCM (418-5.2). Por otro lado, se ha discutido con la aplicación de la LLCM la posibilidad de solicitar otros conceptos indemnizatorios, al no especificar expresamente esta disposición nada al respecto³⁸. Esta problemática queda también solucionada con la nueva regulación del ALCM, permitiendo, siempre que reúna los requisitos legales, la posibilidad de reclamar otros daños.

6.2. Resolución del contrato

Otra de las cuestiones ampliamente debatidas era si la mora podía implicar la resolución del contrato.

Esta cuestión queda también zanjada en el ALCM, siguiendo las orientaciones de la LVPBM, al establecer que *si el comprador demora el pago del plazo único, de dos plazos o del último, en caso de que se hayan pactado varios, el vendedor podrá por su sola declaración dirigida al comprador (...) resolver el contrato* (art. 512-11.1). Como se puede apreciar, el legislador, siempre que se cumplan los requisitos -demora en el pago del plazo único, último o dos plazos e interpelación al deudor- opta por la posibilidad de resolución extrajudicial, siempre y cuando, no sea impugnada por la otra parte, que en tal caso se deberá acudir al Juez.

También se podrán exigir la indemnización de los daños y perjuicios que procediere conforme a la legislación civil y mercantil, pero a diferencia de la opción de cumplimiento, el ALCM concreta una serie de conceptos y cuantías que comprenderá en todo caso la indemnización (art. 512-11.b). El primero, *en concepto de tenencia de los bienes del comprador, una cuantía razonable fijada por el juez en atención al porcentaje de plazos vencidos*. De esta forma se intenta evitar un posible enriquecimiento injusto por parte del comprador. Efectivamente, la resolución implica la devolución de las prestaciones, en caso del vendedor la devolución de los pagos efectuados por el comprador; y por parte de este último, la devolución del bien. Pero el comprador ha podido utilizar el bien u obtener algún provecho de él durante el periodo de tiempo que lo ha poseído. Si no lo ha pagado o le ha sido devuelto parte de los pagos realizados como consecuencia de la resolución, se hace evidente ese enriquecimiento injustificado. La LVPBM concretaba la cantidad, un 10 por 100 de los plazos vencidos

³⁷ En relación con la indemnización por costes de cobro dejar simplemente apuntado que se produjo una modificación del art. 8 LLCM, ajustándose la Ley a la Directiva 2011/7/UE. Efectivamente, con anterioridad a la promulgación del RD-ley 4/2013 y a la Ley de Medidas de Apoyo al Emprendedor, este tipo de indemnización alcanzaba como regla general hasta un máximo del 15% de la cuantía de la deuda, excepto en los supuestos en que la deuda no superase los 30.000 euros, en cuyo caso el límite de la indemnización estaba constituido por el importe de la deuda de que se trate (versión anterior del art. 8 LLCM). Conforme a las modificaciones realizadas por las disposiciones anteriormente citadas, el actual art. 8 LLCM, establece que cuando el deudor cuando incurra en mora, el acreedor tendrá derecho a cobrar del deudor una cantidad fija de 40 euros, pudiendo también reclamar todos los costes de cobre debidamente acreditados que haya sufrido a causa de la mora de éste y que superen la cantidad antes mencionada. Conforme a la opinión de MIRANDA SERRANO; GARCÍA MANDALONIZ, "Morosidad y Ley...", p. 102, la cantidad de 40 euros no es por procedimiento sino por factura impagada.

³⁸ PERALES VISCASILLAS, *La morosidad en...*, op. cit., pp. 245 y ss.

(art. 10.1.a). La ALCM opta por que sea el juez quien establezca las cantidades debidas pero tomando como referencia el porcentaje de los plazos vencidos.

El segundo, *en concepto de la depreciación comercial de los bienes, una cantidad razonable fijada por el juez que no podrá ser superior a la quinta parte del precio de venta al contado*. Este concepto tiene como finalidad compensar la pérdida de valor del bien por el transcurso del tiempo.

Lo que no incluye estos conceptos indemnizatorios es el deterioro de la cosa vendida. La LVPBM (Art. 10.1 *in fine*) establece que *por el deterioro de la cosa vendida, si lo hubiere, podrá exigir el vendedor, además, la indemnización que en derecho proceda*. A diferencia de los anteriores conceptos, tenencia y depreciación, que son partidas indemnizatorias fijadas *ope legis*, siendo indiscutibles, el relativo al deterioro habrá de acreditarse en el caso de que lo hubiere³⁹. El ALCM no menciona nada al respecto, por que habrá de interpretarse, en nuestra opinión, en el mismo sentido.

Es interesante analizar brevemente el caso de si el comprador ha vendido el bien y no es posible recuperarlo (p.ej. tercero de buena fe o no es oponible una posible reserva de dominio). En este supuesto, como la devolución no es posible, se sustituirá el bien por su equivalente pecuniario, por lo que indirectamente estaríamos solicitando un cumplimiento específico de la obligación. La cuestión que se suscita es cuál es su equivalente pecuniario. Partiendo de la premisa que restituir no es resarcir⁴⁰, y que aquella se ha producido por el incumplimiento del comprador, la restitución englobaría el valor del bien conforme a lo pactado entre las partes, ya que si fuera el precio de venta al contado le resultaría más ventajoso al comprador la resolución que el cumplimiento. Por otro lado, y como concepto indemnizatorio, se debería valorar cuál es el valor del bien en el mercado en el momento de la restitución. Si es superior el valor del bien en el mercado al precio acordado en el contrato, el vendedor estaría perdiendo la posibilidad de vender el bien que se le debe restituir en el mercado, por tanto esa diferencia la debe cubrir el comprador. Si es menor, no hay depreciación del bien, porque éste no se restituye.

Por último, nos encontramos con la cuestión del beneficio del comprador al revender el bien. ¿Se estaría produciendo un enriquecimiento injusto por la venta de un bien que no ha pagado previamente? Creemos que ésta es una cuestión que deberán dilucidar los tribunales y dependerá de los hechos del caso, ya que es posible que el comprador-revendedor haya desplegado una actividad tan intensa que el tribunal entienda que no es un enriquecimiento injusto.

6.3. Facultades de los Jueces y Tribunales

El art. 512-11.2 reconoce ciertas facultades a los Jueces y Tribunales, en concreto la posibilidad, con carácter excepcional y justas causas, de señalar nuevos plazos o alterar los convenidos y, también, moderar cláusulas penales para el caso de incumplimiento

³⁹ STS 20 octubre 1997 (RJ 1997, 8563).

⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., vol. II., p. 876.

del comprador. El reconocimiento de estas facultades en el ALCM no es nuevo, todo lo contrario, responde a una copia casi literal del actual artículo 11 de la LVPBM (el cual es a su vez, aunque únicamente respecto a la posibilidad de señalar o alterar los plazos, una transposición del art. 13 de la anterior LVPBM de 1965). Expondremos a continuación ambos por separado:

a. Señalar nuevos plazos o alterar los convenidos

Como hemos mencionado anteriormente, esta facultad otorgada a los Jueces es reconocida desde antiguo. Ya en la LVPBM de 1965 se contemplaba esta posibilidad. Las diferencias entre ambas regulaciones, LVPBM y ALCM, es que la primera califica expresamente tal facultad de discrecional y además enumera de forma ejemplificativa qué tipo de causas pueden considerarse justas (*desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios*⁴¹), cuestiones ambas que no se mencionan en el ALCM por el tipo de sujetos al que está destinado, pero que en principio no afectan nada a la génesis común de la norma.

Como ya se discutió respecto al art. 13 de la LVPBM de 1965, se podría entender que esta facultad está inspirada en el artículo 1124.3 del Código civil, por lo que podría resultar innecesario esta redacción. Pero como bien argumenta el profesor Bercovitz⁴² en relación con la LVPBM, que es posible aplicar a este supuesto, entre ambos artículos existen grandes diferencias. Así, en efecto, el art. 1124.3 CC es una norma *favor contractus* (conservación del contrato) y es necesario que se ejercite una acción de resolución por el acreedor para que los Jueces y Tribunales puedan conceder un plazo. Por el contrario, el art. 512-11.2 del ALCM es una norma no sólo *favor contractus* sino también *favor debitoris* (solicitada por el comprador) y es posible tanto si se ejercita una acción de resolución como un acción de cumplimiento, así como si el comprador la quiere solicitar directamente mediante el ejercicio de una acción directa. También se diferencia en que el art. 1124.3 sólo faculta al Juez al señalamiento de nuevos plazos, mientras que el ALCM amplía el ámbito de la facultad para fijar igualmente nuevos recargos. De igual modo y a diferencia de la disposición del CC, esta facultad puede ser ejercitada antes de que se produzca el incumplimiento, puesto que lo que se intenta evitar es precisamente este último⁴³.

Su ejercicio por parte del comprador y su aplicación por parte de los Jueces y Tribunales, que será excepcional y muy justificada, podrá ser una vía para evitar la aplicación de los intereses de la LVC. En primer lugar, porque la modificación del plazo y de los recargos supone una novación parcial de la obligación, lo que implica que el comprador ante el nuevo plazo no ha incurrido en mora. En segundo lugar, si entendemos que la solicitud de esta medida es precisamente facilitar el cumplimiento de pago y evitar más cargas, si aplicamos los intereses de demora, tal finalidad no se cumpliría, por lo que entendemos que si se aplican intereses estos serían remuneratorios

⁴¹ En relación con esta facultad y sus causas, STS 17 septiembre 1991 (RJ 1991, 6054).

⁴² BERCOVITZ, *Comentarios a la ley de venta...*, *op. cit.*, pp. 238 y ss. En este mismo sentido, GARCÍA SOLÉ, *Comentarios a la Ley de Venta...*, *op. cit.*, pp. 217 y ss.

⁴³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE; VERDESOTO GÓMEZ, "El contrato de compraventa...", *op. cit.*, pp. 483-484.

no moratorios. Por último, el reconocimiento de la existencia de justa causa puede llevar a equívoco de equipararla siempre con la no responsabilidad del deudor, por lo que si erróneamente aceptamos esta premisa los intereses de demora no serían de aplicación conforme al art. 6 LLCM.

De igual modo, la introducción de esta facultad en el régimen legal supletorio que se afirma de la venta con precio aplazado del ALCM, ¿podría implicar su aplicación a los supuestos de adquisiciones de los comerciantes de la LOCM y de los plazos e intereses de la LLCM?

Para finalizar, conviene advertir que la aplicación del artículo 11 de LVPMB no ha sido muy amplia existiendo pocas resoluciones al respecto por razones de índole procesal⁴⁴. Pero puede anticiparse una mayor atención judicial sobre estos aspectos, como resultado de la aplicación de esta norma a operaciones mercantiles.

b. Moderación de cláusulas penales

La moderación de las cláusulas penales, con carácter general, ha sido objeto de atención por parte de la doctrina y de la jurisprudencia en numerosas ocasiones, pero el criterio dominante es, conforme al art. 1154 CC, que la moderación solo cabe cuando la cláusula se pacta para un incumplimiento total y se produce uno parcial⁴⁵.

La introducción en la actual LVPMB (ya que en la anterior versión de 1965 no se establecía) de facultades moderadoras de Jueces y Tribunales sobre cláusulas penales pactadas para el caso de pago anticipado o incumplimiento por parte del comprador (art. 11.2) ha animado a cierta doctrina a considerarla, bien distinta, en algunos aspectos, del régimen general del art. 1154 CC⁴⁶ o, bien un desarrollo de este artículo⁴⁷. Conforme a estas posturas los Jueces y Tribunales podrían discrecionalmente moderar las penas pactadas sin necesidad de que existiera un incumplimiento parcial.

Esta orientación es la que recoge el segundo párrafo del artículo 512-11.2, que establece que los Jueces y Tribunales *igualmente, tendrán facultades moderadoras de las cláusulas penales pactadas para el caso de incumplimiento por parte del comprador* (como se puede observar, el supuesto de hecho es sólo el incumplimiento del comprador y no para el pago anticipado por parte de este).

La inclusión de esta facultad dentro de la regulación de la venta con precio aplazado resulta innecesaria e inconveniente desde nuestro punto de vista por varios motivos. Inconveniente, en primer lugar, porque estamos hablando de compraventas

⁴⁴ Sobre este aspecto, MARCO SAAVEDRA, A., “Aspectos procesales de la ley de ventas a plazos de bienes muebles”, en VV.AA., *La Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, NIETO CAROL, U. (ed.), Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 280 y ss.

⁴⁵ Sobre este aspecto y las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales, FELIU REY, J., “Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo”, *Anuario de derecho civil*, vol. LXVII, I, 2014, pp. 204 y ss.

⁴⁶ De este modo, el art. 1154 CC se refiere a incumplimiento parcial y es de aplicación obligatoria por Jueces y Tribunales cuando se produzca el supuesto de hecho. Por el contrario la LVPMB no exige el incumplimiento parcial para que sea de aplicación la moderación siendo esta una facultad discrecional del Juez (SAP Zaragoza 30 abril 2012 (JUR 2012, 179992)). Sobre las diversas posiciones doctrinales, vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE; VERDESOTO GÓMEZ, “El contrato de compraventa...”, *op. cit.*, pp. 485-486.

⁴⁷ TRUJILLO DÍEZ, I. J., “Aspectos controvertidos en la nueva Ley de venta a plazos de bienes muebles”, *Derecho de los negocios*, vol. 101, 1999, p. 35.

entre empresarios y no con consumidores, lo que podría justificar en este último caso, aunque con críticas, su incorporación en la LVPBM como mecanismo de protección. En segundo lugar, porque estaría desvirtuando determinados efectos de la cláusula penal, como el disuasorio y coercitivo⁴⁸. Innecesaria, porque si admitimos lo anteriormente expuesto, nos bastaría la regulación del art. 1154 CC.

Por otro lado, no se determinan los parámetros de la moderación. Entendemos, conforme al primer párrafo del art. 512-11.2, que es una facultad ejercida de forma excepcional y por justas causas. Lo que nos preguntamos es si la moderación ha de realizarse en atención a la razonabilidad de las justas causas o porque es notoriamente desproporcionada en relación con el daño efectivamente sufrido, como reza el art. 417-5, siguiendo las orientaciones del Derecho uniforme (PICC art. 7.4.13, PECL art. 9:509 y DRAFT III.-3:712) sobre la posibilidad de moderar por parte del juez las cláusulas penales pecuniarias.

⁴⁸ Sobre este aspecto, FELIU REY, “Cláusula penal...”, *op. cit.*, pp. 206 y ss.

EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

MARÍA DEL MAR MAROÑO GARGALLO*
ÁNGEL GARCÍA VIDAL**

Resumen

Uno de los contratos, actualmente atípicos en el Derecho mercantil, que el Anteproyecto de Código Mercantil pasa a regular es el contrato de suministro. El presente trabajo analiza las disposiciones contenidas en el Anteproyecto en relación con esta figura contractual, a la vez que presta atención a los casos de competencia desleal por explotación de la posición de dependencia económica (también regulados en el Anteproyecto), por ser el contrato de suministro una de las relaciones contractuales paradigmáticas de la existencia de este tipo de dependencia.

Contenido

1. Preliminar. – 2. Concepto y naturaleza. – 3. Obligaciones de las partes. – 3.1. Obligaciones del suministrador. – 3.2. Obligaciones del suministrado. – 4. Otros pactos. – 5. Extinción del contrato. – 5.1. Extinción por transcurso del tiempo. – 5.2. Extinción por denuncia unilateral en contratos de duración indefinida. – 5.3. Extinción por incumplimiento de las obligaciones contractuales y la posibilidad de suspensión del suministro. – 6. El contrato de suministro y la explotación de la dependencia económica.

1. PRELIMINAR

Una de las principales características del Anteproyecto de Código Mercantil aprobado por el Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2014 (en adelante, el Anteproyecto) es el hecho, destacado en el apartado I-29 de su Exposición de Motivos, de que “la mayor parte del Código incluye la regulación de materias que carecían de normativa aplicable y que, por lo tanto constituyen una innovación en el ordenamiento jurídico”. Pues bien, entre la regulación de materias nuevas se encuentra la relativa al contrato de suministro, una modalidad contractual que hasta el momento no cuenta con regulación expresa en el ámbito de nuestro Derecho privado positivo¹. De ahí que ya la mera inclusión de una

* Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Santiago de Compostela.

** Profesor Titular de Derecho Mercantil acreditado como Catedrático. Universidad de Santiago de Compostela.

¹ Sí existe regulación en el ámbito administrativo (vid. el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público). Vid. LACRUZ LOZANO, M^a. T., “El contrato de suministros y el contrato de servicios. Notas prácticas

regulación específica para este contrato en el Anteproyecto de Código Mercantil (en adelante, el Anteproyecto) merezca una valoración positiva.

En la actualidad, a falta de una regulación expresa, para determinar las reglas aplicables al contrato de suministro hay que atender, en primer lugar, a la voluntad de las partes contratantes reflejada en las cláusulas del respectivo contrato (artículo 1255 del Código civil); en su defecto, y por analogía, a la normativa relativa al contrato que se considera más afín, que es el de la compraventa; y, por último, a las normas generales sobre obligaciones y contratos².

La afinidad del contrato de suministro con el de la compraventa ha sido reconocida reiteradamente por la jurisprudencia³, si bien se ha precisado -con acierto- que la afinidad no implica la identificación de ambos contratos⁴. Por este motivo, la inclusión en el Anteproyecto de una regulación expresa para el contrato de suministro puede servir para dotarle de una regulación que atienda a las especificidades propias de esta modalidad contractual.

Debe advertirse, con todo, que la nueva regulación se apoya en esa señalada afinidad, y lejos de agotar los distintos aspectos de la regulación del contrato de suministro, remite en lo no previsto específicamente para este contrato a las reglas que el propio Anteproyecto fija para el contrato de compraventa (vid. el art. 513-9 del Anteproyecto⁵). Porque, como se destaca en el apartado VI-12 de la Exposición de Motivos del Anteproyecto, el contrato de suministro, y de igual modo el contrato de permuta, son “tipos contractuales distintos de la compraventa con vinculación evidente en cuanto a la prestación principal del contrato”.

Al tipificarse como un contrato afín a la compraventa, el contrato de suministro se incluye en el capítulo III del Título I (relativo a los contratos de intercambio de bienes) del Libro Quinto del Anteproyecto, tras regular la compraventa mercantil y las modalidades especiales de compraventa mercantil. Esta nueva regulación se formula, según se reconoce en la propia Exposición de motivos del Anteproyecto (VI-54), “a la vista de las soluciones jurisprudenciales y del Derecho Comparado, en particular, el italiano”.

Fijado así el régimen normativo del contrato, la libertad contractual sigue teniendo su espacio desde que, conforme a lo dispuesto en el artículo 411-1 del Anteproyecto, las normas reguladoras de los contratos, excepto las relativas a su noción y su mercantilidad, tendrán un carácter dispositivo “salvo que en ellas se establezca expresamente otra cosa”.

aproximativas a su regulación en la Ley de contratos del sector público para su aplicación a las entidades locales”, en COLÁS TENAS, J; MEDINA GUERRERO, M. (coords.), *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, IFC - Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, pp. 419 ss

² En este sentido, por ejemplo, las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 91/2002 de 7 febrero (RJ\2002\2237), núm. 340/2003 de 3 abril (RJ\2003\3002), o la de 28 de octubre de 2005 (EDJ 2005\171677).

³ Vid STS (Sala de lo Civil) núm. 340/2003 de 3 abril (RJ\2003\3002) o la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 551/2011 de 8 julio (RJ\2011\5009).

⁴ Vid SSTS (Sala de lo Civil) de 30 noviembre 1984 (RJ\1984\5695), y de 20 mayo 1986 (RJ\1986\2734).

⁵ Según este precepto: “En todo lo no previsto en este capítulo serán aplicables al contrato de suministro las reglas del contrato de compraventa contenidas en este Código”.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA

El Anteproyecto no se aparta de las definiciones que de este contrato vienen danto tanto la doctrina como la jurisprudencia⁶. De esta suerte, en el artículo 513-1 del Anteproyecto se define el contrato como aquel contrato por el que “el suministrador se obligará a realizar a favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de los bienes objeto del contrato y aquél a pagar el precio”.

Es un contrato del que se deriva la obligación del suministrador de realizar un conjunto de prestaciones periódicas o continuadas, consistentes en la entrega de un determinado bien al suministrado, en las condiciones y épocas fijadas en el contrato, o en atención a las necesidades del suministrado⁷. Es un contrato bilateral, conmutativo, sinalagmático y de duración, que recae sobre cosas muebles, incluidos el gas o electricidad⁸, nunca sobre servicios⁹.

En la actualidad el contrato de suministro es un contrato consensual en el que, al no estar expresamente regulado, rige la libertad de forma conforme a lo dispuesto en el artículo 51 del Código de comercio. El Anteproyecto no varía la condición de contrato consensual y, en virtud de lo dispuesto en sus artículos 413-1 y 413-8, puede adoptar cualquiera de las formas válidamente admitidas en Derecho, sin perjuicio de los problemas probatorios que pueda acarrear en su caso el hecho de que el contrato no se recoja por escrito.

Por otra parte, el contrato de suministro se califica por la doctrina como contrato de intercambio de bienes, y así se recoge en el Anteproyecto. La principal diferencia con el contrato de compraventa reside en el carácter sucesivo y periódico de la obligación de entrega, pues en la compraventa la entrega se verifica de una sola vez¹⁰. Como destaca la STS de 20 de mayo de 1986, el contrato de suministro “cubre un cierto número de operaciones, que lo diferencian de la compraventa, especialmente por su finalidad previsoras en orden a la obtención, mediante precio, de unos bienes con la periodicidad pactada”.

⁶ Vid., entre otras las SSTS (Sala de lo Civil) de 30 noviembre 1984 (RJ\1984\5695), de 8 julio de 1988 (RJ\1988\5589), la de 7 febrero de 2002 (RJ\2002\2237), o la de 13 junio de 2002 (RJ\2002\4897). Así en la STS de 8 de julio de 1988 se concluye que “atendiendo a la doctrina jurisprudencial y a la científica en general, es factible estimar como notas características del contrato del suministro la existencia de un solo contrato comprensivo de un conjunto de determinadas mercancías o géneros a servir en períodos de tiempos determinados o a determinar, con posterioridad y por un precio de la forma preestablecida por las partes”. Y en la doctrina PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, C., “Contratos de intercambio de bienes”, en CUESTA RUTE, J. M. (Dir.); *Contratos mercantiles*, I, 2ª ed., 2009, Bosch, pp. 163 y ss. (p. 253); o BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de suministro”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (Dir.), Tomo I, 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 517 y ss. (p. 518).

⁷ En este caso, esas prestaciones no pueden estar totalmente determinadas en el contrato, ya que si no sería imposible diferenciarlo de la compraventa con entregas repartidas o fraccionadas (donde existe una prestación única, aunque se fracciona su cumplimiento). En el suministro se contemplan varias prestaciones, debiendo determinar el suministrado, dentro de los límites del contrato, la periodicidad y cantidad en función de sus necesidades. BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de suministro”, cit., p. 521.

⁸ PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, C., “Contratos de intercambio de bienes”, cit. p. 228. El objeto suministrado, son, pues, bienes generalmente genéricos, que puedan ser contados y medidos, aunque no hay inconveniente en que sean cosas específicas.

⁹ Así, BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de suministro”, cit., p. 527.

¹⁰ Vid. STS de 3 de abril de 2003 (EDJ 2003\6543).

Por otra parte, aun cuando el suministro con pacto de exclusiva se asemeja en ciertos aspectos a contratos como el de agencia o el de concesión, se diferencia de ellos pues el suministrado actúa con total independencia, sin estar sujeto a una política o estrategia de distribución del suministrador.

Tipificado, como se ha dicho, como un contrato de intercambio de bienes, el Anteproyecto dispone que se le aplican, en lo no previsto, los preceptos relativos a la compraventa que se recogen en el propio Código Mercantil. Sin embargo, y al contrario de lo que hace el artículo 511-1 del Anteproyecto con la compraventa¹¹, el artículo 513-1 del Anteproyecto proclama la naturaleza siempre mercantil del contrato de suministro.

En la actualidad, la jurisprudencia entiende que cuando en la regulación del contrato de suministro haya que acudir por analogía a la normativa sobre la compraventa, se deberán aplicar los artículos 1445 y ss. del Código Civil y, en su caso, si es mercantil, los artículos 325 y ss. del Código de Comercio. No obstante, la capacidad organizativa que exige el cumplimiento de la obligación asumida por el suministrador, necesaria para poder cumplir con sus obligaciones de entregas periódicas o continuadas, parece identificarse fácilmente con una empresa y con el cumplimiento de las exigencias que se derivan del artículo 325 del Código de Comercio¹².

Evitando esta disyuntiva, el Anteproyecto fija con carácter imperativo la naturaleza mercantil del contrato de suministro. A este respecto, debe recordarse que a la hora de determinar la aplicación de las normas del futuro Código, será preceptivo atender a sus ámbitos de aplicación objetiva y subjetiva (recogidos en los artículos 001-2 y 001-3 del Anteproyecto). Y en concreto la mercantilidad del contrato de suministro parece corresponderse con el supuesto recogido en la letra b del apartado primero del artículo 001-3 que, al delimitar el ámbito de aplicación objetivo del nuevo Código, señala que “son mercantiles y quedan sujetos a las normas del presente Código: (...) b) Los actos y contratos que, por razón de su objeto o del mercado en que se celebren, el Código califica de mercantiles”; sin perjuicio de que cuando en el contrato intervenga un consumidor se aplique la legislación protectora de los consumidores (artículo 001-3, apartado 2 del Anteproyecto).

3. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

3.1. Obligaciones del suministrador

El contrato de suministro es un contrato sinalagmático del que se derivan obligaciones para ambas partes. La obligación esencial del suministrador es entregar al suministrado las cosas objeto del contrato en la cantidad, calidad y plazo convenidos. De ahí que el

¹¹ Según el artículo 511-1 del Anteproyecto “Mercantilidad. Es mercantil la compraventa realizada en el ejercicio de alguna de las actividades expresadas en el artículo 001-2 de este Código, siempre que, además, estén sujetos al propio Código el comprador o el vendedor.

Si la compraventa tiene naturaleza mercantil en razón de una de las partes contratantes, ambas quedarán sometidas por igual a las disposiciones de este Código, sin perjuicio de la aplicación de la legislación sobre protección del consumidor”.

¹² BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de suministro”, cit., p. 520.

suministro recaiga normalmente sobre bienes muebles de naturaleza genérica susceptibles de ser objeto de entregas periódicas o continuadas.

El artículo 513-2 del Anteproyecto perfila la obligación de entrega, al precisar que el suministrador “deberá entregar bienes cuya calidad y tipo sean conformes a los estipulados en el contrato, con la frecuencia o continuidad y en la cantidad señaladas en él”. De esta suerte, son las partes las que, mediante las cláusulas contractuales han de fijar el tipo y la calidad del bien que ha de ser suministrado, lo que además reviste especial importancia para poder luego determinar si hay o no un incumplimiento del contrato¹³.

En lo que atañe a la cantidad de bienes que han de ser suministrados en cada entrega, en el contrato se deberán fijar reglas o pautas que permitan su determinación. El Anteproyecto trata de evitar que el contrato no tenga un objeto cierto, disponiendo que, a falta de determinación contractual, se entenderá que se ha pactado teniendo en cuenta las necesidades del suministrado, determinadas en el momento de la celebración del contrato (artículo 513-2.2). Lo mejor será, sin embargo, que las partes fijan algún tipo de regla que, respetando la necesidad de flexibilidad que pueda tener el suministrado, evite la indeterminación al respecto. Podrán establecer reglas concretas, o la determinación de un límite máximo y un límite mínimo, siendo el suministrado el que dentro de los señalados límites fije en cada entrega la cantidad a suministrar (solución que es la acogida en el artículo 513-2 del Anteproyecto).

También deberá determinarse en el contrato el momento de las sucesivas entregas, o las reglas para su determinación. Buscando en cualquier caso un equilibrio entre las obligaciones de las partes, el apartado cuarto del artículo 513-2 del Anteproyecto precisa que cuando el suministrado ostente la facultad de fijar el momento de la realización de las prestaciones singulares, debe comunicar su fecha al suministrador con una antelación nunca inferior a siete días. Este plazo mínimo de preaviso es necesario para que el suministrador pueda organizarse y planificar la entrega

En relación con este plazo de preaviso, debe tenerse presente que el artículo 411-1 del Anteproyecto dispone que “las normas que regulan los contratos, excepto las relativas a su noción y su mercantilidad, tienen carácter dispositivo salvo que en ellas se establezca expresamente otra cosa, y en consecuencia se aplicarán salvo pacto en contrario entre las partes”. Por este motivo, dado que el apartado 4 del artículo 513-2 del Anteproyecto no establece expresamente el carácter imperativo de dicho plazo de preaviso, cabría entender que nada impediría que las partes pactasen un plazo inferior. Ahora bien, tampoco se puede desconocer que el artículo 513-2, apartado 4, del Anteproyecto contiene algunos elementos de los que se puede deducir su carácter

¹³ Según PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, C., “Contratos de intercambio de bienes”, cit. p. 231, la entrega de cosa de calidad distinta podrá suponer incumplimiento y posibilidad de resolución del contrato, aunque el Tribunal Supremo haya mantenido en ocasiones que no se trata de entrega de cosa distinta sino de vicio o defecto (como hace la sentencia de 10.3.94)

Por su parte, Raúl BERCOVITZ señala que si el suministrado no determina la calidad en el contrato, deberá resignarse a recibir un género de calidad media (por aplicación del art. 1167 CC). Además le será más difícil rescindir el contrato con base en el incumplimiento del proveedor, pues tal incumplimiento debe darse con base en una condición esencial del contrato (y cita diversas sentencias en referencia a supuestos concretos) (BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de suministro”, cit., p. 528).

imperativo. Porque, en efecto, según su dicción literal, “cuando el suministrado ostente la facultad de fijar el momento de la realización de las prestaciones singulares debe comunicar su fecha al suministrador con una antelación nunca inferior a siete días”. Y es muy significativo, y un elemento en el que fundar el carácter imperativo de la norma, el hecho de que se indique que la antelación del preaviso “nunca” no puede ser inferior a la recogida en la norma. Ahora bien, también cabría negar tal carácter imperativo argumentando que el artículo 411-1 del Anteproyecto exige un establecimiento expreso de la imperatividad de la norma (como se hace, por ejemplo, en el artículo 542-3 en relación con las normas del contrato de agencia), de modo que no bastase la utilización del adverbio “nunca” para concluir la naturaleza imperativa de la norma.

El Anteproyecto no fija la forma en que deberá realizarse el preaviso, por lo que las partes podrán fijar cualquier medio que estimen conveniente, o no fijarlo en el contrato y permitir la elección del medio a emplear. En la elección del medio deberán tenerse en cuenta los problemas probatorios que se puedan generar (por ejemplo, si se hace oralmente) o la necesidad de determinar el momento en que se considera hecho el aviso y empieza a correr el plazo (caso de que se utilice un medio de comunicación a distancia). En todo caso, en relación con esta última cuestiones entendemos de aplicación las disposiciones contenidas en el artículo 413-7 del Anteproyecto en relación con la perfección de los contratos mercantiles.

El Anteproyecto no regula expresamente las demás circunstancias de la entrega de los bienes objeto del contrato de suministro, tales como el lugar o el tiempo de la entrega, los problemas que puede generar la entrega con expedición, la transmisión de riesgo en la entrega, o la responsabilidad por saneamiento y evicción de los bienes objeto del contrato. No obstante, estas cuestiones son disciplinadas en los preceptos dedicados en el Anteproyecto a regular la compraventa mercantil (artículos 511-3 y ss. del Anteproyecto), y resultan de aplicación al suministro en virtud de la remisión del artículo 513-9 del Anteproyecto.

3.2. Obligaciones del suministrado

La obligación esencial que corresponde al suministrado es el pago del precio pactado en el contrato. Y a esta obligación hay que sumar la obligación de facilitar al suministrador la entrega de las mercancías o bienes objetos del contrato.

A propósito de la obligación de pagar el precio pactado, el artículo 513-3 del Anteproyecto diferencia según el suministro consista en entregas periódicas o continuadas. En el primer caso, el suministrador realiza prestaciones individualizadas en el tiempo y cantidad determinados y de ahí que se disponga en el Anteproyecto que el precio se abonará en el acto de las prestaciones singulares y en proporción a cada una de ellas¹⁴. El segundo caso, el del suministro continuado (como ocurre con el gas o la electricidad, que precisan de un aparato para medir la cantidad suministrada) será necesario determinar la forma y momento en que se liquide el precio, por lo que se

¹⁴ La Propuesta de Código Mercantil también establecía que en el suministro periódico el precio se abonará en el acto de las prestaciones singulares y en proporción a cada una de ellas, pero matizaba que esto sería así, “a falta de pacto”.

dispone en el Anteproyecto que el precio se abonará, a falta de pacto, de acuerdo con los usos. En cualquier caso, y dado el carácter dispositivo de estas normas, cabe pensar que las partes podrán pactar el momento de efectuar los pagos conforme a sus necesidades.

El precio puede ser fijo durante todo el contrato, o variable en función de elementos externos (por ejemplo, precio de mercado) y en contratos de larga duración suelen incluirse cláusulas de revisión del precio para mantener un equilibrio entre las prestaciones de las partes¹⁵.

4. OTROS PACTOS

Además de las obligaciones esenciales derivadas del contrato, las partes son libres para concertar cláusulas en las que asuman nuevas obligaciones. En el contrato de suministro en la praxis se observan pactos como el pacto de exclusiva o el pacto de preferencia; estipulaciones que, en cualquier caso, han de respetar las exigencias derivadas de las normas reguladoras de la libre competencia.

En lo que se refiere al pacto de exclusiva, éste puede afectar al suministrador o al suministrado. En el primer caso el suministrador se obliga a no suministrar a ninguna otra persona en la zona geográfica delimitada; en el segundo, el suministrado se obliga a no recibir los bienes objeto del contrato a través de otros proveedores diferentes. Hay que señalar que el pacto de exclusiva en el contrato de suministro era objeto de regulación en la propuesta de Código Mercantil¹⁶. Sin embargo, en el Anteproyecto se suprimió el precepto dedicado a regularlo, al mismo tiempo que se suprimía la regulación dedicada a los contratos de distribución¹⁷ (probablemente con la idea de regularlo de alguna forma cuando se afronte la cuestión al hilo de los contratos de distribución).

Lo que sí se regulaba en la Propuesta de Código y se sigue regulando en el Anteproyecto, es la opción de que las partes establezcan un pacto de preferencia (artículo 513-5.1 del Anteproyecto). Aunque el pacto de preferencia puede pactarse, en principio, a cargo de cualquiera de las partes, el Anteproyecto solo regula la opción de

¹⁵ BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de suministro”, cit., p. 531 y 532.

¹⁶ Vid, al respecto, ALONSO SOTO, R., “Los contratos de distribución en la Propuesta de Código mercantil”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N° 14, 2014, pp. 13 y ss.

¹⁷ A tenor del artículo 513-6- de la Propuesta de Código Mercantil (no incluido luego en el Anteproyecto) el pacto de exclusiva concertado en beneficio del suministrador obliga al suministrado a no abastecerse de las cosas objeto del contrato a través de terceros, ni, salvo pacto en contrario, a elaborarlas con medios propios (dicho pacto no podrá tener una duración superior a la establecida en las normas de defensa de la competencia). Este precepto de la Propuesta de Código Mercantil establecía como regla general la imposibilidad de que el suministrado elaborase los bienes con medios propios, en contra de la opinión actual de un sector doctrinal, que parte de la regla contraria, esto es; que en ausencia de pacto expreso prohibitivo el suministrado podrá elaborar para sí los bienes suministrados (así, por ejemplo, BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de suministro”, cit., p. 537).

En lo que se refiere al pacto de exclusiva concertado en beneficio del suministrado, en la propuesta se delimitaba como aquel que obliga al suministrador a no suministrar a terceros, ni directa ni indirectamente, cosas de la misma naturaleza que aquellas que son objeto del contrato en la zona geográfica delimitada en él.

que el pacto de preferencia recaiga sobre el suministrado. Conforme a la normativa contenida en el Anteproyecto el pacto de preferencia, que habrá de respetar las exigencias que se derivan del Derecho de la libre competencia, implica que el suministrado se obliga a conceder preferencia al suministrador en la celebración de un contrato de suministro sucesivo con el mismo objeto¹⁸. Si el suministrado recibe otras ofertas de contrato en condiciones más ventajosas, en virtud del pacto deberá comunicar al suministrador las condiciones propuestas por los terceros, para que las iguale o mejore, debiendo el suministrador manifestar al suministrado su voluntad de ejercitar la preferencia adaptando el contrato a las nuevas condiciones en el término pactado en el contrato o, en su defecto, en un plazo de siete días; extinguiéndose en otro caso la preferencia.

A este respecto, y como destaca Raul Bercovitz, el pacto de preferencia solo tendría sentido en los contratos de suministro con pacto de exclusiva¹⁹, pues en cierto modo se trata de establecer un derecho de tanteo sobre el derecho de exclusiva.

5. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

La regulación que sobre el contrato de suministro se contiene en el Anteproyecto se ocupa de tres causas de extinción del contrato: la extinción por transcurso del tiempo, por denuncia unilateral en contratos de duración indefinida y por incumplimiento de las obligaciones contractuales.

5.1.- Extinción por transcurso del tiempo

El contrato de suministro se extingue, en primer lugar, por transcurso del tiempo, en caso de que el contrato tenga una duración determinada. Facilitando la permanencia del contrato, el artículo 513-6 del Anteproyecto prevé que los contratos por tiempo determinado que continúen siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto se considerarán contratos de duración indefinida. De esta suerte, sin necesidad de pronunciamiento expreso, y por la continuidad en la ejecución del contrato, éste se entiende automáticamente prorrogado y convertido en indefinido.

Cabe pensar, sin embargo, que las partes puedan pactar otra cosa, por ejemplo que se prorrogue por otro período igual al inicial, ya sea de forma automática al expirar el plazo inicialmente fijado, o por pronunciamiento expreso de cualquiera de las partes. En ese caso las partes deberían fijar las condiciones en que se habrían de ejercitar estos pronunciamientos expresos o tácitos (necesidad de un preaviso, posibilidad de oposición por la otra parte en caso de prórroga automática, etc.).

¹⁸ En la propuesta de código decía: 1. “Por el pacto de preferencia el suministrado se obliga a conceder preferencia al suministrador en la celebración de un contrato de suministro sucesivo con el mismo objeto”

¹⁹ BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de suministro”, cit., p. 540.

5.2.- Extinción por denuncia unilateral en contratos de duración indefinida

El segundo supuesto regulado en el Anteproyecto es el de la extinción de los contratos de suministro que tengan una duración indefinida. El carácter indefinido del contrato podrá venir determinado por la voluntad de las partes expresada en la correspondiente cláusula contractual; por la transformación en un contrato de duración indefinida por la continuidad de las prestaciones de las partes tras cumplirse el plazo inicialmente pactado (en virtud de lo dispuesto en el art. 513-6 del Anteproyecto); o por silencio contractual respecto a la duración del contrato, supuesto en el que el contrato se califica como de duración indefinida (artículo 513-7 del Anteproyecto).

En caso de duración indefinida cualquiera de las partes podrá denunciar el contrato y pedir la extinción del contrato. En este supuesto, la buena fe en el cumplimiento de los contratos exige que dicha parte notifique a la otra su voluntad de que se extinga el contrato con un preaviso suficiente. Aquí el Anteproyecto fija el plazo mínimo para notificar el preaviso en tres meses, salvo que el contrato hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, supuesto en que el plazo de preaviso será de un mes (art. 513-7.2). Estos plazos mínimos, que son válidos para ambas partes contratantes, pueden ser ampliados en el contrato en virtud de la libertad de pactos. Así, según el artículo 513-7.3, “los contratantes podrán pactar plazos mayores de preaviso”. Por lo tanto, y en sentido contrario, no se permiten los pactos que acorten el plazo de preaviso, porque, aunque expresamente no se diga que estamos ante una norma imperativa, es claro que esa es su naturaleza (pues de lo contrario quedaría privada de todo sentido).

Por lo demás, también es posible que en el contrato de suministro se fijen plazos de preaviso para cada parte. La única limitación a este respecto se encuentra en el artículo 513-7.3 del Anteproyecto, según el cual el plazo de preaviso del suministrado no podrá ser inferior en ningún caso al establecido para el preaviso del suministrador. En consecuencia, lo que sí se permite es que el plazo del suministrado sea mayor que el del suministrador. Estamos, de nuevo, ante una norma que debe entenderse imperativa (pues el legislador preceptúa que el plazo del suministrado no puede ser inferior al del suministrador “en ningún caso”). Se tiene probablemente en cuenta que, si alguna de las partes puede no poseer la condición de empresario, ese será el suministrado dotándose así de protección a la parte considerada más débil en el contrato.

El precepto termina reconociendo, en su apartado cuarto, que el incumplimiento por cualquiera de los contratantes de lo dispuesto en este precepto en relación con el preaviso dará derecho a la otra parte a exigir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a consecuencia de ello.

Hay que advertir, sin embargo, que la regulación contenida en el Anteproyecto prevé una hipótesis en la que la falta de preaviso no será penalizada: en el caso de extinción del contrato por incumplimiento, en las condiciones fijadas en el artículo 513-8 del Anteproyecto, al que nos pasamos a referir a continuación.

5.3. Extinción por incumplimiento de las obligaciones contractuales y la posibilidad de suspensión del suministro

a) El Anteproyecto se refiere al incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de suministro en dos supuestos: al regular el incumplimiento como causa de extinción del contrato, y al regular la suspensión del suministro en el artículo 513-4.

En lo que se refiere al suministrador, es claro que éste incumple sus obligaciones cuando no entregue los bienes, o no lo haga en las condiciones de calidad²⁰, frecuencia o continuidad, o cantidad aplicables. Asimismo, habrá que tener igualmente en cuenta la responsabilidad del suministrador por vicios o evicción del bien suministrado, o las consecuencias sobre la morosidad en el cumplimiento (aspectos éstos en los que habrá que estar a la regulación del contrato de compraventa). Y el incumplimiento por parte del suministrado tendrá lugar, sobre todo, cuando no se produzca el pago del precio pactado²¹

Al ser un contrato de duración, pueden surgir situaciones en que proceda la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. La jurisprudencia viene exigiendo para su aplicación la concurrencia de circunstancias excepcionales²², y por eso la normativa general sobre contratación mercantil, en el artículo 416-2 del Anteproyecto, no permite suspender el cumplimiento de las obligaciones con base en una excesiva onerosidad sobrevenida, aunque se le reconoce a la parte perjudicada el derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, acreditando las razones en que se funde²³.

b) En todo caso, el artículo 513-8 del Anteproyecto reconoce que, en determinados casos, el incumplimiento por parte de uno de los contratantes dará derecho a la otra parte a declarar resuelto el contrato sin necesidad de preaviso. La cuestión es determinar cuándo existe un incumplimiento con entidad suficiente para permitir resolver el contrato, teniendo presente que el suministro es un contrato de duración que genera prestaciones periódicas y continuadas para las partes. Esto es, se trata de determinar si basta o no con incumplir una de las prestaciones, y de qué tipo de incumplimiento debe tratarse.

²⁰ Es muy significativa a este respecto la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 35/2010 de 17 febrero (RJ\2010\1284), según la cual “La doctrina aliud pro alio, aplicable a los contratos mercantiles de suministro (STS de 23 de enero de 2009, RC n.º 1086/2004), es aplicable en los casos en los que el defecto del producto suministrado consiste en un defecto de calidad de suficiente gravedad para poder ser considerado como determinante de un incumplimiento del contrato, pues en este supuesto no estamos en presencia de un vicio oculto en la cosa entregada, sino de un incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato”.

²¹ Como destaca la STS (Sala de lo Civil) núm. 340/2003 de 3 abril (RJ\2003\3002), es esencial la obligación del suministrado-comprador de pago del precio.

²² Vid. la STS (Sala de lo Civil) núm. 1059/2000 de 17 noviembre (RJ\2000\9343), en la que el Alto Tribunal reafirma la no aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula «rebus sic stantibus» (cambio excepcional de circunstancias que habilita para no cumplir el contrato) por no concurrir las circunstancias excepcionales que exige la jurisprudencia para aplicar tal doctrina.

²³ Conforme al apartado segundo del artículo 416-2 del Anteproyecto considera se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos

Pues bien, conforme al artículo 513-8, el incumplimiento por parte de cualquiera de los contratantes de las prestaciones singulares a que está obligado dará derecho a la otra parte a declarar resuelto el contrato si, en atención a su entidad o reiteración, constituye un incumplimiento esencial del contrato o disminuye la confianza en la exactitud de los sucesivos cumplimientos.

El artículo 513-8 del Anteproyecto concluye señalando que la extinción por esta causa no afectará a las prestaciones anteriores cumplidas. Se sigue con ello la línea jurisprudencial y doctrinal que afirma la irretroactividad de la resolución de los contratos duraderos de suerte que se produce una eficacia “ex nunc” respecto a las prestaciones cumplidas y que han recibido contraprestación²⁴.

c) Por otro lado, el artículo 513-4 del Anteproyecto, bajo la rúbrica “suspensión del suministro”, se refiere la suspensión del suministro como consecuencia del incumplimiento por parte del suministrado de sus obligaciones;

De este modo, el Anteproyecto dispone que “el incumplimiento por el suministrado de cualesquiera obligaciones que le incumben facultará al suministrador a suspender la ejecución del contrato, previa notificación al suministrado con una antelación mínima de siete días. Vigente el contrato y cumplida que sea la obligación, el suministrador reanudará el suministro en plazo no superior al indicado para el preaviso”.

Este es el único supuesto en que el Anteproyecto permite la suspensión de la ejecución de su obligación de entrega. De hecho, en el apartado tercero del artículo 513-4 del Anteproyecto (no hay número segundo, y es un error de numeración llamativo en tanto que ya se producía en la propuesta de código mercantil), se dispone que “en cualquier otro caso” (es decir, cuando la suspensión de suministro no se fundamente en el incumplimiento por parte del suministrado de sus obligaciones contractuales), “la suspensión del suministro obligará al suministrador, salvo fuerza mayor, a indemnizar los daños y perjuicios causados al suministrado”.

6.- EL CONTRATO DE SUMINISTRO Y LA EXPLOTACIÓN DE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA

A la hora de referirse a la regulación del contrato de suministro en el Anteproyecto de Código Mercantil merece una especial atención el artículo 322-14, dedicado a regular la “dependencia económica”. Según el segundo apartado de este precepto, “se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad”. Se trata de un

²⁴ Vid. al respecto, FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, L., *El contrato de suministro. El suministro*, Montecorvo, Madrid, 1992, pp. 390 y ss.

precepto que recoge –parcialmente– lo dispuesto actualmente en el artículo 16, apartados 2 y 3, de la Ley 3/1991, de competencia desleal²⁵.

Este acto de competencia desleal requiere que se manifiesten dos condiciones para que concurra el acto de competencia desleal en él tipificado: 1) Situación de dependencia de una empresario cliente o proveedor de otro, y 2) explotación por parte de un empresario de la situación de dependencia en que se encuentra otro empresario.

a) Pues bien, es indudable que, tanto los suministradores como los suministrados pueden estar sujetos a una situación de dependencia económica. Y de hecho, el contrato de suministro es uno de los contratos paradigmáticos determinantes de este tipo de situación.

Sobre todo si se tiene en cuenta que el Tribunal Supremo ha establecido que los concesionarios o los distribuidores no pueden estar sujetos a la dependencia económica relevante para el artículo 16.2 LCD, por no tratarse ni de clientes, ni de proveedores²⁶.

Así las cosas, habrá que prestar especial atención a aquellos contratos de suministro en que una de las partes no dispone de alternativa, en el sentido del artículo 322-14 del Anteproyecto. Y a este respecto, y en relación con la actual LCD, en la doctrina se han dado distintas interpretaciones sobre la noción de ausencia de alternativa: desde la que entiende la ausencia de alternativa equivalente como aquella situación en la que, sin esa relación, el otro empresario no puede permanecer en el mercado²⁷, hasta la tesis que sostiene que para que no exista alternativa equivalente bastaría con que la capacidad competitiva se viese “afectada”, sin exigir que lo sea “seriamente”²⁸; pasando por los que consideran que para que no exista alternativa

²⁵ En efecto, el artículo 16 LCD, apartados 2 y 3, coincide en el apartado 2 del artículo 322-14 del Anteproyecto, aunque la LCD añade aclaraciones y disposiciones ulteriores: “2. Se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. 3. Tendrá asimismo la consideración de desleal: a) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor. b) La obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado”.

²⁶ Así lo hace el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de noviembre de 1999 (RJ 1999\8439) y en la posterior sentencia núm. 270/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 14 marzo. (RJ 2007\2229) “Por todo ello decae el submotivo por cuanto no hay infracción del apartado 1 del art. 16 LCD, como tampoco la hay del apartado 2 del mismo artículo, dado que no había la situación de dependencia económica a que se refiere el precepto, pues la misma no concurre en los supuestos de contrato de concesión o distribución (S. 30 noviembre 1999 [RJ 1999\8439])”.

No obstante, y como destaca GARCÍA PÉREZ, R. *La Ley de competencia desleal*, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 409, “las Audiencias han hecho caso omiso de esta jurisprudencia del Tribunal Supremo”.

²⁷ GARCÍA ALONSO, J. A., «El abuso de la situación de dependencia económica en el Derecho español», en AA.VV., *Derecho de la Competencia europeo y español. Curso de iniciación*, vol. IV, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 389 ss (393) o J. BELLIDO [“Artículo 16. Discriminación y dependencia económica” en BERCOVITZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Thomson-Aranzadi, 2011, p. 450.

²⁸ ZABALETA DÍAZ, M., *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, p. 230.

equivalente es preciso que se vea seriamente afectada la capacidad competitiva del empresario dependiente²⁹.

En todo caso, la determinación de la existencia de dependencia económica requiere atender previamente al mercado relevante, pues la existencia o no de alternativas equivalentes a favor de las partes del contrato de suministro debe valorarse en un determinado mercado³⁰, aunque no es precisa una posición dominante en el mercado. La posición dominante implica una situación absoluta en un mercado, normalmente computada con un porcentaje de la cuota de mercado. En cambio, la dependencia económica puede tenerse en relación con un empresario que no es dominante en el mercado, pero que, en la medida en que otro empresario depende de él, tiene un poder relativo³¹.

b) Ahora bien, debe tenerse muy presente que en modo alguno es reprochable el hecho de que un empresario mantenga una relación de suministro con otro que depende económicamente de él. Porque, siendo la existencia de una situación de dependencia económica requisito imprescindible para la existencia de un acto de competencia desleal de los ahora analizados, no es requisito suficiente. La existencia de dicha dependencia económica no es, *per se*, desleal. Lo desleal es que se abuse de la misma.

En definitiva, y como ha destacado la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de febrero de 2007³² “*lo que no puede hacerse derivar de tal Ley es una especie de "monopolio" o "aseguramiento" en el suministro, de modo que la empresa dominante esté obligada siempre y en todo caso a seguir suministrándose de la empresa en posición de dependencia económica, o que lo sancionable sea el propio hecho del dominio relativo de mercado, aunque no se explote ni se abuse injustificadamente del mismo*”.

Por lo que respecta a las posibles conductas abusivas de la posición de dependencia económica, en el marco del contrato de suministro, cabe destacar el tratamiento desigual, de modo arbitrario³³, la negativa de suministrar³⁴, la animosidad o

²⁹ Así, MIRANDA SERRANO, L. M./PAGADOR LÓPEZ, J., «Soluciones contractuales y concurrenciales a la problemática de la PYME en el sector del transporte terrestre de mercancías», en *DN*, núm. 214-215, julio-agosto 2008, pp. 41 ss (53) o PÉREZ DE LA CRUZ (*Derecho de la propiedad industrial, intelectual y de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 174).

³⁰ Así lo destaca la SAP Barcelona 14 de mayo de 2007 (JUR 2007, 333292): En sentido similar, la SAP Castellón de 1 de junio de 2006 (JUR 2006,253538).

³¹ Vid., por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 1 de diciembre de 2004 (LA LEY 208/2005). En el mismo sentido: SAP Barcelona de 13 de marzo de 2006 (AC 2006,340 o SAP de Barcelona de 15 de septiembre de 2005 (JUR 2006/45092), o la SAP de Pontevedra núm. 26/2006, de 23 de enero (AC 2006, 175), según la cual: “*la diferencia con el abuso de posición dominante sancionado en el derecho antitrust radica en que en este último la posición dominante se refiere al conjunto del mercado, de manera que el interés prometido es caso de abuso sobre la clientela cautiva, cuando no exista una posición dominante en el mercado, la prohibición no responde ya al interés público en el funcionamiento del mercado en su conjunto, sino que cobra mayor relevancia la exigencia de un comportamiento correcto en el mercado*”.

³² AC 2007, 1813.

³³ SAP Barcelona 14 de mayo de 2007 (JUR 2007, 333292).

³⁴ Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia de 1 de diciembre de 2004 (LA LEY 208/2005)

intención de asfixiar la economía de la empresa dependiente³⁵, o las conductas obstaculizadoras³⁶. Dentro de estas últimas se encuentra la introducción de cláusulas que supediten la contratación de un producto o servicio a la aceptación de otros adicionales, sobre los que no se ostenta poder relativo de mercado, o de cláusulas de exclusiva en virtud de las cuales se impide suministrar a otros competidores, o ser suministrados por ellos, según el caso³⁷.

Por lo demás, en relación con los actos de abuso es relevante el hecho de que en el Anteproyecto de Código Mercantil desaparezca la tipificación expresa, como actos de abuso, de las conductas actualmente recogidas en el artículo 16.3 LCD³⁸; a saber: a) la ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor, y b) la obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado.

A nuestro juicio, no cabe dudar de que la segunda de las conductas continuará siendo considerada un acto de competencia desleal. Pero más dudas surgen en relación con la primera conducta. Sobre todo teniendo en cuenta que –como hemos explicado– el Anteproyecto establece, en el artículo 513.7, unos plazos de denuncia del contrato de suministro inferiores a los seis meses (tres meses, o un mes, si el contrato hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año).

³⁵ AAP de Madrid 1 de febrero de 2005 (JUR 2005/1110145)

³⁶ En el Derecho comparado se enumeran en la Ley los principales supuestos de conductas abusivas. Así, es especialmente relevante el artículo 8.2 de la Ordenanza francesa nº 86-1234, de 1 de diciembre, Ordenanza sustituida por el Nuevo Código de Comercio Francés, cuyo artículo L-420.2 regula la situación de dependencia. Según la referida Ordenanza, el abuso de la situación de dependencia económica *“peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées”*. Y según el artículo L-420.2 del Code: *“Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme”*.

En Italia también existe una legislación similar, L.192/1998, cuyo artículo 9, aclara, en su segundo apartado que *“l'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto”*.

³⁷ En este sentido, por ejemplo, J. BELLIDO, “Artículo 16. Discriminación y dependencia económica”, cit., p. 457

³⁸ Aunque no faltan posiciones contrarias [por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 10 de noviembre de 2004 (JUR 2005/51535), o la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 8 de febrero de 2005 (AC 2005/236)], la mayoría de los pronunciamientos judiciales la jurisprudencia viene exigiendo la existencia de una relación de dependencia económica para poder aplicar el art. 16.3 LCD, basándose en el hecho de que los supuestos del apartado 3 del artículo 16 se hallan bajo la rúbrica general de todo el artículo 16 de “Discriminación y dependencia económica”, y dado que el art. 16.1 LCD se refiere a la discriminación, se entiende que los apartados 2 y 3 hacen referencia a la “dependencia económica”. En este sentido, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 30 noviembre 2005 (EDJ 2005/284930), SAP Barcelona de 13 septiembre de 2010 (EDJ 2010/365204), AAP Santa Cruz de 20 junio de 2007 (EDJ 2007/349790), SAP Madrid de 30 marzo de 2006 (EDJ 2006/294654), o SAP Valencia de 12 marzo de 2008 (EDJ 2008/55501).

LA VALORACIÓN CONVENCIONAL DEL INTERÉS ASEGURADO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL (ACM)

PABLO GIRGADO PERANDONES*

Resumen

La normativa del contrato de seguros incorporada al Anteproyecto de Código Mercantil es objeto de puntuales modificaciones respecto del régimen actualmente vigente. Uno de los cambios se concreta en el régimen de las pólizas estimadas, es decir, la valoración convencional del interés asegurado en los seguros de daños. El trabajo analiza el significado de tales pólizas y los aspectos más destacados del cambio legislativo propuesto, atendiendo especialmente a las causas posibles de impugnación.

Contenido

1. La póliza estimada y su aplicación en los seguros de daños. – 2. Su encaje con el principio indemnizatorio. – 3. La reforma prevista en el ACM. – 3.1. Algunas modificaciones de menor importancia. – 3.2. El cambio más relevante: las causas de impugnación. – 3.2.1. Punto de partida. – 3.2.2. La redacción vigente. – 3.2.3. La versión propuesta. – 3.2.4. El mantenimiento de la valoración “notablemente superior”. – 3.2.5. Los efectos de la impugnación. – 4. El significado jurídico del acuerdo de estima.

1. LA PÓLIZA ESTIMADA Y SU APLICACIÓN EN LOS SEGUROS DE DAÑOS

Una de las notas características de la reforma de la legislación contractual de los seguros afecta al régimen de valoración convencional del interés asegurado. Tanto el Anteproyecto (art. 582-4 ACM) como la Propuesta de nuevo Código Mercantil (art. 592-4 PCM) han asumido su reforma con una misma redacción. Como homenaje al Profesor Rafael Illescas, presidente de la Sección Española de la Asociación Internacional del Derecho de Seguro (SEAIDA), nos ha parecido oportuno la elección de un trabajo sobre el seguro y sobre su reforma legislativa, materia en la que con tantas aportaciones valiosas ha contribuido a la mejora de su conocimiento científico a nivel nacional e internacional¹.

Como es sabido, por póliza estimada se entiende aquella en la cual las partes acuerdan sustituir el criterio legal de valoración del interés asegurado –correspondiente

* Profesor Titular de Universidad. *Universitat Rovira i Virgili* (Tarragona)

¹ Recientemente, v. “Principios fundamentales del contrato de seguro”, *RES*, 157, 2014, pp. 7 ss.

al momento anterior al acaecimiento del siniestro, art. 26 LCS- por un criterio convencional (art. 28 LCS). De tal modo, y en el supuesto de que acontezca el siniestro objeto de cobertura, son las partes quienes estiman o fijan dicho valor del interés, que sirve para determinar el cálculo de la indemnización. Con anterioridad a la aprobación en 1980 del régimen contractual de los seguros, se consideraba –especialmente, por la Jurisprudencia- que tal acuerdo cumplía un papel secundario, accidental o meramente procesal respecto del contrato en el que se insertaba. No obstante, su significado ha ido, progresivamente, adquiriendo una mayor importancia. Así, un estudio más detenido de la estima nos ha permitido observar su relación con asuntos de enorme interés y sustancialmente relevantes en el marco del Derecho del seguro. En concreto, cabe destacar su significado en la actualización del principio indemnizatorio y, en conexión con ello, en el intento de flexibilizar la división hasta ahora existente de los contratos de seguros (de daños y de personas o de sumas)².

La póliza estimada incorpora la posibilidad de que el principio indemnizatorio se adecue a un criterio convencional (fijado por las partes) en lugar de la determinación legal conforme a módulos objetivos (valor real). Así pues, el valor estimado actúa como “valor de sustitución” del interés asegurado en caso de producción del siniestro. Ello ofrece una serie de ventajas a las partes en el contrato³; así, la posibilidad de una conclusión rápida del contrato, la elusión de las desventajas que supone para las partes desconocer cuál es el valor del bien asegurado, la “liberación” al asegurado de la prueba del valor del interés –que no de la producción del daño⁴. Al ofrecer una información lo suficientemente clara y sencilla de la relación existente entre la suma asegurada y el valor del interés, supera notablemente los inconvenientes de una situación de infraseguro. Por ello, se reconoce que la póliza estimada cumple una “función preventiva de conflictos” y como medio útil para evitar situaciones de infraseguro⁵. De

² Esta relación permite tender puentes entre ambas modalidades de seguros –sumas y personas-, favoreciendo que aspectos útiles y beneficiosos de uno –en este caso, la fijación convencional del valor del bien- puedan aplicarse al otro, sin que se viole la naturaleza del citado contrato de seguro. En este sentido, se ha llegado a afirmar, con cierta radicalidad, que la póliza de un seguro de sumas no es más que una póliza estimada. Así, según OMORI, T., “The Valued Policy. Objectivism and Subjectivism in the Law of Insurance” en MÖLLER, H. (Dir.), *Internationales Versicherungsrecht. Festschrift für A. Ehrenzweig*, Karlsruhe, 1955, p. 196. Por el contrario, y como razonadamente, explica DÍAZ MORENO, A., *La disciplina ...*, cit., p. 114, en nuestro ordenamiento el seguro de sumas no puede equipararse con las pólizas estimadas. Así, cabe destacar dos claras diferencias: por un lado, en el seguro de sumas no se confronta la suma asegurada con el valor del interés; por otro, la divergencia en las consecuencias de impugnación por vicios del consentimiento del valor estimado y de la suma asegurada, ya que al primero se le aplicaría el criterio tradicional del valor real del interés y al segundo, en cambio, conduciría a la ineficacia del contrato sobre la base de la ausencia de criterios para determinar dicho valor (*ibidem*, pp. 114-115 y nota 94). Sin menoscabo de las diferencias expuestas entre ambas figuras, la póliza estimada asume un papel de acercamiento entre ambas modalidades, especialmente desde las consecuencias que supone su contratación.

³ KISCH, W., *Die Taxierung ...*, cit., p. 1. Posteriormente, PARTESOTTI, G., *La polizza stimata*, Padua, 1967, p. 2. Es relevante la noción de *stima* que da el citado autor italiano (*ibidem*, p. 8): “La estima consiste, en realidad, en un acuerdo sobre el valor asegurado, que viene predeterminado en atención a la eventual fase de liquidación de la indemnización”.

⁴ Como señala el prof. A. DONATI, *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, Vol. 2º, Milán, 1954, pp. 240-241.

⁵ WARKALLO, W., “Generalreferat” en AA. VV., *Materialien des Zweiten Weltkongresses für Versicherungsrecht der Internationalen Vereinigung für Versicherung (A.I.D.A.) in Hamburg 29.Juli.1966*, 2º Tomo, Karlsruhe, 1967, p. 26; SCHAUER, M., “§ 57 VVG”, cit., p. 928.

este modo, tanto el asegurado como el asegurador se van a ver favorecidos, el primero porque se exonera de probar el valor del bien; y el segundo porque sólo se ve obligado a indemnizar sobre la base del valor tasado. Tales ventajas no implican que la estimación sea un instrumento *superfluo* o *innecesario*, sino que, al contrario, lo único que se entiende *prescindible* serán los inconvenientes provocados por la ausencia del recurso a su empleo.

De tal modo, el acuerdo de estima desempeña una función relevante en la superación de los inconvenientes y costes derivados de un procedimiento lento y complejo, y, con ello -a través de un acuerdo que interesa a las dos partes-, alcanzar, de forma rápida y sencilla, el valor de sustitución conforme al contrato suscrito de seguros⁶. Así pues, es preciso reconocer que son estas "*practical reasons*" las que fundamentan la creación y el empleo de las pólizas estimadas⁷.

2. SU ENCAJE CON EL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO

Según el principio indemnizatorio, el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado (art. 26 LCS). La idea que subyace en tal prohibición debe situarse en un doble fundamento: por un lado, impedir que el asegurado provoque intencionadamente el siniestro y, por otro lado, soslayar que, de este modo, el seguro se "convierta" en juego o apuesta. Por ello, la idea de admitir que las partes fijen previamente un valor del interés asegurado afecta al citado principio indemnizatorio, lo que ha llevado a integrar en la póliza estimada junto a otros supuestos, juzgados también como excepciones al principio indemnizatorio (como los seguros a valor nuevo y a primer riesgo)⁸.

No obstante, son diversas las razones que justifican una actualización de tal principio. Por un lado, la subsanación de los problemas de fraude pueden articularse por otros medios (sistema de franquicias, autocontrol) y no necesariamente por una técnica rígida indemnizatoria, que, en determinadas circunstancias, pueda carecer de alcance práctico. Además, en la relación prestación-contraprestación entre el asegurador y el tomador del seguro ya no es tan relevante la prohibición de enriquecimiento como el papel que la libertad contractual desempeña en el contrato.

⁶ Al respecto, v. MÖLLER, H./ SIEG, K., "§ 57 VVG" en BRUCK, E./MÖLLER, H./SIEG, K., *Kommentar zum Versicherungsvertragsrecht*, 8ª ed., Vol. 2º (§§ 49-80 VVG), Berlin/ New York, 1980, p. 382 (marg. 4), que cita la sentencia del Tribunal de Reich de 24.9.1883 (RGZ, T. 11, p. 17).

⁷ OMORI, T., "The valued Policy ...", cit., p. 186.

⁸ Así pues, la póliza estimada se presenta como una de las situaciones -junto a los seguros a valor nuevo y de beneficios- en los que no juega la prohibición de enriquecimiento del asegurado en los seguros de daños o al menos no se ejercita con el alcance tradicional que se le ha atribuido a tal principio. Sobre el significado del citado principio, v. nuestro trabajo *El principio indemnizatorio en los seguros de daños. Una aproximación a su significado*, Granada, 2005. Respecto de las modalidades de seguros a valor nuevo, a primer riesgo y de lucro cesante, entre otros, son referencia obligada los trabajos de M. L. MUÑOZ PAREDES (*El seguro a valor nuevo*, Madrid, 1998; y *El seguro a primer riesgo*, Madrid, 2002) y de F. J. TIRADO SUÁREZ (*El seguro de pérdida de beneficios por interrupción de la empresa*, Jerez de la Frontera, 1976).

Todas estas reflexiones nos sirven de acicate para una revisión más “realista” del citado principio, con el fin de que se le dote de la suficiente elasticidad o flexibilidad. En nuestra doctrina se ha entendido a la póliza estimada –al igual que los otros supuestos ya citados- como una excepción al régimen general⁹; no obstante, resulta oportuno matizar este carácter excepcional, ya que lo que se observa, más bien, es una modulación del principio indemnizatorio. Ello implica calificar a la estima no como excepción, sino como una opción admisible para las partes en el contrato, especialmente en aquellos sectores en los cuales se emplea predominantemente¹⁰. Es cierto, sin embargo, que el acuerdo de estima no debe pretender la obtención de ventajas patrimoniales al asegurado mediante la valoración excesiva del interés asegurado; pero ello no debe conducir –como se ha apuntado en Derecho comparado¹¹- a la aplicación automática de las normas correspondientes al sobreseguro. Como nos recuerda el legislador español sólo se podrá impugnar el valor estimado cuando –al margen de los supuestos de violencia, intimidación o dolo- la estimación sea notablemente superior al valor real (art. 28.3 LCS)¹². En tal situación, parece más acertado recurrir –en virtud del significado contractual de la figura- a las reglas generales del Código civil por contravenir las leyes, la moral o el orden público (arts. 1255 CC y 28 LCS)¹³.

Así, se puede afirmar que el principio indemnizatorio se encuentra también presente en los supuestos de estimación del valor del interés en el momento de conclusión y a lo largo de la duración del contrato¹⁴. Frente a la aparente contradicción con el citado principio, en realidad opera su cumplimiento mediante la aplicación de los criterios de “oportunidad” y “racionalidad” en el proceso de indemnización a fin de mejorar la seguridad jurídica y favorecer una mayor agilidad en la cobertura de los daños sufridos¹⁵.

⁹ Así se expresa EMBID IRUJO, J. M., *Principio indemnizatorio y póliza estimada en el contrato de seguro. Comentario a la STS de 1 de diciembre de 1989*, La Ley, T. 3, 1990, pp. 308-310. También v. SÁNCHEZ CALERO, F., “Art. 28 LCS” en en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Ley del Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed., Pamplona, 2010, pp. 1033 y ss., pp. 638-639. De “excepción parcial” la califica FERRANDO VILLALBA, M. L., “Art. 28 LCS” en BATALLER GRAU, J./ BOQUERA MATARREDONA, J./ OLAVARRIA IGLESIA, J. (Coords.), *El contrato de seguro en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, 1999, p. 283. También lo califica como excepción DÍAZ MORENO, A., *La disciplina ...*, cit., pp. 107, aunque con matices, al calificar que no existe una ruptura radical con el principio indemnizatorio (p. 109).

¹⁰ En concreto, nos referimos a sectores como el del transporte, tanto terrestre como marítimo. Al mismo tiempo, nos parece interesante tener en cuenta las reflexiones de PARTESOTTI sobre la idea de la póliza estimada como excepción y no como regla (en su trabajo “Requisiti di forma della polizza stimata”, *Arch. Giur.*, vol. 170, 1966, pp. 52-53, nota 12). Así, la idea de excepción requiere delimitar su perspectiva, ya que la póliza estimada se presenta en algunos sectores de forma predominante (como es el caso del Derecho marítimo).

¹¹ KISCH, W., *Die Taxierung des Versicherungswertes*, Berlin, 1940, pp. 11 ss.

¹² Al margen quedan las otras causas de impugnación mencionadas en dicho precepto. Sobre las mismas, v. EMBID IRUJO, J. M., “Causas de impugnación de las pólizas estimadas en la ley del contrato de seguro” en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. III, Madrid, 1996, pp. 2571 ss.

¹³ KISCH, W., *Die Taxierung ...*, cit., p. 11.

¹⁴ En sentido contrario, BIRDS, J. *Birds’ Modern Insurance Law*, 8ª ed., London, 2010, p. 301, quien considera que el principio indemnizatorio es “strictly irrelevant” en las pólizas estimadas, no así en otras modalidades como los seguros “de viejo a nuevo” en lo que se aplica aunque de un modo diferente.

¹⁵ Como recoge WARKALLO, W., “Generalreferat”, cit., p. 30, quien se expresa del mismo modo para los seguros de beneficio esperado.

Por todo lo expuesto, conviene valorar positivamente la reforma contemplada en el ACM, también en este apartado. Así en relación con el principio indemnizatorio¹⁶, destaca la división en dos párrafos del vigente art. 26 LCD, necesario por el diferente alcance de la prohibición de enriquecimiento y del valor a tener en cuenta a los efectos de la indemnización. Al mismo tiempo, la reforma reconoce a las partes autonomía para pactar otro criterio (“Para la determinación del daño se atenderá, *salvo pacto en contrario*, ...”). En tal sentido, la nueva redacción del ACM-2014 reconoce la facultad convencional de las partes en la determinación de la indemnización, no sólo respecto a las pólizas estimadas (ya lo admitía el propio art. 28 LCS *ab initio*), sino también cobra más fuerza con respecto a otros supuestos como el seguro a valor nuevo.

3. LA REFORMA PREVISTA EN EL ACM

3.1. Algunas modificaciones de menor importancia

Aunque de menor relevancia, uno de los cambios previstos en el ACM afecta al momento temporal del acuerdo de estima, que, como es sabido, puede fijarse en la conclusión del contrato o en una fase posterior, incluso su modificación¹⁷. Así, la normativa actual reconoce en su art. 28 a las partes del seguro la posibilidad de que las partes fijen el valor del interés “en la póliza o con posterioridad a la celebración del contrato”¹⁸. Pero la redacción vigente es equívoca, pues en el primer párrafo del citado precepto confunde un elemento temporal (momento de la estima) con uno local (lugar donde se refleja la estima). Así, por un lado, la estima puede realizarse en la póliza o fuera de ella, aunque lo más frecuente sea lo primero y también, que duda cabe, lo que suscite un menor número de problemas. En referencia al momento procesal de tal acuerdo, entendemos que éste puede efectuarse tanto en la conclusión del contrato como en una fase posterior. En este último caso, se trata de una “modificación efectiva del

¹⁶ En concreto, nos referimos a la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Comisión General de Codificación, y que, actualmente, se encuentra recogido como Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (en adelante, ALCM). Sobre la Propuesta de la citada Comisión, v. MUÑOZ PAREDES, M. L., “El contrato de seguro en la Propuesta de Código Mercantil”, *RES*, nº 155, 2013, pp. 337 ss. Con anterioridad, cabe resaltar el intento de elaborar una nueva Ley, como refleja el Anteproyecto de Ley del Contrato de Seguro de 2011. Sobre el mismo, v. VERGEZ SÁNCHEZ, “Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro”, *RES*, núm. 152, 2012, pp. 293-314; GIRGADO PERANDONES, P. (Dir.), *El régimen jurídico de los seguros terrestres y marítimos y su reforma legislativa*, Granada, 2012.

¹⁷ KISCH, W., *Die Taxierung*, cit., p. 34. Al respecto, v. ARGUS, H. G., “Die taxierte Police” en AA. VV., *Festschrift für Otto Prange*, Berlín/Wilm, 1926, p. 26, siguiendo a EHRENBERG, V. “Versicherungswert und Schadensersatz nach dem Handelsgesetzbuch und dem Entwurf eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag (Reichstagsvorlage)”, *ZVersWiss*, nº 6, 1906, p. 410, nota 26.

¹⁸ En nuestra opinión, la redacción presenta problemas que es necesario aclarar. Así, se refiere a dos cuestiones al mismo tiempo. Por un lado, al documento donde viene suscrito (la póliza), habría que analizar la posibilidad de acordarlo fuera de ella. Y, por otro, al momento temporal en que se acuerda (con anterioridad o posterioridad a la conclusión del contrato).

En Italia, el art. 1908 Ccivile señala que la estima se puede producir en el momento de conclusión del contrato. Sin embargo, como es reconocido generalmente en la doctrina (entre otros PARTESOTTI, G., *La polizza stimata*, cit., pp. 9-10), la oposición a la determinación del valor estimado con posterioridad a la conclusión del contrato no puede sostenerse.

contrato", a la que no cabe aplicarle efectos retroactivos. El ACM resuelve tal confusión con una redacción más adecuada. Así, indica que las partes "... podrán fijar en la póliza, en el momento de la celebración del contrato o con posterioridad, ...". No obstante, nos parece oportuno que el texto recoja la posibilidad de fijar la estima no sólo "en la póliza" sino también en un documento aparte. Lo contrario, implica añadir una formalidad excesiva a la póliza estimada.

Por otro lado, también depende la solución normativa de si las partes sabían o no de la posible inexactitud de la estimación¹⁹. En este sentido, se admite que las partes puedan modificar la estimación -no sólo en el momento de conclusión del contrato- si bien es preciso un acuerdo entre las partes. Así, durante el período de duración del contrato se admite que las partes puedan modificar la estimación²⁰. Con ello se pretende no sólo reconocer que la modificación no se limita sólo al momento de conclusión del contrato, sino que se pretende que la estimación responda a la finalidad que efectivamente persigue, al admitir su adecuación posterior evitando conflictos y disputas que una estimación inicial incorrecta pudiera causar en caso de producción del siniestro²¹. En otro orden, se plantea si una de las partes puede forzar a la otra a la modificación de la estima. Al respecto -como resalta GARRIGUES²²-, no se puede olvidar que los pactos en el contrato de seguro no se pueden alterar al arbitrio de la voluntad de una de ellas (art. 1257 CC).

3.2. El cambio más relevante: las causas de impugnación

3.2.1. Punto de partida

El alcance de la reforma legislativa propuesta de los seguros en cuanto a la figura de la póliza estimada introduce una modificación específica en el texto relativo a las causas de impugnación. Sin embargo, tal revisión legal no implica un cambio sustancial de régimen jurídico, sino que, más bien, pretende aclarar cuál es el significado auténtico de las causas de impugnación.

Al respecto, cabe recordar que la impugnación de la valoración entronca con el secular conflicto entre seguridad y justicia²³, ya que bien optamos, en el primer caso, por la certeza de un valor invariable; bien, en el segundo, impedimos los posibles agravios de su inmutabilidad. El fundamento que legitima la impugnación de tal acuerdo se encuentra íntimamente imbricado en el principio de buena fe (*uberrimae bona fidei*), que, como es sabido, preside todo el Derecho contractual de los seguros²⁴.

¹⁹ KISCH, W., *Die Taxierung ...*, cit., p. 14.

²⁰ KISCH, W., *Die Taxierung ...*, cit., p. 14. En idéntico sentido, KOLLHOSSER, H., "§ 57 VVG", cit., p. 487 (marg. 1).

²¹ KISCH, W., *Die Taxierung ...*, cit., p. 15.

²² GARRIGUES, J., *Contrato ...*, cit., p. 38.

²³ Como nos recuerda, EMBID IRUJO, J. M., "Causas de impugnación ...", cit., p. 2753.

²⁴ Como se señala de forma general en la doctrina, URÍA, R., *El seguro marítimo*, Barcelona, 1940, pp. 11-12; GARRIGUES, J., *Contrato ...*, cit., p. 47, en especial sobre el principio de buena fe en el contrato de seguro, v. en el mismo trabajo pp. 46 ss. Recientemente, v. ILLESCAS ORTIZ, R., "Principios fundamentales ...", *RES*, 157, 2014, pp. 12-14. La Jurisprudencia también ha puesto de manifiesto la incidencia que, de forma especial, tiene el principio de buena fe, en el contrato de seguro, así v. la

Como ejemplo del mismo se suele hacer referencia al deber precontractual de declaración exacta del interés asegurado por el tomador del seguro²⁵. En el caso que nos ocupa, la existencia de una valoración pactada del interés asegurado se fundamenta en la confianza depositada recíprocamente entre sí por las partes. En caso de que tal valoración pueda haber sido *irregular* supone una vulneración de tal confianza y, por tanto, permite el recurso a la impugnación de dicha valoración²⁶.

Con carácter preliminar, y analizando la redacción vigente de las pólizas estimadas (art. 28 LCS), conviene resaltar que nos parece inexacto o, al menos, discutible el empleo del término “impugnación”, ya que las causas existentes -violencia, intimidación o dolo- son *stricto sensu* límites de orden público y entra, más bien, en el terreno de los vicios del consentimiento (art. 1265 CC). Además, consideramos que no es admisible que las partes fijen la “inimpugnabilidad” del acuerdo -o la exclusión de determinadas causas- ya que puede afectar al orden público si conduce a eludir el principio indemnizatorio o la admisión de actuaciones maliciosas por las partes²⁷. Cuestión distinta será que las partes quieran “clarificar” las ya existentes (por ejemplo, en el caso de que las partes quieran especificar cuándo la estimación es “excesiva”).

3.2.2. La redacción vigente

En nuestro ordenamiento, las llamadas *causas de impugnación* no ofrecen un criterio homogéneo. La redacción en la LCS es confusa en este apartado, a diferencia de la forma más clara que presentaban los Anteproyectos que le precedían, en los que sólo se mencionaban los supuestos de dolo y de valoración excesiva. Así, en el texto actualmente vigente –art. 28 LCS²⁸- se reúne en su tercer párrafo dos grupos de causas. Con respecto al primero (“...cuando su aceptación haya sido prestada por violencia, intimidación o dolo,...”), comprende varios supuestos de vicios en el consentimiento que no necesitan de constancia expresa en la LCS. Así, pueden ser alegados por el asegurador –y también por el asegurado- sobre la base del régimen general de los contratos. En caso de concurrencia de tal causa, se puede calificar como un supuesto de nulidad del acuerdo de estima por vicios del consentimiento.

En cuanto al segundo grupo de causas (“... cuando por error la estimación sea notablemente superior ...”) enlaza, más bien, con los límites a la autonomía de la voluntad en virtud de normas de orden público (art. 1255 CC), representada aquí por la

conocida STS de 15.10.1985, que indicaba lo siguiente: “El principio de buena fe, rector de todo tipo de relaciones jurídicas conforme a las ideas que presiden nuestro ordenamiento (arts. 7-1 y 1.258 CC, 57 Cdc, 5.a/, 20.2, 54.2, d) y 89.1 ET) de forma especial en el contrato de seguro, pero, en todo caso, se extiende al asegurado (en su caso al tomador si es distinto y al beneficiario cuando proceda) y al asegurador”.

²⁵ v. GARRIGUES, J., *Contrato ...*, cit., pp. 49-50, en referencia a la inspiración que tal principio de buena fe tiene sobre el deber precontractual de declaración exacta del tomador del seguro.

²⁶ Tradicionalmente, los tribunales han tenido en cuenta la buena fe del asegurado a la hora de decidir sobre la impugnación del valor estimado solicitada por la entidad aseguradora.

²⁷ EMBID IRUJO, J. M., “Art. 28 LCS”, cit., p. 368.

²⁸ Art. 28.- “... El asegurador únicamente podrá impugnar el valor estimado cuando su aceptación haya sido prestada por violencia, intimidación o dolo, o cuando por error la estimación sea notablemente superior al valor real, correspondiente al momento del acaecimiento del siniestro, fijado pericialmente.”

prohibición de enriquecimiento injusto del art. 26 LCS (principio indemnizatorio). Al respecto, conviene aclarar que la referencia en el texto al *error* en la estimación no se corresponde con el *error* como vicio del consentimiento. En nuestra opinión, el empleo de esta terminología por el legislador ha creado una confusión innecesaria sobre el verdadero significado constitutivo del acuerdo, ya que una interpretación errónea puede implicar que se reconozca el derecho del asegurador a impugnar siempre que considere erróneo el valor estimado. Lo cual, como es sabido, está lejos del verdadero espíritu del legislador²⁹. Por tanto, parece más oportuno leer el texto del segundo apartado sin atender a la noción de error (“...cuando [*por error*] la estimación sea notablemente superior). Esta diferencia es importante, porque como se indicará más adelante, si prospera la acción de impugnación que se interponga por alguna de las partes, los efectos son diferentes. La existencia de error en sentido estricto se engloba dentro de los vicios de consentimiento y, por tanto, anula el acuerdo de estimación.

En otro orden, la concurrencia de mala fe por el asegurado en el acuerdo de estima no supone la nulidad del contrato de seguro -pues producirá efectos- sino que libera a la entidad aseguradora de su obligación de pagar la prestación correspondiente en caso de siniestro (art. 19 LCS). Al respecto, entre nosotros³⁰, se ha señalado que sus efectos no se reducen a la invalidez de la estimación, sino que se anula el contrato de seguro (afecta a cuestiones de orden público, art. 1255 CC), es decir, se priva de validez al contrato por ineficacia. Y, al igual que ocurre en el Derecho Comparado³¹, nuestro ordenamiento establece que el asegurador de buena fe podrá retener, en tal caso, las primas vencidas y las del período en curso (art. 31.2 *in fine*); además de ello, como es lógico, le libera de la obligación de indemnizar por daños y perjuicios.

3.2.3. La versión propuesta

La reforma de las causas de impugnación pretende reducir los supuestos de estima únicamente a la sobrevaloración notable de la estima con respecto al valor real del interés asegurado. Así, se observa en el texto objeto de nuestro análisis (art. 582-4 ACM)³², el cual sólo reconoce al asegurador la posibilidad de impugnar “... el valor

²⁹ Según ALONSO SOTO, R., “Capítulo 77. Tipología del seguro” en URÍA, R./ MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, II, 2ª ed., Madrid, 2007, p. 611, “... el asegurador únicamente podrá impugnar el valor estimado cuando exista algún vicio en el consentimiento, es decir, cuando su aceptación haya sido prestada mediante violencia, intimidación, dolo o grave error en la estimación (art. 28; v. SSTs de 28.2.1990, de 9.4.1999, de 11.2.2002 y de 29.10.2004, que diferencia entre póliza estimada y seguro a primer riesgo). En nuestra opinión, el cierto que los supuestos de violencia, intimidación o dolo se corresponden con vicios del consentimiento; no obstante, el error grave mencionado por el legislador no es tanto un vicio del consentimiento como un supuesto de valoración excesiva, sin que concurra vicio alguno en el contrato. En realidad, tal supuesto sería la única novedad en cuanto a los supuestos de impugnación, ya que, en cualquier caso, aunque no dijera nada el legislador, la estimación como negocio jurídico siempre puede impugnarse por vicios del consentimiento (art. 1265 CC). El supuesto contemplado en el art. 28,3º párr. no se corresponde con el mencionado en los arts. 1265 y 1266 CC. Su fundamento no es tanto los vicios del consentimiento como las razones de orden público derivadas de la prohibición de enriquecimiento injusto (art. 26 LCS).

³⁰ EMBID IRUJO, J. M., “Causas de impugnación ...”, cit., pp. 2760-2761.

³¹ Así, v. en el caso alemán la referencia de MÖLLER/SIEG, “§ 57 VVG”, cit., p. 406 (marg. 50).

³² “582-4 ACM *Póliza estimada*.”

estimado cuando la estimación sea notablemente superior al valor real, correspondiente al momento de acaecimiento del siniestro, fijado pericialmente”. Esta redacción, que excluye los supuestos de vicios de consentimiento, es valorada positivamente por la doctrina³³. Si bien no deja de criticarse algunas cuestiones, como por ejemplo, el hecho del que como valor de referencia para calificar la sobrevaloración se recurra al “valor real”, cuando hubiera sido más oportuno –como se nos recuerda por la misma doctrina³⁴- su coordinación con el art. 582-2 (*principio indemnizatorio*) y referirse al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior al acaecimiento del siniestro.

De los diversos supuestos analizados en el epígrafe anterior desaparecen los correspondientes al primer grupo, es decir, el error –entendido, en sentido estricto-, la violencia y la intimidación. Tal “pérdida” -conviene aclararlo- no afecta realmente al régimen jurídico de las causas de impugnación. Como es bien sabido la estima es un acuerdo negocial y se le aplica el régimen general de los contratos; y, en concreto, el art. 1265 CC, conforme al cual se declara la nulidad del consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo (más en detalle, arts. 1266-1270). Por ello, en el texto propuesto del art. 582-4 ACM sólo subsiste como causa de impugnación la estima “notablemente superior” respecto del valor real del interés en el momento anterior a la producción del siniestro. En esta sede, conviene aclarar que no se trata propiamente de un supuesto de error en el consentimiento, sino de error en la valoración.

En nuestra opinión, la propuesta de reforma es acertada, si bien deja algunas dudas que conviene, al menos brevemente, resaltar. En primer lugar, la relativa al “únicamente” reflejado en el art. 28,2º párrafo y que ahora no aparece. Este “olvido” legislativo puede representar una “puerta abierta” a otras causas de impugnación, incorporadas por las partes al acuerdo de estima, y, probablemente, por el asegurador en su propio interés. Es cierto que, como se ha indicado, esta supresión enlaza con la vía abierta para facilitar también la impugnación sobre la base de los vicios de la voluntad, pero no menos cierto es que puede dar pie a que las partes establezcan o encuentren otras vías de impugnación que debilitaría notablemente el significado de las pólizas estimadas. En todo caso, la expresión “únicamente” –suprimida en el ACM- no afecta a la impugnación sobre la base de los vicios de la voluntad, pues se trata de normas de orden público que no pueden ser alteradas por la voluntad de las partes.

En segundo lugar, como ya hemos apuntado, la continuidad con el uso del término “real” como referencia del valor del interés asegurado (su “valor real”). Ello representa una dificultad, al uso de las pólizas estimadas en seguros a valor nuevo, pues

1. La póliza se entenderá estimada cuando el asegurador y el asegurado hayan aceptado expresamente en ella el valor asignado al interés asegurado.

2. Las partes, de común acuerdo, podrán fijar en la póliza, en el momento de la celebración del contrato o con posterioridad, el valor del interés asegurado que habrá de tenerse en cuenta para el cálculo de la indemnización.

3. El asegurador podrá impugnar el valor estimado cuando la estimación sea notablemente superior al valor real, correspondiente al momento del acaecimiento del siniestro, fijado pericialmente.”

³³ MUÑOZ PAREDES, M. L., “El contrato de seguro ...”, cit., p. 366-367.

³⁴ *ibidem*, p. 367, quien califica como “obsoleta la formulación legislativa y propone otras como la arriba mencionada o la equivalente de “valor final” del interés asegurado

—como indica acertadamente la doctrina³⁵— haría prácticamente impugnables todos los acuerdos de estima.

Y, en tercer lugar, la reducción, aparentemente, de la legitimación para impugnar al asegurador, sin que se contemple expresamente la facultad para su ejercicio por otros sujetos, en especial el asegurado³⁶.

Por otro lado, aunque brevemente, cabe analizar si sería admisible cláusulas que faciliten tal impugnación. En tal caso, nos enfrentamos a un impedimento relevante como es la cláusula de *cierre* empleada por el legislador (art. 28.3 LCS, “...únicamente...”) y que sólo reconoce la existencia de estas cláusulas. En nuestra opinión, cabe distinguir aquí entre nuevas causas ajenas a las expresadas en el precepto y cláusulas que alteren o modifiquen, en algún modo, las cláusulas existentes. Por tanto, del tenor literal del precepto no es posible que el asegurador introduzca alguna cláusula más; con independencia del juicio que se haga del precepto, la redacción de la norma es clara y estricta (*únicamente*).

Además, es preciso reconocer que tal limitación sólo afecta al asegurador. Se trata de una norma restrictiva y tiene que aplicarse desde esa perspectiva. Además, el asegurado como se nos recuerda en otros preceptos tiene una especial protección que le permite disponer lo que le sea más beneficioso (art. 2 LCS). Por tanto, lo aquí expresado sólo afectará al asegurador, ya que si las limitaciones concerniesen al asegurado, será necesaria su aceptación expresa (art. 3. 1º párr. *in fine* LCS)³⁷.

En cuanto a la alteración o modificación de alguna de las cláusulas existentes, la situación varía. Esto será posible, pero sólo con respecto a la valoración excesiva del interés asegurado, ya que, como es lógico pensar, los supuestos contenidos en la primera parte se refieren a normas generales del Derecho de los contratos y de orden público, que no pueden ser alteradas por la voluntad de las partes.

3.2.4. El mantenimiento de la valoración “notablemente superior”

Finalmente, y en cuanto a la noción de “notablemente superior”, a pesar de su apariencia “ambigua”, ello no significa que los tribunales empleen un criterio arbitrario sino que requiere de cierta objetividad en atención al caso específico. Por ello, entendemos que debe de ponerse en conexión con la noción de enriquecimiento injustificado del art. 26 LCS (razones de orden público) y con la realidad económica del interés al momento de la conclusión del contrato.

En cambio, el supuesto de la valoración excesiva es distinto. Aquí es posible que las partes predeterminen cuál es el porcentaje calificable como excesivo. Al respecto, cabe hacer algunas puntualizaciones. Por un lado, el porcentaje fijado debe ser relevante, es decir, no puede ser de cuantía irrelevante con respecto al valor real, ya que en tal caso, la estimación no tendrá sentido. Lo que no quiere decir que sea inválida.

³⁵ Así, v. MUÑOZ PAREDES, “El contrato de seguro ...”, cit., p. 367.

³⁶ En este sentido, v. STS de 9.7.1994

³⁷ Por cierto, cabe resaltar que será éste a quien le competa probar que nos encontramos en alguno de los supuestos tasados, como reconoce el Tribunal Supremo en la ya comentada STS de 28.2.1990 (“...circunstancias [las del tercer párr. del art. 28 LCS] que no concurren en el presente caso y que, de concurrir, la carga de la prueba correría a cargo de la aseguradora, que nada hizo al respecto, ...”).

Aunque puede existir engaño del asegurador al asegurado. Por otro lado, esta alteración requiere de aprobación o consentimiento expreso por parte del asegurado. Al respecto, no podemos olvidar que se trata de una limitación de los derechos de asegurado, ya que la percepción de la indemnización se deja al criterio de la posible impugnación del asegurador del precio estimado. Finalmente, cabe señalar que nuestro ordenamiento no determina criterios orientativos sobre el carácter notable de la sobrevaloración, aunque en la práctica judicial de otros países –en especial, en el caso alemán- se señala la cifra del diez por ciento sobre el valor real como máximo de valoración. Así, por ej. parece admisible un acuerdo entre las partes que exprese su reducción a un cinco por ciento de dicha cifra, y que facilita, además, la estimación señalando un marco determinado³⁸.

Como ya hemos señalado, la referencia del art. 28 LCS al error en la estimación se presenta como innecesaria. Como es sabido, la sobrevaloración del interés asegurado puede venir por error o negligencia de alguna de las partes o de ambas o por actuación maliciosa. En este último caso, aplicaríamos lo dispuesto en el epígrafe anterior, de modo que la entidad aseguradora se liberaría de la obligación de indemnizar (art. 19 LCS) y, al mismo tiempo, retendría las primas recibidas y la del período en curso (art. 31.2 *in fine*). En los demás casos, se aplicaría lo aquí dispuesto. Por tanto, la mención al error es innecesaria, sirviendo sólo para aclarar que este supuesto no tiene que ver con el llamado *sobreseguro doloso*. Por tanto, nos vamos a centrar ahora en la sobreestimación *no dolosa*.

Al respecto, uno de los requisitos esenciales del acuerdo de estima es la concordancia externa entre las declaraciones de voluntad de las partes³⁹, cuya ausencia permite impugnar la estimación. La cuestión a debate es hasta qué punto se puede impugnar la estima en virtud de un error en la valoración del bien asegurado. Una posición contraria al reconocimiento de tal impugnación⁴⁰ sirve para fundamentar el efecto sustancial de la póliza estimada sobre la idea de que se trata exclusivamente de una inversión de la carga de la prueba. Esto implica que la parte que se equivoca no puede ejercer tal impugnación, salvo que su error haya venido motivado por un engaño malicioso en las declaraciones sobre el bien asegurado⁴¹. A estas declaraciones, como es lógico, se aplican las disposiciones generales sobre los contratos.

Tampoco se puede olvidar que la sobrevaloración no necesariamente va a beneficiar al asegurado, sino que también puede beneficiar a la entidad aseguradora, en aquellos supuestos en los que la estima sea inferior al valor real del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la producción del siniestro⁴².

Como se ha puesto de manifiesto en nuestra doctrina⁴³, hablar de que el valor estimado sea “notablemente superior” significa recurrir a un criterio “ambiguo” que, en

³⁸ Al respecto, v. en la doctrina alemana a MÖLLER/SIEG, “§ 57 VVG”, cit., p. 405 (marg. 49), quien recoge este ejemplo del acuerdo que reduzca la sobretasación a un cinco por ciento del valor real.

³⁹ KISCH, W., *Die Taxierung ...*, cit., p. 4.

⁴⁰ Como defiende el autor citado (KISCH, W., *Die Taxierung ...*, cit., pp. 4-5) sobre la base de una sentencia histórica del Tribunal del *Reich* de 24.11.1883.

⁴¹ KISCH, W., *Die Taxierung ...*, cit., pp. 4-5.

⁴² Como reconoce LEGH-JONES, N./ BIRDS, J./OWEN, D., *Mac Gillivray on Insurance Law*, cit., p. 483 (marg 19-10).

⁴³ EMBID IRUJO, J. M., “Causas de impugnación ...”, cit., p. 2758.

definitiva, viene a dejar en manos de los tribunales la determinación de cuál es tal medida. La solución es, desde luego, pragmática, ya que es muy arriesgado el establecimiento de un porcentaje concreto como límite a la sobrevaloración. Sin menoscabo de lo expuesto, tampoco puede deducirse que la decisión adoptada por el justiciable sea arbitraria o discrecional, sino que debe obedecer a criterios objetivos y acordes con el espíritu del legislador⁴⁴.

Con el fin de contribuir a dilucidar el contenido de tales criterios, entendemos que se ha de poner de manifiesto la relación directa entre la idea de una valoración “notablemente superior” del art. 28.3 LCS y el “enriquecimiento injusto” que prohíbe el art. 26 LCS. Y esto es lógico por la razón de que el art. 28 LCS, según como está planteado por el legislador, funciona como excepción al principio general contenido en el art. 26 (principio indemnizatorio)⁴⁵; de tal modo, la estimación no puede superar una valoración que –a juicio de los tribunales- se antoje *injusta* o desproporcionada. Como se puede observar, este análisis no ofrece una solución *automática* a los tribunales, es decir, la fijación de un porcentaje del valor real, sino que promueve el empleo de criterios objetivos a tener en cuenta a la hora de dilucidar si la estimación es o no excesiva. Nos referimos a los criterios de justicia y proporcionalidad, dentro de los cuales se puede admitir una sobreestimación, sirviendo a lo que se llama como enriquecimiento *justo* del asegurado⁴⁶. Esta relación es la que justifica –cuestión que se aborda en el siguiente epígrafe- que el momento temporal de valoración *real* del bien (para su cotejo con el estimado) se haga en referencia al valor en el momento anterior a la producción del siniestro, en consonancia con la noción de valor *real* del interés elegida por el citado art. 26 LCS⁴⁷.

Desde la perspectiva del Derecho comparado, merece atención las soluciones adoptadas, especialmente en el alemán, cuyo texto legal ofrece una redacción similar. Así, el § 76 VVG⁴⁸ indica también que el pacto de estimación asume una “significativa excepción” cuando supere notablemente *-erheblich-* el valor real⁴⁹. A fin de interpretar el alcance de esta excepción, la doctrina⁵⁰ ha tenido en cuenta la experiencia de la

⁴⁴ Así, en nuestra doctrina se ha señalado algunas pautas para determinar la valoración excesiva (llamada “notabilidad”); así se parte de, en primer lugar, la determinación del juez caso por caso; en segundo lugar, la inatacabilidad de la valoración mientras no supere “el margen de error o subjetividad” propio de cualquier valoración que se lleve a cabo; y, en tercer lugar, el grado de notabilidad será mayor en relación con la mayor dificultad para la cuantificación del valor (v. DÍAZ MORENO, A., *La disciplina ...*, cit., pp. 120-124)

⁴⁵ EMBID IRUJO, J. M., “Causas de impugnación ...”, cit., p. 2759.

⁴⁶ v. BIRDS, J. *Birds' Modern Insurance Law*, cit., pp. 309-310.

⁴⁷ Críticamente con la redacción del art. 26 LCS sobre el alcance del valor *real*, v. Así, v. MUÑOZ PAREDES, “El contrato de seguro ...”, cit., p. 367.

⁴⁸ El precepto se corresponde, en líneas generales, con el § 57 VVG, antes de la reforma de la normativa alemana mediante la ley de 23 de diciembre de 2007. Sobre esta reforma, v. RÖMER, W., “La reforma del Derecho del contrato de seguro en la República Federal de Alemania”, *RDM*, n° 270, 2008, pp. 1515 ss. Ello explica que, a lo largo del trabajo, nos remitamos en nota, indistintamente, tanto a los comentarios al § 57 VVG –ya derogado- como al vigente § 76 VVG, pues las valoraciones de los autores citados siguen siendo válidas en uno y otro caso.

⁴⁹ Esta expresión es también frecuente en otros ordenamientos. En Derecho anglosajón, v. BIRDS, J. *Birds' Modern Insurance Law*, cit., p. 309, menciona la exigibilidad del valor estimado salvo que su cuantía sea “hopelessly excessive”.

⁵⁰ KISCH, W., *Die Taxierung ...*, cit., p. 17.

práctica aseguradora y las decisiones adoptadas por los tribunales; del mismo modo, también destaca el papel de la normativa procesal correspondiente a la prueba de tal exceso notable⁵¹. Las soluciones alcanzadas han puesto de manifiesto la función destacada que desempeña el momento temporal en el que el valor real se compara con el valor estimado.

En el Derecho inglés, implícitamente, también se reconoce validez a una cierta sobrevaloración en las pólizas estimadas, sin que se pueda calificar como juego o apuesta, siempre que se reconozca un interés *real* del asegurado en el bien objeto de cobertura⁵².

Finalmente, cabe señalar que esta causa de impugnación -sobrevaloración notable- se fundamenta en razones de orden público, con el fin de evitar que al socaire de la autonomía de la voluntad reconocida en el art. 28, se infrinja una norma de derecho imperativo –art. 26 LCS y el principio indemnizatorio en ella contenido-, que, como es sabido, cumple un papel primordial en los seguros de daños. Idéntico fundamento se contempla en el ordenamiento jurídico alemán antes citado (§ 76 VVG)⁵³. Así, la normativa aplicada ante la ruptura de la prohibición de enriquecimiento, da entrada a lo que se ha llamado como “función de vigilancia” de la ley⁵⁴, que implica devolver al valor de restitución no un valor estimado sobredimensionado, sino a su valor real.

3.2.5. Los efectos de la impugnación

El análisis de la impugnación quedaría incompleto si, a continuación, no atendiéramos a los efectos de la impugnación. En principio, cabe resaltar que su admisión no afecta al contrato de seguro sino sólo al acuerdo específico de estima, que no es uno de sus elementos esenciales. El resultado de la impugnación entraña que la póliza estimada – hasta entonces "cerrada"- se convierte en una “póliza abierta” y, en consecuencia, se le aplique el régimen general contenido en el art. 26 LCS. No obstante, no podemos olvidar que la concurrencia de dolo por parte del asegurado libera al asegurado del cumplimiento de su obligación indemnizatoria (art. 19 LCS).

Tras lo expuesto sobre la impugnación en los epígrafes anteriores, conviene recordar que ésta puede tener éxito, por lo que parece preciso detenerse, al menos brevemente, en sus consecuencias. A tal fin, será preciso separar los efectos que la impugnación provoca sobre el acuerdo de estima, por un lado, y sobre el propio contrato de seguro, por otro. Pero, al mismo tiempo, conviene tener en cuenta las diferentes “soluciones” resultantes y dependientes de la causa de impugnación en que el acuerdo de estima ha incurrido, ya que pueden superar la citada separación. La combinación de

⁵¹ En el caso alemán, es de interés la sentencia del BGH de 4.4.2001 (en *NJW*, 2001, p. 3359), que suelen citar la mayoría de los autores, reconociendo que el límite de la sobrevaloración se determinará en cada caso, si bien es orientativo la cuantía del diez por ciento de exceso sobre el valor real.

⁵² Entre otros, v. BIRDS, J. *Birds' Modern Insurance Law*, cit., pp. 309-310; LEGH-JONES, N./ BIRDS, J./OWEN, D., *Mac Gillivray on Insurance Law*, 10ª ed., London, 2002, p. 8 -marg. 1-15- y la sentencia “The Maira nº 2”, recogida en *Lloyds' Report*, 1984, pp. 660 ss.

⁵³ MÖLLER/SIEG, “§ 57 VVG”, cit., p. 401 (marg. 40).

⁵⁴ MÖLLER/SIEG, “§ 57 VVG”, cit., p. 401 (marg. 40).

ambos criterios nos permite conocer, con mayor claridad, cuáles son los efectos de la impugnación.

En principio, se ha observado⁵⁵ que la admisión de la impugnación no afecta al contrato de seguro sino sólo al acuerdo de estima, que se verá anulado y se le aplicará el régimen general del art. 26 LCS. El fundamento que explica la exclusión de la nulidad del contrato cuando fructifica la impugnación reside en que el acuerdo de estima no es un elemento esencial *-essentialia negotii-* de dicho contrato de seguro. La consecuencia lógica nos conduce a entender que el contrato se ha concluido sin pacto estimatorio; así, la póliza estimada se reconvierte en una “póliza abierta”, aplicándose el art. 26 LCS⁵⁶. En tal caso, el asegurado será quien deba probar el valor real del bien, si éste no quedó ya determinado tras la impugnación realizada por el asegurador. Al respecto, cabe recordar que la impugnación del asegurado no requiere de forma específica, aunque las partes hayan previsto alguna en el contrato⁵⁷.

No obstante, no se puede olvidar que, si fructifica el recurso en presencia de determinadas causas de impugnación –en caso de existencia de dolo, por ej.-, se puede provocar la nulidad del contrato de seguro. Incluso, en el ámbito del seguro marítimo⁵⁸, se nos recuerdan otras situaciones causantes de la citada nulidad; en concreto, cuando el contrato de seguro no se hubiera concluido si no hubiera existido el acuerdo ahora impugnado.

Pues bien, tras estos breves apuntes y junto con la ausencia de un pronunciamiento específico del legislador sobre las consecuencias de la impugnación, la problemática de los efectos del éxito de la mencionada impugnación requiere que atendamos, en detalle, a aquellas causas que la sustentan, antes de intentar deducir si existe un criterio general.

Así, y en primer lugar, cuando se demuestre que la aceptación del asegurador ha sido prestada “por violencia, dolo o intimidación”, el efecto inmediato es la nulidad del citado acuerdo conforme a las normas que disciplinan el régimen general de los contratos. Además, en nuestra opinión, no parece que los efectos terminen en dicha nulidad, ya que la existencia de tal actuación –violenta, intimidatoria o dolosa- implica consecuencias en el contrato de seguro. Especialmente a raíz del significado que tiene el principio de buena fe en el citado contrato.

Y en segundo lugar, “cuando [por error] la estimación sea notablemente superior al valor real”, se reduce el importe de la indemnización del asegurador al daño

⁵⁵ EMBID IRUJO, J. M., “Causas de impugnación ...”, cit., p. 2760.

⁵⁶ EMBID IRUJO, J. M., “Causas de impugnación ...”, cit., p. 2760. Como ejemplo práctico puede servir el aportado en la doctrina alemana por MÖLLER/SIEG, “§ 57 VVG”, cit., p. 402 (marg. 43). En concreto, se refiere a un supuesto de la conclusión de un seguro de daños y las partes fijan como valor –estimado- del interés la cuantía de 250.000 €. Posteriormente, acaece un siniestro con pérdida total del bien asegurado, pero, sin embargo, el valor real es notablemente inferior al estimado, en concreto, alcanza un importe de 200.000 €. No obstante, en tal caso la indemnización del asegurador no se reducirá por tal sobrevaloración a una cuantía aproximada por aplicación del criterio del diez por ciento (así, 220.000 €), sino que, por el contrario, se ha de tener en cuenta cuál es el valor real del interés en el momento inmediatamente anterior al acaecimiento del siniestro (200.000 €), que, en tal caso, servirá de cuantía indemnizatoria.

⁵⁷ MÖLLER/SIEG, “§ 57 VVG”, cit., p. 402 (marg. 42).

⁵⁸ RITTER, C./ABRAHAM, H. J., *Das Recht der Seeversicherung. Ein Kommentar zu den Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen*, 2ª ed., T. I, Hamburg, 1967, p. 221 (marg. 19).

efectivamente causado conforme al valor del bien en el momento anterior a la realización del siniestro (siguiendo lo dispuesto en el art. 26 LCS). Sin embargo, esta “conversión” de la póliza estimada en póliza *abierta* –como ya hemos expresado antes– no tiene una validez general para todas las situaciones de sobreseguro. Y esto motivado por la necesidad de indagar en cuál fue la actitud del asegurado y del tomador del seguro y provocó la situación de sobreseguro citada. Así, el legislador no “concede” a todas las situaciones de sobreseguro idénticas consecuencias. En caso de que éste sea debido “a mala fe del asegurado” (art. 31.2 LCS), se califica, en principio, el seguro como ineficaz. A pesar de ello, el contrato produce ciertos efectos ya que, como es sabido, el legislador reconoce al asegurador de buena fe la facultad de retener las primas vencidas y las del período en curso al momento de la impugnación. Esta “aparente” discordancia entre la declaración de ineficacia y la existencia de consecuencias legales descansa en el propósito del legislador de sancionar al asegurado por incumplimiento del principio general de buena fe exigible a las partes que, como hemos reiterado sucesivamente a lo largo del trabajo, desempeña un papel primordial en el Derecho contractual de los seguros y, especialmente, en el acuerdo de estima⁵⁹.

4. EL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL ACUERDO DE ESTIMA

Tras lo expuesto, cabe resaltar que el alcance del acuerdo de estima no se encuentra tanto en su validez -reconocida unánimemente por la doctrina- sino en sus límites⁶⁰. Conocer tales límites requiere averiguar el valor que se le atribuye a dicho acuerdo, especialmente en conexión con su contenido y la forma elegida para ejecutarlo⁶¹. Como es sabido, dos son las posiciones existentes sobre tal valoración del acuerdo de estima: la primera, afirma la naturaleza *procesal* del acuerdo; la segunda, opone el significado *sustantivo* del mencionado acuerdo.

Tradicionalmente, el acuerdo de estima se ha calificado como una inversión de la carga de la prueba; de tal modo, su conclusión no afecta al contrato de seguro sino a un aspecto adjetivo en la fase de cuantificación del siniestro. En cambio, la tesis sustancial le dota de una mayor seguridad al acuerdo, aunque sin alcanzar la intangibilidad, pues, como ya hemos visto anteriormente, siempre cabe su impugnación, si bien en supuestos legalmente tasados. La mayor o menor amplitud que le queramos dar a tales supuestos determina el alcance del propio acuerdo de estima. Tampoco podemos obviar el significado al que nos lleva tal calificación del acuerdo de estima en

⁵⁹ Una situación paralela se produce en el caso de los contratos concluidos por una entidad aseguradora sin autorización para ejercitar esta labor empresarial. Al respecto, y como señala la LOSSP (art. 5.2), se sanciona esta infracción con la nulidad de pleno derecho de los contratos; no obstante, si acaece el siniestro, nacerá la obligación de la entidad que lo hubiese celebrado de satisfacer una indemnización cuya cuantía se fijará con arreglo a las normas que rigen el pago de la prestación conforme al contrato de seguro, sin perjuicio del deber de indemnizar los restantes daños y perjuicios que hubiera podido ocasionar.

⁶⁰ PARTESOTTI, G., *La polizza stimata*, cit., pp. 7-8. Entre nosotros, DÍAZ MORENO, A., *La disciplina* ..., cit., p. 31.

⁶¹ En idéntico sentido, EMBID IRUJO, J. M., “Art. 28 LCS”, cit., pp. 366-367.

un contrato de seguro contra daños, pues se "aproxima", en gran medida, al correspondiente en los seguros de sumas⁶².

En definitiva, parece necesario huir de una interpretación reductora de la sustantividad del pacto de estima, ya que el efecto que se atribuya a tal acuerdo desempeña un papel de primer orden en la póliza correspondiente. La finalidad de la estima se sustancia –como ya se ha indicado– en una *función preventiva de conflictos*⁶³. Así, el acuerdo de estima pretende superar las dificultades que la determinación del daño origina a la técnica aseguradora⁶⁴, sin que se haya observado en la práctica –como señalan algunos autores⁶⁵– un riesgo para el cumplimiento del principio indemnizatorio.

⁶² En la fase de liquidación y sin menoscabo de las diferencias existentes entre ambas figuras.

⁶³ SCHAUER, M., "§ 57 VVG", cit., p. 928; WARKALLO, W., "Generalreferat", cit., p. 26.

⁶⁴ WARKALLO, W., "Generalreferat", cit., p. 25. En idéntico sentido KOLLHOSSER, H., "§ 57 VVG" en KNAPPMANN, U./ PRÖLSS, J./ KOLLHOSSER, H./VOIT, W., *Prölss/Martin Versicherungsvertragsgesetz Kommentar*, 26ª ed., München, 1998, p. 487 (marg. 1).

⁶⁵ Entre muchos, v. WARKALLO, W., "Generalreferat", cit., p. 26.

LAS CLÁUSULAS “CLAIMS MADE”

¿¿¿ FIN DE LA POLÉMICA???

MARÍA CONCEPCIÓN HILL PRADOS*

Resumen

Las conocidas como cláusulas de 'delimitación temporal de cobertura' –'Claims Made'– han sido objeto de distinto tratamiento por parte de la doctrina y de la jurisprudencia a lo largo de los años, ocasionando graves problemas en la práctica aseguradora. Una primera interpretación las consideró lesivas por ser desfavorables al asegurado, parte débil del contrato, y, por tanto, nulas. Ante las necesidades y presiones del mercado asegurador de RC, una reforma legislativa las incorporó al artículo 73 de la LCS, calificándolas como cláusulas 'limitativas' de los derechos de asegurado, condicionando su validez al cumplimiento de los requisitos establecidos en el art.3 de esta misma Ley. Mejor solución hubiese sido reconocer su función de delimitación del riesgo concertado en el contrato como venía sosteniendo una parte importante de la doctrina. El Proyecto de Código Mercantil elimina la calificación de 'limitativas', aunque no las define como 'delimitadoras'.

Contenido

1. Las Cláusulas 'Claims Made' y sus modalidades. – 2. Génesis del problema. – 2.1. La Sentencia del TS de 20 de marzo de 1991. – 2.2. La reforma de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y el nuevo art.73 de la LCS. – 2.3. Cláusulas 'delimitadoras' *Vs.* Cláusulas 'limitativas'. – 2.4. El Anteproyecto de LCS de 2010. – 3. Las Cláusulas 'Claims Made' en el ALCS y en el Proyecto de nuevo Código Mercantil. – 3.1. El ALCS. – 3.2. El Proyecto de nuevo Código Mercantil. – 4. Conclusión: Perspectivas de futuro.

1. LAS CLÁUSULAS 'CLAIMS MADE' Y SUS MODALIDADES.

INTRODUCCIÓN

Se conocen como cláusulas 'Claims Made' aquellas que circunscriben la obligación de indemnizar del asegurador en un contrato de responsabilidad civil, al hecho de que la reclamación de presente en un momento determinado, durante la vigencia del contrato o en un período anterior o posterior a la misma, previamente pactado entre las partes, independientemente del momento en que se hubiera producido el hecho generador de la responsabilidad. De ahí que se las conozca generalmente como cláusulas de 'delimitación' temporal de cobertura.

* Profesora Titular de derecho Mercantil U.B.

Las cláusulas 'Claims Made' contemplan dos situaciones distintas o son de dos tipos distintos pero, en ambos casos, tendentes a un mismo fin: evitar que se produzca un vacío de cobertura entre dos pólizas de seguro. Unas extienden los efectos de la cobertura post-contrato, esto es, durante un período determinado posterior a la terminación del contrato o de cualquiera de sus prórrogas; mientras que otras, otorgan cobertura con efectos retroactivos, es decir, admiten aquellas reclamaciones que se presenten durante la vigencia del contrato en curso relativas a hechos producidos antes de la conclusión del mismo, siempre con un límite temporal. De hecho, es frecuente que una misma póliza contemple la posibilidad de cobertura retroactiva y post-contrato.

En la mayoría de contratos de seguro, incluidas algunas modalidades de seguro de Responsabilidad Civil, esta cuestión no plantea problema alguno por cuanto el asegurado reclama a su asegurador en el momento en que se produce el evento dañoso objeto de cobertura, durante las fechas señaladas como inicio y fin de la vigencia del contrato. Sabiendo, perfectamente, que de producirse el riesgo contratado fuera de las fechas estipuladas no tiene derecho a reclamar y el Asegurador no se hace responsable de su cobertura.

Sin embargo, en algunos seguros de Responsabilidad Civil la situación es más compleja, dado que los daños provocados por la producción del riesgo contemplado en el contrato no se manifiestan inmediatamente, sino que aparecen al cabo del tiempo cuando ya el contrato que los contemplaba no se encuentra vigente. Se trata de los denominados 'long tail risks', riesgos susceptibles de causar siniestros tardíos o de aparición diferida con consecuencias catastróficas. Entre ellos, de forma especial, los seguros de responsabilidad por productos, las responsabilidades civiles profesionales, D&O, etc. Seguros que, por otra parte, resultan imprescindibles para el desarrollo de determinadas actividades.¹

Es precisamente, en los casos de los denominados 'riesgos tardíos' donde surge el conflicto de intereses. De un lado, la necesidad de proteger a un asegurado que, cuando se produjeron los hechos, estaba cubierto por una póliza de seguro, pero que en el momento en que se han manifestado, persistiendo su responsabilidad por ellos, ya no tiene un seguro que le ampare. Y, de otro, el interés del asegurador, ante la incertidumbre a lo largo de los años de si se producirá o no una reclamación de una póliza antigua y ya extinguida a la que deberá, no obstante, hacer frente.

2. GÉNESIS DEL PROBLEMA

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido negando o, cuanto menos, cuestionando la validez de este tipo de cláusulas por entender que dejan desprotegido al asegurado. En efecto, la principal crítica que se ha hecho este tipo de cláusulas, frecuente en la práctica aseguradora consiste en señalar que un asegurado que tiene concertado un contrato de seguro para cubrir sus responsabilidades, sean del tipo que

¹VERDERA Y TUELLS, E. "La cláusula Claims Made ante la jurisprudencia del TS: Una primera revisión crítica." en VVAA. *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, SANCHEZ CALERO, F. (Dir.), Ed. MUSINI, Madrid 1994, p.86.

sean, después de haber abonado una prima y habiéndose producido los hechos contemplados en el mismo, durante su vigencia, puede verse privado de la cobertura al rechazar su asegurador hacerse cargo de la indemnización por el hecho de que la reclamación –hecho que no siempre depende de él– se produzca cuando ya no está vigente el contrato, aunque siga viva su responsabilidad

Su admisión ha venido planteando un gran número de problemas negándose su validez por considerar que resulta perjudicial para el asegurado. Por ello, se alega que romperían el principio de equilibrio de prestaciones entre las partes² exigido por la ley, pudiendo producirse, además, un vacío de cobertura.³

Se ha dicho que desvirtúan la esencia del seguro de RC, que van contra la esencia misma de esta modalidad asegurativa. Ya que la responsabilidad no desaparece al término de la cobertura asegurativa.⁴ Sin embargo, lo cierto es que la responsabilidad civil y el seguro de RC no tienen idéntico contenido.⁵

2.1. La Sentencia del TS de 20 de marzo de 1991

Un punto de inflexión en la consideración de estas cláusulas viene marcado por la Sentencia del TS de 20 de marzo de 1991.⁶ Contempla la Sentencia el caso de una póliza de seguro de RC de un colectivo de profesionales médicos. La póliza contenía una cláusula que estipulaba la necesidad de que los siniestros debían ser puestos en conocimiento de la aseguradora durante su vigencia.⁷

²Esta situación se ha querido ver como una quiebra en la reciprocidad de prestaciones. PAVELEK ZAMORA, E. La delimitación temporal de cobertura... ob cit., p.49; entre otros, OLMOS PIDÁIN, A. Seguro de responsabilidad profesional de abogado: extensión material de la cobertura y delimitación temporal del riesgo. (Comentarios a la Sentencia de Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 14 de julio de 2003, de la que fue ponente Don Francisco Marín Castán, en *RES* nº116, Octubre-Diciembre 2003, p.571.

³Una adecuada coordinación entre los aseguradores, en caso de pólizas sucesivas, puede evitar este vacío téngase en cuenta que la mayoría de pólizas contemplan la cobertura 'post contractum', así como la retroactiva.

⁴VEIGA COPO, A.B. *La dimensión temporal en el contrato de seguro*. Ed. Civitas, 2011. p.159. Es cierto que la responsabilidad civil es, en principio, ilimitada desde el punto de vista patrimonial, aunque no así su aseguramiento.

⁵PAVELEK ZAMORA, E. La delimitación temporal de cobertura, *Gerencia y Riesgos* nº41, p.53. REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro en el seguro de responsabilidad civil. (Reflexiones en torno a las llamadas cláusulas Claims Made), en *INURIA*, 1994, p.31. Señala, este autor, que se está partiendo de un presupuesto erróneo, la identificación entre responsabilidad civil y seguro de Responsabilidad Civil. Confundiendo, por tanto, el seguro mismo con el objeto de su cobertura. Son cosas distintas, aunque íntimamente ligadas entre sí. En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F. “Seguro de responsabilidad civil”, en *VVAA, Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/80, de 8 de octubre y a sus modificaciones*. SANCHEZ CALERO, F. (Dir.) Ed. Aranzadi, Navarra 2001, pp.1205 y ss.

⁶El TS ya se había venido decantando por el criterio del hecho generador de la responsabilidad, como pone de relieve –citando algunas sentencias de interés– TAPIA HERMIDA, J. La articulación de la póliza de seguro de responsabilidad civil: cláusulas definitorias, delimitadoras y limitativas, en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, abril 2001, pp.192 y ss.

⁷La cláusula en cuestión era del tenor siguiente: “La compañía garantiza a los señores médicos Asegurados hasta los límites señalados en el presente contrato, el pago de las indemnizaciones a que por cualquier reclamación o reclamaciones inherentes a la práctica profesional de médico se formulen al Sr. Asegurado durante la vigencia, en razón de cualquier imprudencia, error u omisión involuntaria, por virtud de los que resultare civil y legalmente responsable frente a terceros” y, continuaba “La cobertura otorgada bajo esta póliza alcanza a aquellas reclamaciones por hechos ocurridos estando en vigor el

Se trataba de actos profesionales negligentes que se habían producido durante la vigencia de la póliza pero que se manifestaron cuando ya no estaba en vigor. La reclamación se hizo, por tanto, fuera del período marcado en el contrato, motivo por el cual la aseguradora rehusó el pago de la indemnización, invocando la cláusula 'Claims Made'.

El Tribunal interpreta, en este caso, que el legislador ha optado como criterio para determinar el nacimiento de la obligación de indemnizar del asegurador, por el hecho motivador –en este caso, el acto médico negligente–, que equivale al siniestro y, por tanto, habiéndose producido el acto negligente durante la vigencia del contrato, el asegurador debe abonar la indemnización prevista en aquel, con independencia de que los resultados dañosos que dan origen a la reclamación no se manifestasen hasta un momento posterior, momento en el que se presentó la reclamación.⁸

Entiende, nuestro Alto Tribunal que se trata de una cláusula lesiva por ser incompatible con la noción misma del seguro de responsabilidad civil, así como, por romper con el principio de equivalencia de las prestaciones.⁹ Es, por tanto, nula de conformidad con lo establecido en el art.3 LCS.¹⁰

contrato, siempre que unos y otros sean puestos en conocimiento de la Compañía dentro del período de vigencia de la póliza”. Vid: PAVELEK ZAMORA, E. La delimitación temporal en el seguro... ob cit. pp.40 y ss. En el mismo sentido: VERDERA Y TUELLS, E. “La cláusula Claims Made ante la jurisprudencia... ob cit. pp.97 y ss. REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob cit. pp.20 y ss.

⁸En el mismo sentido la Sentencia de 23 de abril de 1922 [RJ 1922, 3323]: “Claramente está poniendo de manifiesto que el legislador español en materia de responsabilidad civil, de entre los sistemas determinantes de la indemnización, de su hecho motivador, de la reclamación o de ambos, ha optado por el hecho motivador, que en esencia es el riesgo de nacimiento, es decir, del acto médico que resultase equivocado que es, en definitiva, lo que constituye el siniestro y comporta en consecuencia la obligación de indemnizar, de tal modo que surge ésta nuevamente de aquél, que es en consecuencia el acto médico culposo, y todo ello con independencia de la fecha en que el perjudicado por tal acto formule la reclamación...” Vid. Fundamento 3º de la sentencia. Comenta PAVELEK que la cuestión no hubiera tenido mayor trascendencia si no fuera que el Tribunal interpreta el alcance de la norma con lo que ha venido a conmocionar el sistema de aseguramiento habitual de los mercados de seguro y reaseguro en base a las denominadas Claims Made. PAVELEK ZAMORA, E. La delimitación temporal... ob. cit., p. 41. Ambas sentencias, y en relación a sus presupuestos fácticos responden a una inspiración de justicia material que, como señala SOTO NIETO, no merecen reproche, aunque, ciertamente han conmocionado el sistema del seguro de RC. Delimitación temporal de cobertura del seguro de responsabilidad civil y la validez de las cláusulas limitativas. Alcance de la doctrina del Tribunal Supremo, en *INURIA*, 1994, p.63.

Sobre esta sentencia: FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, J. En torno a la delimitación temporal de la cobertura en los seguros de responsabilidad civil profesional y su proyectada reforma. ¿Fin del stop español al claims made? En *RES* n 78, Abril Junio 1994, pp- 40 y ss. TAPIA HERMIDA, J. La articulación de la póliza de seguro de responsabilidad Civil: cláusulas definitorias, delimitadoras y limitativas, en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*. Abril 2001, pp. 192 y ss. SANCHEZ CALERO, F. La delimitación temporal del riesgo en l seguro de responsabilidad civil tras la modificación del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro., en *RES*..., nº 89, Enero-Marzo 1997, pp.28 y ss. VEIGA COPO, A.B. La dimensión temporal..., ob.cit., p. 163. CALZADA CONDE, Mª a., La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil: el nuevo párrafo segundo del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, en *RES*, nº89, Enero Marzo 1997, p.47 y ss.

⁹Incumple, dice la Sentencia “el esencial principio de reciprocidad reconocido por el art. 1 de la Ley se seguro tan citada, por el que el Asegurador se obliga mediante el cobro de una prima para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al Asegurado”

¹⁰PAGADOR LÓPEZ, J. Sobre las llamadas cláusulas “Claims Made” o de reclamación en el seguro de responsabilidad civil: Un nuevo conflicto entre planificación empresarial y justicia. En *Cuestiones*

Sin embargo, esa quiebra en la correspondencia de las prestaciones no tiene por qué darse, ya que, la mayor o menor extensión en cuanto a los riesgos y en cuanto a la duración temporal de la cobertura, son tomados en cuenta a la hora de determinar el coste económico del seguro. Se trata, en la mayoría de los casos, de cláusulas negociadas entre las partes, en especial en materia de Grandes Riesgos.¹¹ es la correlación que existe entre ambos factores, el alcance de la cobertura de un lado, y la prima exigida de otro, lo que puede determinar que haya o no quiebra entre las prestaciones¹², pero no cabe entender que se produzca siempre, rechazando sin más, la aplicabilidad o validez de las mismas.¹³ En este sentido, una cláusula en la que exista una importante desproporción entre el riesgo cubierto y la prima exigida debe ser considerada directamente como lesiva y, por tanto, nula.

El quid de la cuestión radica en determinar en qué momento preciso surge la obligación de indemnizar del asegurador por considerarse que se ha producido el riesgo contemplado en el contrato. Esto es, en qué momento surge el siniestro o, el propio concepto de siniestro en el seguro de RC.¹⁴ Dos son, resumiendo al máximo la cuestión, los momentos determinantes: el del hecho generador de la responsabilidad y el de la reclamación.¹⁵

Actuariales del Derecho de Seguros. Coordinadores: Luis Angulo Rodríguez, Javier Camacho de los Ríos. Ed. Atelier 2002, p. 77 y ss.

¹¹Arts. 44 y 107 LCS. En estos casos al no haber, stricto sensu, una parte débil a la que proteger, la voluntad de la partes recobra su supremacía. Se plantea, sin embargo, SÁNCHEZ CALERO, su validez. “Seguro de responsabilidad civil”, en VVAA, *Ley de Contrato de Seguro Comentarios a la Ley 50/80, de 8 de octubre y a sus modificaciones.* SÁNCHEZ CALERO, F.(Dir.) Ed, Aranzadi, Navarra 2001.. p.1251. VERDERA TUELLS, E. La cláusula Claims Made ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo... ob.cit., p.131. REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob.cit., pp. 40 y ss.

¹²SOTO NIETO, F. Delimitación temporal de la cobertura..., ob.cit. p.73. En este sentido, el autor, hacer referencia a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios que para determinar la lesividad de las cláusulas exige que “*perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa... o que comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes...*”

¹³SANCHEZ CALERO, F. La delimitación temporal del riesgo en..., ob. cit, pp.29 y ss. CALZADA CONDE, M^a A, en La delimitación del riesgo en el Seguro de Responsabilidad Civil..., ob. cit p. 48. SOTO NIETO, F. Delimitación temporal de la cobertura..., ob.cit. p.73. Como señalas, PAVELEK ZAMORA, E., la prima no se calculó para hacer frente a compromisos exorbitantes que caían fuera de las intenciones de las partes. Cada cosa tiene su precio. En delimitación temporal en el seguro... ob. cit. 52.

¹⁴De este tema se ha ocupado nuestra doctrina de forma extensa. Vid.: SANCHEZ CALERO, F. La delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil... ob. cit. pp. 7 y ss. Ídem en “Seguro de responsabilidad... ob. Cit., p. 1228 y ss. CALZADA CONDE, M^a A, en La delimitación del riesgo en el Seguro de Responsabilidad Civil..., ob. cit p. REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob. Cit., pp 31 y ss. VEIGA COPO, A.B. Tratado del Contrato de Seguro. Ed. Aranzadi, 2009.. pp. 630 y ss. MANSILLA GARCÍA, F. “Ámbito temporal de la cobertura aseguradora en el seguro de responsabilidad civil, en relación con el momento de producción del siniestro”, en VV.AA. *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa.* Musini, Madrid 1994, p. 228 señala, este autor, que para el maestro GARRIGUES el riesgo es un hecho complejo que se integra por el daño al tercero, por la responsabilidad del causante y por la reclamación del tercero, lo que supondría una postura intermedia. STIGLITZ R.B. El seguro de responsabilidad civil y la limitación temporal de la garantía asegurativa. Estado de situación en Argentina., en RES n^o 89, Enero. Marzo 1977.

¹⁵Vid. El breve pero clarísimo análisis del tema efectuado por SANZ PARRILLA, M. “Seguro de responsabilidad Civil. Introducción y arts. 68 a 70”, en VVAA, *Comentario al Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro*, de Junio de 2010, Monográfico. RES n^o 143-144, Julio-Diciembre 2010.pp.821 y ss.PAVELEK ZAMORA, *El seguro de responsabilidad civil de productos (II)*, Ed.Mapfre,pp. 513 y ss. menciona las cuatro fórmulas tradicionales que desencadenan la cobertura: El hecho generador, el acaecimiento del daño--'occurrence'--, la manifestación del daño y la reclamación. Destacando que en la mayor parte de los mercados de seguros y para casi todas las gamas de productos el sistema más

Es evidente que tomar como base el hecho motivador 'occurrence' protege mucho más al asegurado. Ya que, mientras el hecho dañoso consecuencia de la responsabilidad se produzca durante la vigencia del contrato, se haya cubierto. Sin embargo, los supuestos de 'daños diferidos' o 'tardíos' plantean un grave problema para el asegurador.¹⁶

La redacción inicial del art.73 de la LCS, que se limitaba a definir el seguro de RC, parece fijar como siniestro 'el nacimiento de la obligación del asegurado' por lo que el momento determinante debería ser aquel en que se produjese el hecho motivador de la responsabilidad. Como interpretó la citada sentencia de 20 de marzo de 1991 y las que la siguieron.¹⁷ Esta es también la opinión generalizada.¹⁸

Sin embargo, esta interpretación pro asegurado deja en situación claramente desventajosa a los aseguradores en los daños tardíos o diferidos lo que supone un grave problema para los mercados de seguros y reaseguros.¹⁹

En estas modalidades es el concepto mismo de siniestro el que experimenta una transformación. 'Siniestro' es la reclamación dirigida al asegurador y no el hecho motivador o la manifestación de daño, aunque en ellos esté el origen de la responsabilidad del asegurado y, por tanto, de la consiguiente obligación de indemnizar del asegurador. Alegan, los expertos, que nociones como accidente o 'occurrence' no tienen apenas sentido en siniestros que derivan, por ejemplo, de errores u omisiones en el ejercicio de ciertas profesiones.²⁰

extendido es el 'occurrence basis'. Pero cuando los daños ocurren tardíamente, esto es el hecho generador y su manifestación se hallan distanciados en el tiempo, es el sistema 'claims made' el que se utiliza.

¹⁶ REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob.cit., 37 y ss.

¹⁷De manera destacada la STS de 23 de abril de 1992 [RJ 1992, 3323]. Sobre estas sentencias vid, así mismo: REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob.cit., pp. 29 y ss. SANZ PARRILLA, M., "Seguro de responsabilidad civil..... ob. cit, p. 824. ITURMENDI MORALES, G. La delimitación temporal de la cobertura... ob. cit., pp. 14 y ss.

¹⁸Por todos vid. SANCHEZ CALERO, F. "seguro de responsabilidad civil..., ob. cit., pp. 1241 y ss. IDEM, La delimitación temporal del riesgo... ob. cit., pp.7 y ss.

¹⁹En opinión de SOTO NIETO pueden incorporarse cláusulas *claims made* al contrato de seguro con relación a los daños póstumos o tardíos. Delimitación temporal de la cobertura... cit.... ob. cit. p.71. Nótese que esta opinión es anterior a las reforma del art. 73 LCS. CALZADA CONDE, manifestaba, con ocasión de la reforma de este precepto, que quizás el problema lo plantea el hecho de haberse introducido estas cláusulas con carácter general para todos los seguros de RC. CALZADA CONDE, M^a A, en La delimitación del riesgo en el Seguro de Responsabilidad Civil..., ob. cit p. 51. MANSILLA GARCÍA, F. Ámbito temporal de la cobertura aseguradora... ob. cit. p. 224, menciona la preocupación de la doctrina sobre la viabilidad del seguro de RC en el amplio sector de riesgos (p. 217)

²⁰ PAVELEK ZAMORA, E., La delimitación temporal de cobertura... ob. cit, p. 43. REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob. cit., p. 76.

VERDERA. Y TUELLS, E. Las cláusulas 'Claims Made' ante la jurisprudencia... ob. cit, p. 127. Opina, este autor, que no parece necesariamente contrario a la ley que las partes acuerden que el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura venga constituido, por ejemplo, por la reclamación. La Ley, por otra parte, nada dice de lo que debe entenderse por siniestro; sería más fácil precisar si hubo o no siniestro identificándolo con la reclamación. En este sentido: ITURMENDI MORALES, G. La delimitación temporal de la cobertura..., ob. cit. p.37, señala que en las Claims Made puras la reclamación se considera, de hecho, como el propio siniestro. Pero, opina que sólo es válido en las cláusulas retroactivas. CARMONA RUANO, M. Las cláusulas definitorias y las cláusulas limitativas del contrato de seguro, en RES nº 89, Enero-Marzo1997, p. 76. CALZADA CONDE, M^a A, en La delimitación del riesgo... ob. cit., p. 61. JARAMILLO, C.I. Delimitación temporal de cobertura... ob. cit., p. 19.

2.2. La reforma de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y el nuevo art.73 de la LCS

La reforma de la reforma de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados tiene como punto de partida la Directiva 93/131/CEE de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores que, curiosamente, deja fuera de su ámbito los contratos de seguro porque, afirma, las cláusulas delimitan temporalmente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada.²¹ De lo que debe deducirse que se trata de cláusulas que delimitan el contenido del contrato y el alcance de la cobertura.

En la Disposición Adicional 6ª de la LOSSP se introduce una modificación en el art.73 de la LCS que hace referencia a las cláusulas de delimitación temporal de cobertura, dando carta de naturaleza a las mismas, aunque, probablemente influido aún el legislador por la STS de 1991²², lo haga mediante la táctica de considerarlas como cláusulas 'limitativas' de los derechos de los asegurados, condicionando su validez al hecho de que se respeten los requisitos establecidos en el art.3 de la LCS para este tipo de cláusulas.²³

Con la reforma²⁴ se introduce un nuevo párrafo que contempla dos tipos de cláusulas que condicionan la cobertura del asegurador al momento en que se presente la reclamación:

Una que extiende la cobertura a un período mínimo de un año²⁵ desde que terminó el contrato o su última prórroga –cobertura post-contrato–.

²¹Lo que, en opinión de López Cobos C. y Pavelek Zamora, E, reafirma la validez de las cláusulas delimitadoras. El considerando 19 de la Directiva establece: “En los casos de contratos de seguros, las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación (el carácter abusivo) ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor.” Vid. LOPEZ COBOS, C/PAVELEK ZAMORA, E. La delimitación temporal de cobertura ... ob. cit., p.24.

²²Algún autor ha achacado esta situación al hecho de considerar al legislador rehén de la inercia, de los temores y de una equívoca conceptualización que hizo la sentencia de 20 de marzo de 1991. VEIGA COPO. A.B. La dimensión temporal en el..... ob. cit. p. 140... Lo cierto es que el Dictamen del Consejo de Estado proponía otra solución considerando este tipo de cláusulas como 'delimitadoras' y considerando la redacción del precepto poco clara.

²³De ahí la insistencia reiterativa de que solo se consideran válidas si respetan lo establecido en el art. 3. Recordatorio innecesario porque al calificarlas como limitativas era ya evidente que entraban dentro de lo previsto en el citado artículo. Se ha destacado que al someterlas a estos requisitos se pretende garantizar el consentimiento efectivo de las partes. VERDERA. TUELLS, E. Las cláusulas 'Claims Made' ante la jurisprudencia pp 119 y ss. SÁNCHEZ CALERO F. “Seguro de responsabilidad civil..... ob. cit., p.1254

²⁴Reforma poco afortunada en opinión de SANCHEZ CALERO, F. La delimitación temporal del riesgo en..., ob.cit., p. 10. Apresurada y poco acertada .VEIGA COPO habla de torpeza y prisas en la misma, La dimensión temporal en el contrato..., ob.cit, p.174. De igual opinión es REGLERO CAMPOS, F. que la califica de engendro jurídico. En Objeto, riesgo y siniestro.... Ob. cit. p. 49.

²⁵REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob.cit., p. 49. SÁNCHEZ CALERO proponía el plazo de dos años y la Dirección General de Seguros el de cinco años. Destaca Reglero que, probablemente, se estableció finalmente el plazo de un año para hacerlo coincidir con el plazo de prescripción de la acción de daños del art, 1968.2 del Código Civil. Sin embargo hubiese sido, tal vez, más conveniente haberlo hecho coincidir con el plazo estipulado en la propia LCS para las acciones basadas en contrato de seguro.

Y, otra, que prevé la posibilidad de una cobertura retroactiva al establecer que un hecho dañoso, que se haya producido antes de entrar en vigor el contrato, puede quedar cubierto si se manifiestan sus efectos y, por tanto, se presenta la reclamación durante la vigencia de dicho contrato –cobertura retroactiva–.

En la primera no se puede hablar, en sentido estricto, de período de cobertura a lo que se conoce genéricamente como período 'post contractum'. En efecto, este período no es propiamente dicho una cobertura sino un plazo, convencionalmente pactado por las partes, durante el que se estima que podrían surgir reclamaciones derivadas de actividades realizadas durante la vigencia del contrato.²⁶

Su finalidad es, obviamente, garantizar al asegurado la cobertura de los riesgos contemplados en la póliza, una vez finalizada la vigencia de la misma, –pero no de forma ilimitada– para evitar así el perjuicio que sufriría de no tener cubiertos, en ese momento, dichos riesgos. Es decir, evitar que entre la existencia de una póliza vigente en el momento de producirse los hechos, el momento posterior de producirse la manifestación de los mismos y, por tanto, la reclamación al asegurador, y la existencia de una nueva póliza, se produzca un vacío de cobertura que perjudique al asegurado. El período de tiempo que sigue al vencimiento de la cobertura o duración de la póliza en el que se extienden los efectos de ésta más allá de la vigencia contemplada en la misma se conoce en la práctica como 'período de descubrimiento'.

Las cláusulas de cobertura post-contrato, al limitar la cobertura al momento de presentación de la reclamación pueden, de alguna manera, dejar al asegurado en una situación poco favorable. Y, en ellas, deberán extremarse las precauciones.²⁷ Por el contrario, las retroactivas es indudable que favorecen a éste al permitir que sus reclamaciones, provenientes de un hecho acaecido cuando no existía el contrato de seguro, sean amparadas por éste.²⁸

No obstante, el legislador no se limita a admitir la validez de este tipo de cláusulas, surgidas de la práctica aseguradora anglosajona,²⁹ y aceptadas sin problema alguno en otros países, sino que las califica de 'limitativas' de los derechos de los asegurados. La polémica vuelve a estar servida.³⁰

²⁶LOPEZ COBOS, C/PAVELEK ZAMORA, E. La delimitación temporal de cobertura... cit., p. 20; VERDERA Y TUELLES, E. La cláusula Claims Made ante la jurisprudencia... ob. cit., p. 91.

²⁷Sobre todo cuando el tiempo material para efectuar la reclamación sea muy breve y prive, por tanto, al asegurado de la posibilidad práctica de hacer valer su derecho. VERDERA. TUELLES, E. Las cláusulas 'Claims Made' ante la jurisprudencia... ob. cit. p.128

²⁸TAPIA HERMIDA, J. La articulación de la póliza... ob. cit., pp.193 y ss.

²⁹En los países anglosajones está aceptada sin problema. Impuesta por los aseguradores por la necesidad de calcular sus reservas técnicas y por la necesidad de ajustarse a las condiciones de reaseguro, como ya se puso de relieve. Pero choque con los sistemas jurídicos continentales, contraposición derecho civil europeo y common law. Aparecen en el ámbito de RC por polución, productos defectuosos y profesional. VEIGA COPO. A.B. La dimensión temporal en el.... ob. cit. p.153, que se pregunta hasta dónde llega el límite temporal de la cobertura. MORAL DOMÍNGUEZ, J.F. En torno a la delimitación.... ob. cit. p.44. VERDERA. TUELLES, E. Las cláusulas 'Claims Made' ante la jurisprudencia... ob. cit. pp. 79 y 94.

³⁰En efecto, tal como pone de relieve SANZ PARRILLA, la propuesta no clarifica la cuestión del concepto del siniestro en el seguro de responsabilidad civil. "Seguro de responsabilidad civil,...ob. cit, p. 823. OLMOS PIDAÍN, A. Seguro de responsabilidad profesional de abogado... ob. cit, señala esta autora que al calificar las cláusulas de delimitación temporal de cobertura como 'limitativas' el legislador ha venido a confirmar su lesividad. Su lesividad dependerá, en todo caso, de la correlación existente entre el

Sin embargo, el Dictamen del Consejo de Estado de 22/12/1994, en lo relativo a la modificación de la LCS, hace mención expresa de las cláusulas 'Claims Made' considerando una medida acertada la modificación del art.73 para admitir la validez de este tipo de cláusulas que la práctica considera necesarias. No obstante, señala que la redacción propuesta –que es la que se mantuvo– resulta prolija y equívoca porque se parte, –de igual manera que lo han hecho numerosas decisiones jurisprudenciales– de considerar abusivas determinadas cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, cuando se trata, más bien, de *un problema de determinación precisa del riesgo asegurado*.³¹

2.3. Cláusulas 'delimitadoras' Vs. Cláusulas 'limitativas'

La distinción entre las cláusulas 'delimitadoras' del riesgo y 'limitativas' de los derechos del asegurado no resulta sencilla. Nuestra doctrina es unánime al señalar que el concepto de cláusula 'limitativa' es difícil concreción y constituye uno de los mayores problemas del art.3 de la LCS.³² Calificar estas cláusulas 'limitativas' no ha sido, pues,

hecho generador y la reclamación y la relevancia que se dé a este hecho a efectos de la cobertura del siniestro. p. 571,

³¹Dictamen Consejo de Estado 2145/1994, p. 37 y ss. : 4ª) Cláusulas "claims made basis"

“Uno de los aciertos de las modificaciones que se pretenden introducir en esta materia es, según opinión de algunas entidades informantes o comparecientes, la de facilitar que el seguro cubra, no sólo los siniestros que ocurran durante la vigencia del contrato y que, además, se reclamen por el tercero durante ese período, sino, también, cuando la reclamación se produzca en un momento posterior (son las llamadas cláusulas "claims made basis").

El Tribunal Supremo ha venido considerando ilícitas las cláusulas según las cuales el asegurador no respondería de los daños producidos durante la vigencia del contrato, si se reclamaban terminado el plazo de vigencia. Así, en la Sentencia T.S. de 20 de marzo de 1991, referente a un seguro de responsabilidad por actos médicos, se entendió que estaba cubierta la responsabilidad por actos realizados durante la vigencia de la póliza, aunque fueran reclamados con posterioridad: "porque lo contrario dejaría fuera del ámbito responsabilizador contratado, siniestros comprendidos dentro de la cobertura del riesgo contratado, cual serían actos médicos cuya consecuencia culpable, en virtud de su naturaleza y características, no pudieran ser revelados hasta tiempo después que tales actos hubieran sido llevados a cabo, y que, consiguientemente, se hubieran puesto de manifiesto con posterioridad a la vigencia de la póliza, y en cuyo momento era cuando podía formularse declaración por el afectado y ser puesto en conocimiento por la entidad asegurada (Fundamento 3º. Aranzadi 2267). La solución dada en la Sentencia (al igual que otras del propio Tribunal) es justa, pero se llega a ella con una argumentación basada en considerar abusivas determinadas cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. Pero, en realidad, se trata más bien de un problema de determinación precisa del riesgo asegurado.

El texto del Anteproyecto es encomiable, en cuanto a su intención, pero se mantiene básicamente en la perspectiva de las "cláusulas limitativas" de los derechos del asegurado y no de delimitación del riesgo. La redacción del Anteproyecto resulta, de añadidura, considerablemente prolija y hasta equívoca. De ahí que se proponga una redacción más sencilla concebida en los siguientes o parecidos términos: "Art. 73, (párrafo segundo): La cobertura del asegurador comprenderá, en todo caso, las reclamaciones del tercero perjudicado, efectuadas dentro del año siguiente a la terminación de la relación contractual, siendo válidas las cláusulas que amplíen este plazo. Igualmente se considerarán válidas las cláusulas que extiendan la cobertura del asegurador a obligaciones de indemnizar, a cargo del asegurado, surgidas en el año anterior a la conclusión del contrato, siempre que sean desconocidas por el propio asegurado".

ILLESCAS, R. "El lenguaje de las pólizas de seguro", en *Comentarios a la Ley de Contrato de seguro I*, VVAA, VERDERA Y TUELLS, E.(Coordinador), 1982. p. 363. SANCHEZ CALERO. La delimitación del riesgo... ob. cit., p.33, en especial nota 33. VERDERA TUELLS, E., La cláusula 'Claims Made' ... ob. cit., p.119 y ss. VEIGA COPO, A.B. A vueltas con el riesgo: delimitar no es lo mismo que limitar. La eterna e interesada polémica, en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, nº6, Junio 2008,

un acierto por parte del legislador. Tanto más, cuanto el Dictamen del Consejo de Estado a la propuesta de reforma precisaba de forma bien clara que se trataba de cláusulas de delimitación del riesgo.

Delimitar no es lo mismo que limitar.³³ La delimitación temporal en el contrato de seguro es una exigencia reconocida por la propia Ley 50/80 de Contrato de Seguro en su art.8.8 en relación al contenido mínimo que debe contener la póliza de seguro. Dice textualmente: “8. *Duración del contrato, con expresión del día y la hora en la que comienzan y terminan sus efectos*”. Es imprescindible, para ambas partes del contrato, conocer con precisión el alcance cuantitativo, cualitativo y temporal de las obligaciones que están asumiendo.

De igual manera que se delimita el riesgo a cubrir, tanto en el orden causal como espacial, se hace necesario delimitar temporalmente la cobertura del riesgo. Se mencionan como límites válidos los que resultan de la Ley, pero también los que dimanen del contrato. Y la referencia a los límites contractuales debe comprender los de cualquier índole entre ellos, los temporales.³⁴ Por lo tanto, deben entenderse como lícitos aquellos pactos, establecidos libremente por las partes, que se hallen recogidos en el contrato, tendentes a perfilar el contenido del mismo. Las cláusulas 'delimitadoras' acotan y definen el riesgo. Cualquier pacto es aceptable siempre que respete la inoperatividad de la ley y no pueda ser tachado de lesivo.³⁵ Nada debería oponerse a que esos límites del contrato los establezcan libremente las partes, siempre que no incurran en desproporción. El límite a la libertad debería estar en el justo equilibrio entre las prestaciones.³⁶ El contrato de seguro no se concibe sin clausulado y condiciones. Sin condiciones no hay seguro.

De hecho, la anteriormente citada Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores, dejaba fuera de su ámbito este contrato por entender que en él existen cláusulas que delimitan temporalmente el riesgo y el compromiso del asegurador y que estas limitaciones se tienen en cuenta a la hora de calcular la prima correspondiente.³⁷

pp.6 y ss. Se plantea, el autor, la eterna pregunta: ¿dónde empieza la limitación de los derechos del asegurado y dónde termina la delimitación del riesgo?, y ofrece una definición de cláusula delimitadora. pp. 7 y 13 respectivamente.

³³Como muy bien pone de relieve VEIGA COPO, A.B. A vueltas con el riesgo: delimitar no es lo mismo que limitar. ... ob. cit. , pp. 6 y ss. Igualmente en La dimensión temporal en el contrato de seguro. ... ob.cit., pp. 139 y ss. en el que dedica un detallado análisis a las cláusulas 'Claims Made'. TAPIA HERMIDA, J. La articulación de la póliza de seguro de responsabilidad Civil: cláusulas definitivas, delimitadoras y limitativas, en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*. Abril 2001, pp. 184 y ss. IDEM, Condiciones generales, cláusulas limitativas y cláusulas abusivas ante la reforma de la Ley de Contrato de Seguro, en RES nº 155, Julio-Septiembre 2013, pp. 311 y ss. IDEM, El proceso de reforma del régimen del seguro de responsabilidad civil: desde la vigente Ley de Contrato de Seguro hasta el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. La delimitación objetiva de la cobertura ante la nueva regulación de las condiciones generales y las cláusulas limitativas. En RES, nº 158, Abril-Junio 2014, p.154 y ss.

³⁴MANSILLA GARCÍA, F. Ámbito temporal de la cobertura aseguradora... ob. cit.p.224

³⁵SOTO NIETO, F. Delimitación temporal de la cobertura... ob. cit. p. 32

³⁶Autonomía de voluntad que en algunas modalidades, ya existe, como en el caso de los denominados Grandes Riesgos. VEIGA COPO. A., A vueltas con el riesgo: delimitar no es lo mismo que limitar. ob cit.p. 20

³⁷Vid. Supra, ap. 2.2.

Podría pensarse que el considerar este tipo de cláusulas como limitativas o delimitadoras podría depender del propio concepto de seguro que establezca la ley. En este sentido, el art.73 de la LCS, de igual modo que lo hiciera el art.1³⁸, señala que *el asegurador se obliga dentro de los límites de la Ley y el contrato.*³⁹ Las cláusulas 'Claims Made' forman parte del condicionado particular del contrato. Se pactan en casos concretos y atendiendo a las circunstancias concretas del riesgo. Delimitar el riesgo es esencial en un contrato de la complejidad del contrato de seguro y, muy especialmente, si se trata de un seguro de RC.

De hecho, numerosa jurisprudencia destaca esta necesidad⁴⁰ y admite, como marco de la relación, los límites pactados en el contrato. El TS reconoce que el clausurado general que delimita el riesgo no limita los derechos del asegurado sino que delimita el riesgo asumido en su contrato, su contenido y el ámbito a que se extiende.⁴¹ Ya que el asegurador solo se obliga a cubrir el riesgo sobrevenido dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato.⁴² Y no es aceptable el argumento de que existe una limitación de los derechos del asegurado porque aquella interpretación lo que busca es concretar el riesgo asegurado y contratado.⁴³

No hay problema, por tanto, en cuanto hace referencia a la delimitación del riesgo en sí mismo, de los hechos generadores de la responsabilidad cubierta por el contrato. El problema surge, sin embargo, cuando se trata de delimitar temporalmente dicha cobertura, esto es, fijar el período de tiempo en el que se extienden los efectos del contrato.

Las cláusulas delimitadoras del riesgo no son cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, por lo que integran el contenido del contrato sin necesidad de que se observen requisitos especiales.⁴⁴ Resulta imprescindible delimitar la obligación asumida por el asegurador en sus aspectos cuantitativos, cualitativos, e incluso temporales y espaciales.⁴⁵ Es fundamental precisar no sólo el riesgo cubierto sino cuánto va a durar esa cobertura. Tanto, en relación del asegurado, que debe conocer con precisión el marco temporal en el que se mantiene la obligación del asegurador; como, en relación al asegurador, que no puede estar *sine die*, de forma indefinida bajo la amenaza de una reclamación relativa a hechos acaecidos mucho tiempo atrás.⁴⁶

³⁸El art.1 al definir el contrato de seguro, con carácter general, circunscribe las obligaciones de las partes a lo previsto en la ley y en el contrato. El art.73 hace lo mismo con referencia al seguro de RC.

³⁹VEIGA COPO, A. A vueltas con el riesgo: delimitar no es lo mismo que limitar. ob cit. p.20.

⁴⁰TAPIA HERMIDA, J. La articulación de la póliza de seguro de responsabilidad Civil... ob.cit., p.155 citando algunas sentencias en las que la jurisprudencia de ha pronunciado sobre el carácter delimitador de las cláusulas de delimitación que atienden a factores geográficos, subjetivos o funcionales. De forma destacada, la STS de 3 de marzo de 2014[2014/2508]

⁴¹S. de 9 febrero 1994 (rep.Ar. 840.) 2.

⁴²S. 18 sept. 1986. SANCHEZ CALERO, F, La delimitación temporal del riesgo..., cit. p.8 , nota 3, en la que cita otras sentencias del mismo tenor.

⁴³S .8 junio 1992. Vid. SANCHEZ CALERO, F, La delimitación temporal del riesgo..., cit. p.8 .

⁴⁴VEIGA COPO, A.B. A vueltas con el riesgo: delimitar no es lo mismo que limitar... cit., p.14. GUIASOLA PAREDES, A. Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto. Las Cláusulas de limitación temporal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil. En *Cuadernos de la Fundación Mapfre* nº 37, Junio 1997,. p.148.

⁴⁵VEIGA COPO, A.B. A vueltas con el riesgo: delimitar no es lo mismo que limitar... cit., p. 15

⁴⁶SOTO NIETO, F. Delimitación temporal de la cobertura... ob. cit. p.65

La ley debería haber eludido su calificación como 'limitativas' de los derechos del asegurado y aludido, en cambio, a su naturaleza de 'delimitadoras' del riesgo asegurado.⁴⁷ Las cláusulas de delimitación temporal del riesgo no son, pues, cláusulas 'limitativas' de los derechos del asegurado, sino que determinan el riesgo asegurado, el ámbito al que se extiende y ayudan a constituir o perfilar el objeto contractual.⁴⁸ Las cláusulas de delimitación temporal de cobertura deberían ser tratadas como una delimitación objetiva del riesgo y no como una limitación de derechos.⁴⁹

En este sentido se pronunciaba la sentencia del TS de 23 de abril de 2009.⁵⁰ Incluía el contrato una cláusula de delimitación temporal con extensión de cobertura post-contrato de doce meses. La sentencia determina que *“existía una delimitación temporal de cobertura, que las partes podían pactar en virtud de lo establecido en el art.73 LCS, que les afecta y que nadie ha impugnado”*. Y, recogiendo el argumento de una sentencia anterior concluye *“...nos hallamos ante cláusulas delimitadoras del riesgo que definen de forma clara el siniestro que dará lugar a la reclamación y además determinan el período temporal de la cobertura, que se identifica con el tiempo de la vigencia del contrato, dentro del que debe haberse efectuado la reclamación que obliga al asegurador a indemnizar al perjudicado...”*.

No parece que una cláusula que tome en consideración los intereses recíprocos de las partes y que, como se ha señalado repetidamente, pueden responder a precios de mercado perfectamente equilibrados, pueda ser consideradas, sin más, lesivas. En la medida en que se respete la ley y, por tanto, el equilibrio entre las prestaciones, las cláusulas de delimitación temporal de cobertura, comprendidas en un contrato, deben ser consideradas válidas.

El debate acerca de su validez plantea así mismo, la cuestión de determinar si la cobertura del seguro es ilimitada. ¿Debe el seguro cubrir el riesgo en todo caso y para siempre, sin tener para nada en cuenta el momento en que se verifique?⁵¹

Considerar que la garantía del contrato es ilimitada –en el sentido de que no obstante no estar ya vigente el mismo en el momento en que se presentó la reclamación,

⁴⁷VEIGA COPO, A.B. La dimensión temporal en el.... ob. cit. p. 174, porque de eso se trata en su vertiente temporal. Y, afirma el autor, no existe limitación de derecho cuando éste aún no ha nacido. GUIASOLA PAREDES, A. Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados... ob. cit. p.167, consideraba como discutible y muy criticable la configuración legal como cláusulas limitativas que hizo de las Claims Made el art. 73 LCS, por entender que la doctrina las venía ya considerando como delimitadoras del riesgo cubierto.

⁴⁸ITURMENDI MORALES, g. La delimitación temporal de la cobertura ... ob. cit. p.

⁴⁹Así sugería que debieran ser tratadas en una nueva Ley de Contrato de Seguro, REGLERO CAMPOS, F. VVAA. L. Fernando Reglero Campos (coordinador), Ley de Contrato de Seguro. Editorial Aranzadi, 2007, p. 1076

⁵⁰La póliza delimitaba la cobertura del seguro en el supuesto de trabajos realizados para el asegurado (Administración Pública) por contratistas, subcontratistas y adjudicatarios, Y contenía una cláusula que exigía que la reclamación al asegurado o al asegurador se efectuase durante la vigencia del contrato. Se trataba de una reclamación presentada por el tercero perjudicado en base a la acción directa prevista en el art. 76 de la LCS,. La sentencia considera que las cláusulas aceptadas por el asegurado forman parte del contrato y, por ello falla que resultan oponibles también al tercero. Vid. Fundamento de derecho octavo. 497/2003, Id. Cendoj 28079110012009100259

⁵¹VEIGA COPO, A.B. A vueltas con el riesgo: delimitar no es lo mismo que limitar... cit., p 15. LOPEZ COBOS, C. El seguro de responsabilidad civil general en el umbral del siglo XXI. Últimas tendencias, en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, Enero 1999, p.7 y ss.

los hechos en los que se basa se produjeron durante su vigencia— implica, obviamente, una gran dificultad para el asegurador a la hora de realizar una previsión adecuada de los riesgos asumidos, así como para la correcta aplicación de la técnica actuarial en orden al cálculo de las primas aplicables. Y a la dotación de provisiones para siniestros futuros en los que se apoya el necesario equilibrio de las prestaciones recíprocas de las partes de la relación aseguradora. El seguro es temporalmente limitado.⁵²

La incertidumbre a lo largo del tiempo acerca de si van a recibir reclamaciones en base a contratos ya extinguidos, dificulta la planificación financiera de la entidad aseguradora reduciendo, así mismo, sus posibilidades de reaseguro con la consecuencia de un encarecimiento excesivo del precio del seguro concertado o, incluso, la posibilidad de que ciertos riesgos —habida cuenta su potencialidad— no encuentren cobertura en el mercado asegurador.⁵³

La utilización de cláusulas de delimitación temporal de la cobertura se presenta como un requisito imprescindible en aras del equilibrio de las prestaciones: de un lado, permite al asegurador poder establecer las precisiones necesarias con arreglo a su negocio, y, por otro, permite al asegurado acceder a la contratación del seguro de responsabilidad civil que necesita para el desarrollo de sus actividades en condiciones de precio competitivas.

No cabe, pues, hablar de quiebra en la equivalencia de las prestaciones, habida cuenta de que 'delimitar temporalmente' la cobertura supone, evidentemente, un ahorro en la prima. Al no tener que mantener unas provisiones económicas elevadas respecto de riesgos futuros⁵⁴, el asegurador puede ofrecer precios más asequibles. Es evidente que mantener la cobertura por un período de tiempo ilimitado comportará necesariamente un incremento de la prima.⁵⁵ El período de temporalidad puede variar en cuanto a su extensión en función de las estipulaciones contractuales y la proporcionalidad vendrá justificada entre la extensión temporal y el coste de la prima.

En efecto, este tipo de cláusula permite al asegurador poder calcular con mayor precisión tanto las primas como las reservas, lo que facilita el aseguramiento de numerosas responsabilidades que de otro modo no encontrarían cobertura adecuada.⁵⁶

⁵²SOTO NIETO, F. Delimitación temporal de la cobertura... ob. cit. p. 72

⁵³VERDERA Y TUELLS, E La cláusula Claims Made ante la jurisprudencia del T.S.: ... ob. cit, p. 86

⁵⁴Cláusula que, por otra parte es negociada.GUISASOLA PAREDES, A. Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados...ob.cit., p. 148, sobre todo en los seguros de 'Grandes Riesgos'. En materia de Grandes Riesgos, vid así mismo, SÁNCHEZ CALERO, F. La delimitación temporal del riesgo ... ob.cit., pp. 30 y 31 y ss.; MANSILLA GARCIA, F. Ámbito temporal de la cobertura..., p. 219; VERDERA Y TUELLS, E. La cláusula Claims Made..., cit., p.88; LOPEZ COBOS, C/PAVELEK ZAMORA, E. La delimitación temporal de cobertura., ob. cit., p. 21. En el mismo sentido: Manual del Seguro de Responsabilidad Civil. Ed. fundación Estudios Mapfre, Madrid 2004, p.48, al señalar que los aseguradores están obligados a confeccionar balances periódicos, establecer reservas para obligaciones futuras. Difícilmente podrían cerrar dichos balances y cuentas de resultado si por períodos larguísimos de tiempo (a veces décadas) se estuviera en la incertidumbre de si existirá o no el siniestro y cuando se manifestará.

⁵⁵No es lo mismo cubrir un plazo más o menos cerrado que otro extraordinariamente indefinido. PAVELEK ZAMORA, E. La delimitación temporal de cobertura.... ob. cit., p. 50. cada cosa tiene su precio.

⁵⁶Se ha llegado a afirmar que, por un lado, los malos resultados generales del ramo de Responsabilidad Civil han contraído en algunos momentos la oferta aseguradora y, por otro, la posibilidad de siniestros que afecten a pólizas caducadas mucho tiempo atrás, a los que deban hacer frente aseguradoras y

No hay que olvidar, por otra parte, la estrecha e imprescindible conexión existente entre el contrato de seguro y el reaseguro, contrato éste en el que es habitual esta cláusula⁵⁷; hasta el extremo de que importantes reaseguradores internacionales se mostrasen reacios a reasegurar o rechazasen la cobertura de determinadas responsabilidades civiles tales como las derivadas de productos defectuosos, profesionales, o de D&O, por su difícil previsibilidad.⁵⁸

3. LAS CLÁUSULAS 'CLAIMS MADE' ALCS Y EN EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO MERCANTIL

Apuntaba Moral “en Derecho Mercantil, como en toda rama jurídica, pero más aún en esta tan dinámica y viviendo siempre en las más cruda realidad como es la económica, hay que adoptar siempre posturas realistas”.⁵⁹ Las exigencias del tráfico imponen la utilización de este tipo de cláusulas. Si los aseguradores tienen problemas a la hora de establecer sus reservas técnicas o de obtener un adecuado reaseguro, no será posible obtener cobertura de RC para determinados riesgos.⁶⁰

Sin embargo, la reforma del art.73 de la LCS no terminaría con el problema⁶¹ tal vez porque, como puso de manifiesto Calzada Conde, el precepto introduce estas

reaseguradoras sin haber podido constituir reservas adecuadas para sus balances, puede conducir a que desaparezca la cobertura aseguradora de RC.. MANSILLA GARCÍA, *Ámbito temporal de la cobertura...*, cit. p. 220.

⁵⁷Sánchez Villabella, J. El Contrato de reaseguro. Manual técnico jurídico. Aida, editorial Española de Seguros, S.L. Madrid 2002, p.336 y ss.

⁵⁸MANSILLA GARCIA, F. *Ámbito temporal de la cobertura...*, p. 231. GUTIERREZ GILSANZ, J. *Delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil de auditores y "Cláusulas Claims Made"*. *El nuevo artículo 35.1 del Reglamento de Auditoría de Cuentas*. La Ley nº 6447, de 23 de Marzo de 2006, p. 41. EVANGELIO LLORCA, R. *La validez de las cláusulas "Claims Made" antes y después de la modificación del artículo 73 de la LCS por la Ley de Ordenación Y supervisión de los Seguros Privados*, en Revista general de Derecho, nº 651, diciembre 1998, p. 14672; PAVELEK ZAMORA, E., *La delimitación temporal de cobertura*, en gerencia y Riesgos nº 41, p. 49.; OLMOS PIDÁIN, A. *Seguro de responsabilidad profesional de abogado: extensión material de la cobertura y delimitación temporal del riesgo. (Comentarios a la sentencia del tribunal Supremo, Sala 1ª, de 14 de julio de 2003 de la que fue ponente Don Francisco Marín Castán)*, en Revista Española de Seguros nº 116, octubre/diciembre 2003, p. 571. *Elguero II.MANSILLA 231 JARAMILLO...* Libro mapfre Puede el asegurador seguir suscribiendo determinados riesgos.... PAVE GyR 41, 40 y 50.

⁵⁹MORAL DOMÍNGUEZ, J.F. En torno a la delimitación.... ob. cit. .p. 41

⁶⁰Como ya se ha señalado anteriormente. Vid, así mismo, JARAMILLO, C.I. *Delimitación temporal de cobertura en el seguro de responsabilidad civil. Adopción del sistema de aseguramiento comúnmente conocido como 'claims made'*. Discurso de toma de posesión como Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, p. 11. El autor enumera las ventajas que este tipo de cláusula ofrece y entre otras señala la reducción del coste de las primas, mayor facilidad para obtener cobertura de ciertas responsabilidades, el aumento de las sumas aseguradas, todo ello en función de que el asegurador puede limitar en el tiempo su obligación de indemnizar. Pero, además, señala que también suponen una ventaja para el asegurado o, en su caso, el tercero perjudicado, en los casos en que se pacta el período de retroactividad.

⁶¹Vid, en este sentido las resoluciones judiciales citadas por SANZ PARRILLA, M. *Comentario Anteproyecto...* ob. cit, p 818 y ss. TAPIA HERMIDA, J. *El proceso de reforma del régimen* ob. Cit. pp.154 y ss.

cláusulas con carácter general para todas las modalidades de seguro de RC, sin distinción.⁶²

3.1. El ALCS de 2010

El Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de junio de 2010⁶³ mantiene invariable la definición del contrato de seguro de RC.⁶⁴ El riesgo cubierto sigue siendo el nacimiento de la obligación de indemnizar a un tercero por hechos previstos en el contrato, de cuyas consecuencias sea jurídicamente responsable el asegurado. Y, se mantiene la referencia a los límites establecidos por la ley y el contrato.

Cabe destacar que recuperando el texto propuesto con ocasión de la reforma de 1995 en el Dictamen del Consejo de Estado se elimina el calificativo de 'limitativas' limitándose a reconocer la validez de las cláusulas de cobertura 'post-contrato' y 'retroactiva'. Si bien, sigue sin hacer distinción entre distintas modalidades de seguro de RC, aunque la necesidad de este tipo de cláusulas se manifiesta, especialmente, en la cobertura de los denominados 'siniestros tardíos'.

El hecho generador de la responsabilidad sigue siendo el detonante de la obligación de indemnizar del asegurador. El legislador no consideró oportuno o conveniente hacer referencia a la reclamación como elemento detonador en los casos de delimitación temporal de cobertura al modo que lo han hecho otros ordenamientos.⁶⁵

⁶²CALZADA CONDE, M^a A, en La delimitación del riesgo en el Seguro de Responsabilidad Civil..., ob. cit p. 51. En el mismo sentido SANZ PARRILLA que destaca que dadas las grandes diferencia que hay entre los diferentes tipos de responsabilidades. Y lamenta que 25 años después de la entrada en vigor de la regulación vigente no se haya establecido un sistema en el que se tuvieran en cuenta los diferentes ámbitos en que puede actuar el seguro de RC como hacen algunas legislaciones europeas recientes. Comentario Anteproyecto... ob. cit, p. 821. En el mismo sentido se había pronunciado REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob.cit., pp. 53. Para este autor las cláusulas Claims Made debieran ser admisibles en el ámbito de los hechos de manifestación tardía o en los que resulta difícil determinar con precisión en momento en que se produjo el hecho generador de la responsabilidad.

⁶³Un análisis completo del ALCS se encuentra en el número monográfico de la Revista Española de Seguros nº 143-144 de Julio-Diciembre de 2010.

⁶⁴El seguro de RC está contemplado en el art. 68. y es del tenor siguiente: *Definición del seguro de responsabilidad civil.*

1. *Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero de los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.*

2. *La cobertura del asegurador comprenderá, en todo caso, las reclamaciones del tercero perjudicado, efectuadas dentro del año siguiente a la terminación de la relación contractual, siendo válidas las cláusulas que amplíen este plazo.*

Igualmente se considerarán válidas las cláusulas que extiendan la cobertura del asegurado a obligaciones de indemnizar, a cargo del asegurador, surgidas en el año anterior al comienzo de los efectos del contrato, siempre que sean desconocidas por el propio asegurado.

⁶⁵Como lo ha hecho a reciente ley portuguesa. Terminaba su comentario SANZ PARRILLA sugiriendo la posibilidad de incluir la posibilidad de que la póliza incluya cláusulas que delimiten el período de cobertura con referencia a la reclamación. Comentario Anteproyecto... ob. cit, p 825.

3.2. El Proyecto de Código Mercantil

El Proyecto de Código Mercantil al regular el seguro de Responsabilidad Civil, tras la definición de esta figura, modifica el contenido del art.73 de la LCS vigente en lo que hace referencia a las 'cláusulas de delimitación temporal de cobertura', en el artículo 582-44 que es del tenor siguiente:

“Noción.

1. Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero de los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.

2. La cobertura del asegurador comprenderá, en todo caso, las reclamaciones del tercero perjudicado, efectuadas dentro de los dos años siguientes a la terminación de la relación contractual, siendo válidas las cláusulas que amplíen este plazo.

Igualmente se considerarán válidas las cláusulas que extiendan la cobertura del asegurado a obligaciones de indemnizar, a cargo del asegurador, surgidas, al menos, en el año anterior al comienzo de los efectos del contrato, siempre que sean desconocidas por el propio asegurado y cuando la reclamación tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza”⁶⁶.

La redacción de este precepto es básicamente la misma propuesta por el ALCS ya sugerida por el Consejo de Estado con ocasión de la reforma de 1995, pero con algunas modificaciones. La cuestión es determinar si este nuevo texto responde a la necesidad de una profunda reforma que se venía reclamando.⁶⁷

La noción de seguro de responsabilidad civil permanece invariable desde la promulgación de la LCS, por lo que “el riesgo a cargo del asegurado del nacimiento de la obligación de indemnizar a un tercero” parece seguir siendo el generador de la obligación de indemnizar del asegurador.⁶⁸

Los principales problemas que se habían apuntado con relación al art.73 LCS eran, la calificación de las cláusulas como 'limitativas' lo cual, de algún modo, suponía la presunción de lesividad, y el no hacer distinción en cuanto a las diversas modalidades de seguro de RC. También se había cuestionado el plazo establecido en la ley para presentar la reclamación como insuficiente.

En cuanto al plazo, la ley amplía a dos años la cobertura post-contrato, siguiendo las recomendaciones que ya se venían haciendo al respecto.⁶⁹ Por el contrario, en

⁶⁶La negrilla es nuestra para destacar las diferencias respecto de la formulación muy similar contenida en el ALCS.

⁶⁷REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob.cit., p. 53. “*El seguro de responsabilidad civil está necesitado, insisto, de una reforma en profundidad y en detalle, en la que se tenga presente, entre otros aspectos, los distintos tipos de riesgos presentes en la actual realidad social y, como consecuencia de ello, las distintas necesidades de cobertura, de tal manera que puedan coexistir pólizas de RC que ofrezcan diferentes modalidades de cobertura*” El fracaso de la reforma precedente había sido ya manifestado destacándose que la LCS seguía tomando como punto de partida el hecho motivador de la responsabilidad sin diferenciar entre las diversas modalidades de seguros de RC. MORAL DOMÍNGUEZ, J.F. En torno a la delimitación... ob. cit. p.53

⁶⁸El hecho motivador como siniestro. SÁNCHEZ CALERO, F. La delimitación temporal... ob.cit, pp.12 y ss.

⁶⁹ Comentaba REGLERO que el plazo contenido en el ALCS de un año era inferior a los que se habían propuesto desde distintos sectores, que consideraba insuficiente y que achacaba a la presión aseguradora.

materia de cobertura retroactiva mantiene el período mínimo de un año. La diferencia de trato entre una y otra modalidad de cláusula responde, probablemente, a que las cláusulas post-contrato se ven como más perjudiciales para el asegurado, mientras que la cobertura retroactiva se interpreta que le favorece.

En cuanto a la denominación de las cláusulas, la propuesta de precepto evita caer en la calificación, por otra parte tan criticada por la doctrina, y elimina el término de 'limitativas', pero sin ir más lejos; sin declarar su condición de 'delimitadoras' como un sector de la doctrina venía reclamando. Tal vez, por considerar innecesaria tal manifestación puesto que ya gran parte de ésta las venía considerando como tales, de igual modo que lo hiciera el Dictamen del Consejo de Estado.

Una de las mayores críticas hechas al reformado art.73 LCS ha sido la de incurrir en defectos de técnica jurídica al considerar 'limitativas'⁷⁰ unas cláusulas que lo que hacen es delimitar el riesgo asegurado, esto es, determinar cuál es el alcance de la cobertura. No se puede limitar un derecho que no ha llegado a nacer. Tal como se ha señalado ya, no es aceptable el argumento de que existe una limitación en los derechos del asegurado porque lo que la cláusula busca es concretar el riesgo asegurado y contratado, y no quitarle o restringirle ningún derecho que tuviese por ley. No se puede confundir este último supuesto con el de interpretar que riesgo de aseguró y cuál fue el objeto del contrato.⁷¹

Señalaba REGLERO que en una nueva LCS la delimitación temporal debería ser tratada como delimitación objetiva del riesgo y no como una cuestión de limitación de derechos.⁷² A riesgo de repetición, delimitar el riesgo no es limitar derechos. Cabe, pues, pensar que ante la opinión doctrinal favorable a la tesis de la validez de las cláusulas 'Claims Made' –admisibles porque no contradicen el Ordenamiento Jurídico⁷³–, las sentencias favorables a las mismas y, especialmente, a la vista del razonamiento contenido en el Dictamen del Consejo de Estado con ocasión de la reforma del art.73⁷⁴, aunque el precepto que las contempla no las haya calificado como 'delimitadoras', sea esta la interpretación que prospere.⁷⁵

El Profesor SÁNCHEZ CALERO, había sugerido un período mínimo de dos años; mientras que algunos sectores de la DGS proponían 5. En este sentido: VÉRGEZ SÁNCHEZ, M. Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes de la reforma de la Ley, en *RES*, nº 152, Octubre-Diciembre 2012, pp. 310 y ss. Le parecía, a esta autora, demasiado breve el plazo de un año.

De cualquier modo, el plazo previsto en la ley es el mínimo requerido para la validez de la cláusula. Lo que no significa que en el contrato en concreto no se pueda fijar uno superior. Serán las partes, en función de sus necesidades, quienes determinarán un mayor o menor período de cobertura, siempre en relación a la prima fijada en el contrato.

⁷⁰GUTIERREZ GIL SANZ.J. La delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil... ob. Cit.

⁷¹STS 8 Junio 1992.

⁷²REGLERO CAMPOS, F. “Tit: II: Sec. 8ª (Art.73)” en *VVAA Ley de Contrato de seguro*. REGLERO CAMPOS, L.F. (coordinador), Ed. Aranzadi, 2007, p. 1076

⁷³REGLERO CAMPOS, F. “Tit: II: Sec. 8ª (Art.73)”... ob. cit, p. 1075

⁷⁴Hay que tener en cuenta que el proyecto de Código Mercantil se halla, aún, a la espera del Dictamen del Consejo de Estado. Aunque, habida cuenta de la opinión formulada por este organismo en 1994, nada parece indicar que en lo referente a esta materia vaya a producirse un cambio sustancial de opinión.

⁷⁵La referencia a las cláusulas de delimitación temporal de cobertura se ha mantenido, pues, pese a que, al parecer, en cierto momento se pensó en volver a la redacción original del art. 73, eliminando toda referencia a ellas. Así lo destacaba : VÉRGEZ SÁNCHEZ, M. Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes... ob. cit, p. 310, concretamente en la nota 33.

Es cierto que el precepto no entra a diferenciar entre unas y otras modalidades de seguro de RC.⁷⁶ Es evidente que el legislador no puede descender al tratamiento particularizado de cada una de ellas. Lo que no implica que estas cláusulas deban tener la misma consideración en todas las modalidades de seguro de RC. De hecho su aparición y uso extendido se produce en modalidades concretas en las que cumple una función necesaria. Y, es precisamente en ellas en las que, en opinión de la doctrina, sería conveniente dejar a las partes la facultad de determinar los límites del riesgo.⁷⁷

4. CONCLUSIÓN

La realidad y las exigencias del mercado indican que no es posible la cobertura ilimitada por lo que, de algún modo, las cláusulas de delimitación temporal de cobertura van a seguir siendo de uso frecuente en la práctica aseguradora. El Proyecto de Código Mercantil mantiene su regulación de modo menos confuso que las propuestas de reforma anteriores al eliminar el calificativo de ‘limitativas, favoreciendo así su validez.

Hubiese resultado más clarificador si, de forma expresa, las hubiese calificado de ‘delimitadoras’, como proponían numerosos autores. Cuestión que, aún puede suceder si el Dictamen del Consejo de Estado, aún pendiente se mantiene en los términos del anterior y se recogen sus sugerencias.

El regreso a la dicción literal del primitivo art. 73 de la LCS, posibilidad que se había barajado y, obviamente, descartado no parece ser posible ya que supondría la vuelta a la confusión.

Es cierto que en algunos contextos la utilización de estas cláusulas puede suponer un problema. No obstante, siempre que se mantenga el deseable equilibrio entre las prestaciones de las partes, nada puede alegarse en contra de su utilización. A nuestros Tribunales compete el interpretar y decidir si su aplicación es necesaria y, por tanto, válida cuando este tipo de cláusulas se utilicen en contextos en los que no tenga sentido. Siempre que se mantengan los principios de transparencia y congruencia, su utilización no debiera producir problema alguno.

⁷⁶ Crítica que hacían, como ya se ha mencionado: REGLERO CAMPOS, F. Objeto, riesgo y siniestro... ob. cit., p. 50, CALZADA CONDE, M^a A, en La delimitación del riesgo... ob. cit. p. 51, SANZ PARRILLA, M., Comentarios al Anteproyecto ... ob. cit. p. 825.

⁷⁷ MANSILLA GARCÍA, F. Ámbito temporal de la cobertura aseguradora... ob. cit. p. 236, bajo el epígrafe 'Las ventajas de la libertad contractual: Posible y Conveniente', hace referencia a una Circular de UNESPA en la que se dice: "La delimitación de la cobertura, con arreglo al criterio 'claims made', es un legítimo y adecuado medio de seguridad frente a los denominados 'siniestros tardíos', acorde con la finalidad del seguro de responsabilidad civil y perfectamente apto para atender a la lógica seguridad que demandan las partes implicadas: perjudicado, asegurado y asegurador"

CUENTA CORRIENTE Y ACUERDOS DE COMPENSACIÓN MULTILATERAL EXTRABANCARIA

JAVIER IBÁÑEZ JIMÉNEZ*

Resumen

Se comentan, en primer término, las novedades que introducen los regímenes del contrato de cuenta corriente y de los pactos de compensación multilateral proyectados en el Código Mercantil, y su conexión con el ordenamiento vigente. En segundo lugar, se exponen la noción y la función que desempeñan los nacientes sistemas de compensación multilateral de deudas de empresas y particulares gestionados por entidades no financieras, y sus analogías y disimilitudes respecto a los sistemas de compensación bancarios y del mercado de valores. Se cierra el texto con diversos posicionamientos ante las cuestiones que plantea el vacío legal sobre estas innovaciones parabancarias: oponibilidad a terceros de los pactos plurilaterales de neteo, naturaleza de los pactos llamados pagos indirectos para cerrar cadenas de compensación, invocación del neteo practicado en el sistema frente a la masa pasiva del cliente del sistema concursado, y procedencia de las acciones concursales rescisorias del contrato plurilateral.

Contenido

1. El régimen de la cuenta corriente y de los acuerdos de compensación multilateral en la propuesta de código mercantil. – 1.1. La cuenta corriente mercantil: peculiaridades de su nuevo régimen codificado. – 1.2. El régimen propuesto para los acuerdos de compensación contractual como novedad relativa en el ordenamiento español, y su supresión en el Anteproyecto. – 2. Concepto, caracterización jurídica y función económica de los pactos de compensación multilateral extrabancaria de créditos corporativos o comerciales. – 2.1. La compensación extrabancaria: noción y función. – 2.2. Antecedentes en España. – 2.3. Caracterización jurídica y distinción de los sistemas de compensación del mercado financiero. – 3. Principales cuestiones jurídicas que plantea la atipicidad de la figura, *lege data et ferenda*. – 3.1. Eficacia y oponibilidad de la compensación multilateral parabancaria. – 3.2. Cuestiones relativas al llamado pago indirecto o cierre de círculos de compensación. – 3.3. Algunos aspectos concursales del neteo convencional extrabancario. – 3.3.1. La aplicabilidad del artículo 58 LC: invocación frente a la masa activa de la compensación convencional. – 3.3.2. Procedencia de las acciones rescisorias del neteo ex art. 71.1 LC. – Bibliografía.

*Profesor Propio de Derecho Mercantil. Director de la *Cátedra Garrigues de Modernización del Derecho de Sociedades*. Coordinador del G. I. Derecho, Mercado y Sociedad Global Sostenible (U. P. Comillas).

1. EL RÉGIMEN DE LA CUENTA CORRIENTE Y DE LOS ACUERDOS DE COMPENSACIÓN MULTILATERAL EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

1.1. La cuenta corriente mercantil: peculiaridades de su nuevo régimen codificado

El capítulo IX “De los contratos financieros instrumentales” del título VII “De los contratos financieros mercantiles” del libro quinto de la Propuesta de Código mercantil (“De los contratos mercantiles en particular”) abrió su primera sección disciplinando por vez primera en la regulación especial patria la noción de cuenta corriente mercantil (art. 579-1 de la Propuesta), contrato auxiliar para la compensación de remesas provenientes de crédito y deudas recíprocos por el que “las partes se obligan a anotar en la cuenta los créditos y entregas derivados de las relaciones negociales mutuas que se hayan incluido, siendo exigible únicamente el saldo que por compensación presente aquélla, a favor de uno y otro de los contratantes, en el momento de su cierre”¹.

Se trata de una operación especial mercantil por razón y en función del sujeto en el derecho propuesto o proyectado, tal como el artículo 579-2 del nuevo Código (CM) dispone al habilitar la exclusión del régimen de derecho común o civil como aplicable a la relación de cuenta corriente con tal de que solo una de las partes tenga la condición de sujeto u operador de mercado (pueden ser ambas; cf. 579-3.4), condición más extensa que la de comerciante o empresario vigente, que determina el ámbito aplicativo del nuevo derecho especial. Por otra parte, el CM dotará al contrato de regulación positiva por primera vez en nuestra historia, superando los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales por determinar una noción y régimen unitario allende las disposiciones especiales de las entidades de crédito². En este contexto, el elemento objetivo esencial del contrato sigue siendo la remesa o crédito enviado por las partes a la cuenta e incluido en ella para liquidar o abonar un saldo o diferencia previa compensación, como históricamente sucede en Centroeuropa desde la Baja Edad Media en muchas plazas bancarias³.

¹ Desde 30 de mayo de 2014, el Anteproyecto de CM llama al capítulo IX “Del contrato de cuenta corriente”, suprimiendo la otra figura “instrumental” prevista en la Propuesta, los acuerdos multilaterales o contratos multilaterales de compensación (*infra*, 1.2).

² Problema de atipicidad cuya especial gravedad denunciaron, después de GARRIGUES en sus “Contratos bancarios”, entre otros, MOLL DE MIGUEL, S., *El contrato de cuenta corriente: una consideración unitaria sobre sus diversos tipos*, Facultad de CC Económicas y EMPRESARIALES, IEBB, Bilbao, 1977, 16 y ss.; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Consideraciones en tomo a algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria (comentario a las sentencias de la Audiencia Territorial de Cáceres de 8 de febrero de 1985)”, *Revista General de Derech*, nº 501, 1985, p. 2737; GARCÍA PITA Y LASTRES, J. L., *Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB)*, nº 36, 1989, p. 857; EIZAGUIRRE BERMEJO, J. M^a: “De nuevo sobre el contrato de cuenta corriente”, *RDBB*, nº 54, 1994, p. 341.

³ Cf. KARYOTIS, C., “Histoire de la compensation: de la monnaie aux titres”, *Revue d'Économie Financière*, nº 91, 2008, p. 78, recordando que en esos sistemas medievales la banca empieza a incluir en cuentas corrientes para liquidar periódicamente “los créditos de signo inverso”, que, precisamente por ser “llevados a una cuenta corriente, constituyen objeto de una compensación bilateral”. Pero en el caso de la banca medieval no hay compensación por organismos centrales o interpuestos –cámaras-, lo que según algunos historiadores acontece por vez primera en 1587 en el veneciano *Banco della Piazza del Rialto*,

Conforme a lo dispuesto en el artículo 579-3.1 CM, la inclusión por las partes de los créditos en cuenta no los extingue por sí sola (como mantiene la teoría de la conservación), pues no impide ejercer “las acciones o excepciones relativas al acto o negocio del que derivan”, de modo que en la cuenta “los créditos son indisponibles e inexigibles” (ni vencen ni se transmiten), y los pagos correspondientes a su importe “no producen su natural efecto solutorio hasta el cierre de la cuenta” (579-3.2), mas “si los créditos o entregas son declarados nulos o resueltos, los asientos relativos a estas partidas se eliminarán de la cuenta” (579-3.3), con lo que se confirma la sustantividad y no dilución de los créditos de que traen causa las remesas incluidas en la cuenta, hasta que se produce la compensación y liquidación del saldo, nuevo crédito exigible que reemplaza a los compensados. Ese crédito por diferencias resultante de saldar o liquidar la cuenta es a su vez posible objeto de negocios jurídicos de enajenación o garantía (cf. 579-4), sin perjuicio de la pervivencia de la cuenta hasta la liquidación final (en la fecha pactada o, si es por tiempo indefinido, previa denuncia unilateral con treinta días de antelación a cualquier liquidación o cierre parcial, ex 579-5), y de la posible impugnación del saldo o de la propia cuenta por inclusión indebida de remesas.

Cerrada la cuenta, se anota como última partida el interés generado por los saldos diarios según el cálculo convenido, siendo el saldo final (intereses incluidos) exigible de inmediato, y a su vez fuente de intereses (cf. 579-6) pactados o legales, salvo si el acreedor incluya el crédito saldado como primera partida del siguiente periodo. Para fijar el importe del saldo (579-7, regla suprimida en el Anteproyecto, seguramente por su carácter especial) basta que una de las partes envíe a la otra su liquidación en la quincena posterior cierre de la cuenta, quedando aprobado si la otra parte no se opone dentro de los diez días siguientes a su recepción fehaciente, sin perjuicio de la posibilidad de corregir errores en el plazo de un año

1.2. El régimen propuesto para los acuerdos de compensación contractual como novedad relativa en el ordenamiento español, y su supresión en el Anteproyecto

La segunda sección del precitado capítulo IX de la Propuesta de 2013 contenía una disciplina relativamente novedosa en nuestro ordenamiento, sin perjuicio de la regulación especial de los correspondientes contenidos en normas especiales del sistema financiero. Se trata de los denominados convenios o “acuerdos de compensación contractual” (artículo 579-8 de la Propuesta) surgidos en la práctica de los instrumentos derivados negociados fuera de un mercado organizado o de funcionamiento regular, y en particular en el ámbito de las operaciones a medida, en argot llamadas *vis a vis* u *otc*⁴, en particular de los *otc swaps*. Conforme al preindicado precepto, a virtud de tales operaciones las partes contratantes convienen crear “una única obligación jurídica que

antecesor del *Banco del Giro*, que disponía de un genuino sistema de *clearing* de múltiples deudas y créditos bancarios.

⁴ Detallamos el concepto en *El contrato de instrumentos derivados*, Civitas, Cizur Menor 2013, pp. 63-66.

abarque todas las operaciones incluidas en dicho acuerdo y por cuya virtud, en caso de vencimiento anticipado, las partes tengan derecho a exigirse exclusivamente el saldo neto del producto de la liquidación de las referidas operaciones”. Saldo que se fijará “conforme a lo establecido en el propio acuerdo de compensación contractual o en los acuerdos que guarden relación con él”. Estas operaciones se conocen en el ordenamiento estadounidense y en el británico, desde el punto de vista de su finalidad de compensación y liquidación conjunta por fuera de mecanismos bancarios específicos de compensación –cámaras de compensación o *clearing houses*-, como pactos de neteo o *netting agreements*⁵; y suponen, desde la óptica de la civilística continental europea, y también desde el ángulo de las instituciones jurídico-privadas españolas, un supuesto de compensación convencional como mecanismo extintivo (total o parcial) de cada una de las obligaciones resultantes de los negocios u operaciones jurídicas incluidas en el convenio precisamente con la finalidad de compensar su importe (v. 1195 y ss. del CC). La compensación convencional tenida en ejecución de estos pactos de liquidación conjunta o global de derivados u operaciones a plazo, en efecto, no es, como sucede en otros supuestos de compensación voluntaria, una variante de pago de deudas, pues no se llegan a abonar los importes de las deudas preexistentes que se compensan y que proceden de la liquidación de las operaciones incluidas; es en cambio una forma de novación extintiva o renovación por extinción de las deudas y créditos enfrentados preexistentes, cuyos importes compensados se saldan, reemplazándose por una nueva deuda-crédito de menor importe, e igual a la diferencia compensada de valor. El régimen propuesto por el CM era restrictivo por razón de los sujetos aptos para pactar la compensación, en la medida en que, además de tratarse de personas jurídicas que habitualmente realizan “operaciones financieras” (sin que se especifique que haya de tratarse de productos derivados o de operaciones a plazo, aunque en la práctica se trata de ellas, y no de operaciones comerciales), solo pueden ser, bien entes públicos (de cuya solvencia no desconfía el legislador; cf. 579-9.1.a de la Propuesta), bien bancos públicos (como los centrales de estados miembros de la Unión o el propio Banco Central Europeo, o bien el FMI o el BEI, ex 579-9.1.b), bien privados y entidades que prestan servicios de inversión (cf. arts. 64 y 65 LMV) o de seguros, y por tanto, entidades financieras de máxima solvencia sujetas a supervisión prudencial. Otro tanto sucede en el caso de los entes rectores de mercados, entes de contrapartida central y gestores del registro, compensación y liquidación de instrumentos (cf. 48 LMV y 579-9.1.d). Los propios agentes liquidadores o cámaras compensadoras que refiere la normativa sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, y las entidades similares que actúen en los mercados de futuros, opciones y derivados, como es natural, también son sujetos autorizados. En todos estos supuestos, la contraparte puede ser cualquier

⁵ El Banco Central Europeo define el *netting*, en el contexto de los sistemas de compensación, como “agreed offsetting of mutual obligations by participants in a system” (EUROPEAN CENTRAL BANK, *Glossary of terms related to payment, clearing and settlement systems*, December 2009, accesible el 30.0.9.2014 en <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/glossaryrelatedtopaymentclearingandsettlementsystems.pdf>) o compensación convencional de obligaciones recíprocas de los asociados al sistema, lo que implica calcular o liquidar los saldos netos (*net settlement positions*), con la consiguiente reducción legalmente válida de un importe crediticio diferencial neto, bilateral o multilateral.

otra persona física o jurídica, en la medida en que el legislador entiende que la seguridad jurídica y económica de la transacción ya queda suficientemente pertrechada por la intervención del profesional del sistema financiero (cf. 579-9.2). Lo que en cambio no acoge el legislador es aquel acuerdo de compensación contractual en el que ninguna de las partes goce de una condición distinta a la de los sujetos previstos en el precepto, por lo que un ente gestor *extrabancario* de sistemas de compensación que generase acuerdos de compensación contractual no realizaría una actividad autorizada (el término “podrá”, a contrario, sugiere prohibición) o, como mínimo, reglada, por ser una persona jurídica no incluida en el elenco legal de mediadores financieros habilitados. No eran menores las limitaciones a la actividad extrabancaria de compensación desde la óptica de los requisitos objetivos que presentaba la Propuesta en el artículo 579-10: también imperativamente restringía el párrafo 1 de esa norma los acuerdos de compensación contractual regulados a aquellos donde se incluyan créditos nacidos de determinadas categorías de operaciones financieras: acuerdos de garantía financiera, préstamos de valores u operaciones financieras realizadas sobre los instrumentos financieros previstos en la normativa de valores (incluidos la compraventa de divisa al contado y los derivados de crédito, sobre materias primas y sobre derechos negociables de emisión de gases de efecto invernadero, así como cualquier combinación de los anteriores, ya sean liquidables por diferencias o mediante entrega física del subyacente), cesiones temporales de activo, y cesiones de crédito u otras operaciones de garantía directa o indirecta vinculadas al propio acuerdo de compensación cuyo objeto sean valores negociables o efectivo⁶.

Lo cierto es que el Anteproyecto de 2014 suprime el régimen propuesto para el CM, reemplazándolo por una escueta remisión a la “legislación específica” (nuevo 579-7); a nuestro entender esta no tiene por qué ser, como hasta ahora, privativa del sistema financiero, pudiendo el legislador regular en el futuro normas especiales para contratos o acuerdos de compensación multilateral como los que enseguida nos ocupan (*sub 2*).

2. CONCEPTO, CARACTERIZACIÓN JURÍDICA Y FUNCIÓN ECONÓMICA DE LOS PACTOS DE COMPENSACIÓN MULTILATERAL EXTRABANCARIA DE CRÉDITOS CORPORATIVOS O COMERCIALES

2.1. La compensación extrabancaria: noción y función

Algunas empresas de tecnología aplicada se encuentran actualmente desarrollando proyectos corporativos de compensación multilateral de deudas y créditos privados al margen o por fuera del sistema financiero, gestionando los procesos y determinando mecanismos para lograr la compensación de múltiples deudas y créditos de sujetos de

⁶ En el derecho del sistema financiero vigente, el art. 9 de la Ley 41/1999, y reglas como las contenidas en el art. 59 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, proporcionan la necesaria cobertura normativa al desenvolvimiento operativo de aquellos sistemas multilaterales de compensación que son gestionados por bancos o por entidades gestoras de mercados de negociación, plataformas o sistemas de contratación estándar sujetos a supervisión prudencial y a requisitos de organización pre y poscontractual.

derecho privado (nada impide, sin embargo, compensar créditos de derecho público con sujeción al régimen administrativo aplicable), generalmente empresarios o comerciantes que desean reducir su pasivo, especialmente aquel que cuenta con bajas probabilidades de cobro o cuyo cobro entraña problemas de morosidad; compensándolo con créditos titularidad de los propios empresarios que se adhieren al sistema, créditos por lo general afectos o sujetos a problemática análoga. El sistema de neteo proyectado por las empresas de tecnología precitadas, así, sustenta su viabilidad en la capacidad que poseen los mecanismos de compensación diseñados por ellas, apoyados siempre en una eficaz base matemática algorítmica, para lograr la extinción simultánea de múltiples deudas de los clientes o participantes en el sistema, poniendo a estos en comunicación solo a efectos de compensación. Los participantes son múltiples sujetos entre los que no existen trabadas previas relaciones comerciales o industriales, pero que comparten el objetivo común de reducir pasivo y recurren para ello al servicio ofrecido por dicho *netting system*.

Sistemas como los descritos permiten resolver eficazmente, en el contexto de la grave crisis padecida por emprendedores y también por otros operadores económicos, problemas de liquidez y, sobre todo, aliviar numerosos costes de gestión crediticia, en la medida en que las personas físicas o jurídicas adheridas, sin mediación bancaria y sin el recurso a la contratación de mecanismos de gestión de cobro o refinanciación, reducen de inmediato pasivo de sus balances, compensándolo con activos de crédito. Resolviendo a la vez, pues, problemas futuros de liquidez con mínimos costes de mediación y gestión, y disminuyendo dificultades actuales de tesorería en la medida en que queda disponible mayor flujo de caja para atender pagos corrientes. Los incidentes de cobro, gestión y renegociación de créditos, respecto a un universo de contrapartes adheridas con el mismo propósito en el sistema, se ven minimizados; como también se reducen sus respectivas tasas de morosidad activa y pasiva, y los problemas de acumulación de intereses anejos a las deudas compensadas.

2.2. Antecedentes en España

En 2009 se anunció públicamente el funcionamiento de un sistema electrónico *on-line* de compensación de deudas de cualesquiera empresas y particulares llamado *Excancel*, que realiza la primera compensación multilateral online de deuda entre empresas en España, y, según sus promotores, la primera de la historia⁷; habiéndose liquidado conforme a sus reglas de funcionamiento saldos deudores recíprocos preexistentes entre varias organizaciones empresariales de Alicante, Madrid y Canarias, sin desembolso dinerario alguno. Excancel se presentó entonces “como un aliado de los actuales sistemas bancarios de compensación de deuda” por el mínimo o menor importe común entre todas. Así, si la sociedad B debe a otra A 100.000 euros; C debe a B 50.000 euros;

⁷ Vide, *passim*, <http://www.economista.es/interstitial/volver/aciertoj/legislacion/noticias/1665603/11/09/La-solucion-para-cancelar-deudas-Excancel-se-propone-acabar-con-la-falta-de-credito.html#.Kku8xufRsVZlm1L> (consultada por última vez el el 22.09.2014). En este *website* se anunciaba el “aval” o respaldo al sistema, patentado por Excancel, que brinda el Ministerio de Economía y Competitividad a través del Centro de Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI).

y A debe a C 40.000 euros, las tres pueden reducir su deuda en 40.000, que plataforma compensa automáticamente. Este sistema anunciaba no cobrar comisión por registrarse a las empresas usuarias, y tampoco por introducir créditos en el sistema; sí por el servicio de cancelación, en concreto el 9 por mil de la cantidad que cada empresa cancele o importe en el que cada cual vea reducida su deuda. Conforme a las reglas de esta plataforma no hay intercambios monetarios ni de crédito o deuda, ni anotaciones registrales o contables, puesto que el sistema únicamente procesa los datos de los créditos servidos a la plataforma por las propias empresas participantes, que firman sus normas internas de uso, una vez expresada su voluntad de extinguir las obligaciones y créditos introducidos en el sistema. Entre las ventajas anunciadas de este sistema se anunciaron las que tiene acarrearía al sistema financiero, y en particular a las entidades bancarias, en la medida en que la plataforma se convirtiese “en un sistema complementario para el servicio de cobro de deuda que actualmente ofrecen los bancos, así como para corregir las deficiencias de tesorería de sus clientes”⁸.

El sistema *Deudae*, semejante a *Excancel*, empieza a ser operativo en 2013; en septiembre de ese año contaba con 23 socios que ampliaron el capital para invertir en el suficiente apoyo comercial, legal y matemático para el desarrollo pleno de la plataforma o sistema de compensación diseñado⁹, una de cuyas notas diferenciadoras principales es la exigencia previa a los beneficiarios de ingreso en el sistema a través de un sofisticado mecanismo de certificación digital análogo al empleado para tratamiento de información con Administraciones públicas; verificada la identidad del partícipe, si su contraparte deudora aún no está dada de alta en el sistema, este trata de incorporarlo, o alternativamente, de incorporar a otra contraparte. Desde este momento, la plataforma busca automáticamente círculos de compensación o grafos de relaciones recíprocas multilaterales, y cuando se identifica a los interesados, se acepta el posible cruce de créditos (normalmente, facturas vencidas) por ambas y, terminado el proceso, se emiten los correspondientes “certificados de compensación”¹⁰ para que sean contabilizados directamente en las empresas beneficiarias del servicio.

Por último, la experiencia de *Nettit*, más desarrollada que las anteriores¹¹, permite, a diferencia de los anteriores, el cierre de círculos de compensación a través de un intermediario financiero. De modo que, no siendo posible que los participantes o

⁸ *Ibidem*. Pese a que los mentores del sistema en 2009 aseguraban disponer entonces de 9.000 empresas adheridas y créditos compensables por valor de 71 millones de euros, y de capacidad para el inmediato arranque operativo de la plataforma, lo cierto es que en 2014 se repetía el anuncio de primera ejecución española de una compensación multilateral telemática de deuda entre empresas canarias, alicantinas y madrileñas (<http://cincodias.com/cincodias/2014/01/27/tecnologia/1390850882138673.html>) (consultada por última vez el 22.09.2014).

⁹ <https://www.deudae.com/noticias/deudae-en-inversion-y-finanzas> (consultada por última vez el 24.09.2014).

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Su web corporativa www.nettit.com, operativa desde el 7.11.2013, muestra un amplio desarrollo comercial de la plataforma y su implantación operativa en numerosas empresas de Castilla y León, habiéndose concertado convenios de colaboración entre el sistema y algunas de las Cámaras de Comercio provinciales (Valladolid, Segovia, Ávila), para difundir entre las PYMES y algunas empresas mayores los beneficios de la compensación multilateral ejecutada según el algoritmo que propone el gestor del sistema NETTIT, perteneciente a Everis Spain SLU, del grupo Everis.

usuarios del sistema registrados A, B, C y D compensen sus deudas recíprocas, por no haberse establecido relación crédito-deuda previo entre A y D (aunque A sea deudor de B, B de C y C de D), en cambio y para “cerrar el círculo”, el intermediario financiero I se interpone precisamente entre A y D erigiéndose en acreedor frente a D y en deudor de A, para lo cual A y D consienten esa interposición a fin de que todos los créditos anteriores se compensen –y así lograr el *cierre de círculo*-. En este caso, I se compromete en un contrato nuevo llamado “acuerdo indirecto de pago” a asumir una deuda (por el importe mínimo de compensación que cierra el círculo) frente a A, y adquiere, con beneplácito de las partes concernidas (en realidad, todos los sujetos del círculo) crédito frente a D, quien asume la deuda correspondiente frente a I. Lo que, por otra parte, conlleva un análisis de solvencia de D extramuros del sistema, de mayor riesgo que el análisis de solvencia de I, teóricamente más solvente que los participantes. En todo caso, el sistema es eficaz si en última instancia I asume el riesgo de insolvencia de D, erigiéndose en garante último del sistema cuando se recurre a estos cierres multilaterales por intermediación. Por lo demás, el sistema es a grandes rasgos similar a los anteriormente descritos, desde la óptica de la naturaleza de la compensación que tiene lugar intramuros del sistema, una vez los adheridos firmen el contrato llamado AMCC o Acuerdo Multilateral de Compensación de Créditos, a cuya virtud la administración del usuario o adherido autoriza a Nettit a compensar los créditos y deudas que deseen y admita la plataforma como compensables o “elegibles” tras un análisis previo de riesgos asociados a dichos créditos.

2.3. Caracterización jurídica y distinción de los sistemas de compensación del mercado financiero

En un sistema de compensación de valores e instrumentos financieros, el *aclarado o despeje* de operaciones por una cámara compensadora (*clearing*, en argot) consiste en la recepción, conciliación y confirmación de las obligaciones o créditos de los participantes en el sistema. Actividad compleja que debe diferenciarse de la liquidación o *settlement*, consistente en la transferencia o asignación de valores o dinero a aquellos, una vez producida la compensación. Estos sistemas requieren un registro o depósito de valores e instrumentos, y en su caso, un depósito de efectivo interno o exterior a la cámara, para realizar las liquidaciones, que en los sistemas financieros avanzados siguen el estándar de las *Recommendations for Securities Settlement Systems* de IOSCO y del Banco Internacional de Pagos.

En la compensación multilateral financiera, la compensación implica la agregación de posiciones compradoras o vendedoras por cada tipo de activo anotado en la cuenta de cada participante o adherido (por regla general, por cuenta de un inversor o cliente final), y comporta el cálculo periódico de un saldo debido o acreditado, en efectivo o valores, respecto a la cámara, evitando pagos y entregas con las contrapartes vendedoras o compradoras finales¹². Los principales riesgos de los sistemas de

¹² Así lo explicamos en “*Contratación del mercado de valores*”, 5682, 5683, 5685-5687 y 5702-5703.

compensación de valores son, en síntesis, los de insolvencia de las cámaras o de los bancos o entes que intervienen en el proceso de compensación; insolvencia, impago o pago tardío de obligaciones por las partes adheridas al sistema; error humano operativo en los procesos; y diversos riesgos legales de invalidez o incoercibilidad de las reglas del sistema en un concreto ordenamiento¹³. La mayor parte de estos riesgos se elimina o mitiga sustancialmente interponiendo en las transacciones a entes de contrapartida que, independientemente de las tradicionales funciones preventivas de reclamación de garantías anticipadas para cubrir el incumplimiento, hagan de contraparte doble en las transacciones, respondiendo ante los participantes de cualesquiera obligaciones comprometidas en los contratos principales que se pretenden celebrar (por ejemplo, compraventa de valores o cesión de instrumentos financieros).

La compensación multilateral extrabancaria, por el contrario, posee una finalidad económica y naturaleza jurídica muy diferentes, y se sujeta a reglas operativas específicas que la distancian considerablemente respecto de la tradicional y bien conocida compensación de efectivo y valores por medio de cámaras de aclarado y liquidación o entes centrales de contrapartida, en la medida en que:

- A) En el plano subjetivo, estos sistemas extrabancarios no se gestionan, al menos en el caso español, por entidades financieras, sino por empresas de tecnología aplicada que operan al margen del sistema financiero
- B) Desde el ángulo del objeto compensado, en los mismos no se liquidan créditos y deudas nacidos de operaciones financieras o del cumplimiento de contratos antecedentes a títulos valor, valores negociables o instrumentos financieros; sino deudas de empresas o de personas en general físicas o jurídicas
- C) En el terreno teleológico o finalístico, los partícipes de la compensación multilateral extrabancaria acuden al sistema para simplificar su balance y disminuir sus riesgos de liquidez en general, y no a obtener la liquidación de operaciones de inversión y financiación (entrega de valores, anotación de instrumentos en cuenta o recepción de importes de inversión o desinversión).
- D) Considerando la función de la cámara extrabancaria, esta no compensa y liquida por mecanismos de ente central de contrapartida como en los mercados de instrumentos financieros derivados¹⁴ (y, pronto, también en las bolsas), y ni siquiera por mediación en los cobros y en los pagos, limitándose a buscar contrapartida para operar la compensación de las deudas previas, y ejecutarla una vez maximizadas matemática (algorítmicamente) las opciones o probabilidades de compensación según las relaciones crédito-deuda previamente trabadas entre las partes, a fin de eliminarlas;
- E) Desde el punto de vista de la instrumentación jurídica de las operaciones, en el caso de la compensación extrabancaria o parabancaria no se celebran por lo general contratos instrumentales o auxiliares previos de cuenta corriente, por lo que no

¹³ Vide MAC VANEL, D., "CDSX: Canada's New Clearing and Settlement System for Securities", *Financial System Review*, Bank of Canada, October 2013, pp. 59 y 60.

¹⁴ IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., *El contrato de instrumentos derivados*, Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 83-89.

ingresan propiamente remesas en el sistema, ni hay cuentas corrientes de efectivo o de valores;

- F) Tampoco en estos sistemas por lo general se crea o mantiene, centralizadamente o no, un registro de valores anotados en cuenta como en el caso de las cámaras de compensación de instrumentos, vinculados a los sistemas de liquidación de valores llamados de doble escalón (central, vinculado a la cámara compensadora, y de detalle o segundo escalón vinculado a las posiciones de los miembros del sistema o intermediarios financieros adheridos).
- G) Mirando a la ejecución de las operaciones, no existe cumplimiento de contratos antecedentes o previos (compraventa de activos, o contratos aleatorios de liquidación de compromisos subyacentes), sino precisamente supresión de los créditos y deudas, y por tanto, de los pagos debidos por los contratos antecedentes de que traen causa los créditos compensables en el sistema; a diferencia del caso del *financial clearing*, donde se cumplen los contratos del mercado financiero antecedentes cuya simplificación se pretende centralizando en una cámara el cumplimiento contractual, cada vez más con interposición de un ente central que haga de contraparte¹⁵.

Sin embargo, y a pesar de la muy notable distancia entre unos y otros sistemas, existen en la compensación multilateral parabancaria afinidades con la compensación financiera operada a través de cámaras en la medida en que:

- A) Existe una empresa, y una sociedad o ente gestor dependiente de una sociedad especializada, que gestiona un sistema de compensación. Además, este sistema, que podría denominarse “cámara” como en el caso bancario o bursátil, se diseña al objeto exclusivo y específico de determinar y promover la liquidación final del importe neto compensado de múltiples deudas; en este caso, las que se admitan para compensar en el seno del propio sistema al efecto de reducir pasivo; paralizándose mientras dure los procesos compensatorios, cualquier negociación de los créditos y deudas admitidos.
- B) Son compensadas (con el efecto extintivo de las obligaciones preexistentes previsto en el art. 1195 CC) todas las posiciones crediticias ingresadas en el sistema, concebido en base multilateral –es decir, considerando simultáneamente a todos los participantes, como es propio del *multilateral netting*-, si bien no hay deudas o créditos frente al sistema, limitándose este a calcular lo que se deberán los adheridos entre sí.
- C) Se practica una liquidación final periódicamente; lo que no supone, no obstante, entregas de dinero o de valores al o desde el sistema, sino solo la determinación, y en su caso certificación por este, con validez frente a las partes, del valor de los créditos netos debidos en sustitución de los anteriores, con creación ex novo (que no ex nihilo) de un crédito por diferencias que reemplaza a las obligaciones precedentes (*netting by novation*, en la terminología jurídica angloamericana).

¹⁵ Según explana nuestro trabajo “Contrapartida central”, en *Lecciones de derecho bancario y bursátil*, ZUNZUNEGUI PASTOR (dir.), Colex, Madrid 2013; más sintéticamente, SAINT-PÉ, S.: “Les gérants d’actifs et la compensation des produits dérivés”, *Bulletin Joly Bourse*, Mars 2011, pp. 164-165.

D) Quien gestiona el sistema asignando los créditos de los partícipes o clientes que desean compensar sus deudas y créditos, está sujeto a responsabilidad por el desempeño de sus funciones; sin embargo, el gestor no asegura riesgos de crédito de las partes como un ente de contrapartida, sino solo que las deudas y créditos compensados son legítimos y veraces conforme a las declaraciones de las partes (con independencia de su grado de solvencia), por un lado, y por otro, que se ejecuta puntualmente la compensación según los reglamentos internos del gestor, certificándose el resultado final del neteo.

En síntesis, en los nuevos sistemas extrabancarios de compensación multilateral la finalidad económica de la compensación no es lograr la ejecución contractual, asignando de forma simplificada los recursos correspondientes a una pluralidad de contratantes en la negociación de activos, productos o instrumentos financieros; sino, sencillamente, eliminar el máximo posible de deuda preexistente de cada empresa adherida o cliente del sistema, mejorando su liquidez y abreviando su balance.

3. PRINCIPALES CUESTIONES JURÍDICAS QUE PLANTEA LA ATIPICIDAD DE LA FIGURA, *LEGE DATA ET FERENDA*

3.1. Eficacia y oponibilidad de la compensación multilateral parabancaria

No existe consenso sobre la eficacia que los pactos privados¹⁶ de compensación pueden alcanzar frente a terceros, pese a la libertad de convenio y la exigibilidad de los pactos inter partes ex art. 1091 CC; tampoco hay acuerdo en la doctrina sobre el fundamento de su eventual oponibilidad a terceros¹⁷.

Debe tenerse presente que, en el caso de los acuerdos de neteo extrabancaria, la compensación no se produce por el hecho de la conexión de los créditos incluidos en cuenta o transferidos como remesas, cual sucede en el caso de las cuentas bancarias o en el de otras cuentas corrientes del sistema financiero. Antes bien, en el caso de la compensación de deudas de empresas o comerciales por virtud de estos sistemas innovadores, sucede que:

A) En los casos estudiados, se suscribe un contrato específico de compensación, de modalidad convenida o convencional entre todos los clientes o participantes en el sistema¹⁸, plenamente eficaz y vinculante ex 1091 CC, y cierto carácter asociativo.

¹⁶ OTC u *over the counter*, en argot del mercado financiero.

¹⁷ Esa conclusión alcanzan LOBATO DE BLAS, J. y MADRAZO LEAL, J., "Aproximación al régimen concursal de la compensación en el contrato de cuenta corriente bancaria desde la perspectiva del régimen conflictual comunitario de la compensación en el concurso", en *Estudios de derecho español y europeo. Libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, Santander, 468; cf. GARCIA-PITA y LASTRES, J. L., "Las remesas en la cuenta corriente y su dimensión probatoria: entre el instrumento contable y el contrato bancario", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 36 (1989), 851-858.

¹⁸ En caso de que la cámara o sistema disponga que ingresen los créditos en una cuenta (aunque por razones de reducción del riesgo no se están configurando así en la práctica), nacería además del pacto de

Y a su turno, todos ellos individualmente contratan con el ente gestor del sistema un mandato de compensación, cuya naturaleza es explicable como comisión mercantil pero también como arrendamiento de servicios, por virtud del cual el ente gestor maximiza la compensación posible de deudas del cliente introducidas en el sistema, y a cambio percibe comisiones por prestar sus servicios de control y asignación de créditos y cálculo y determinación de deudas netas. Los participantes (empresas, autónomos, profesionales) no pueden conforme, al condicionado general previsto, introducir créditos o deudas en el sistema si se hallan en situación concursal, a fin de minimizar, entre otros, el riesgo colectivo de ineficacia o retroacción posterior de la compensación. La función del contrato entre cámara o gestor y su cliente es minimizar el activo y pasivo circulante crediticio de este (cuentas a cobrar y a pagar a corto plazo), por lo que se debe introducir en el sistema tanto crédito como deuda, de modo que cada uno *pague con lo que le deben*, aunque el importe introducido de crédito o deuda total no sea coincidente. De hecho, el que no lo sea, al introducirse cantidades totales superiores a las que resultarían de nivelar el crédito y la deuda por el mínimo común de que dispone cada cliente en su balance, es beneficioso para todos, pues permite maximizar las oportunidades o probabilidades de compensación cuando se aplica, en cada sesión de compensación, el algoritmo matemático del gestor o compensador sistémico.

- B) En los supuestos en que esté prevista por el sistema la compensación directa en sesión específica, como resultado de las operaciones de neteo ejecutadas en la misma según el modelo algorítmico introducido por el ente gestor. Hasta entonces no se ha producido compensación alguna, y los créditos declarados aptos para compensar y comunicados al sistema conservan su sustantividad y régimen previo. De hecho, en algunos de estos sistemas está prevista expresamente en las condiciones generales¹⁹ de los mandatos de compensación el neteo de créditos y deudas con vencimiento futuro, vale decir, posterior a la fecha en que se puedan compensar en una sesión sistémica. Esta condición operativa equivale jurídicamente a un pacto –y, en su caso, a la redacción de una cláusula- de vencimiento anticipado de los créditos y deudas introducidos en el sistema, a fin de maximizar las probabilidades de cerrar círculos, cadenas o grafos de compensación cruzada entre clientes. De este modo, los participantes en el sistema, y al solo efecto de su compensación multilateral, novan las deudas y créditos introducidos haciéndolos líquidos y vencidos para que opere la compensación convencional; de no cruzarse o eliminarse en la sesión o sesiones correspondientes, cada crédito conserva sus previas características (intereses, vencimiento y estructura de riesgos). Es fundamental para la operatividad del sistema que el vencimiento, el riesgo

compensación un *pacto de unidad de cuenta*, que a veces se entiende como variante de *netting* (así, LOBATO Y MADRAZO, *ibid.*).

¹⁹ Para las que rige la Ley 7/1998, de 13 de abril, cuyo artículo 10.2 determina expresamente que en caso de invalidez, ilegalidad o inaplicabilidad judicialmente proclamada de cualesquiera condiciones generales entregadas a las partes, el resto seguirán siendo válidas; por lo que la revocación judicial de una operación de compensación del sistema no invalida el resto de compensaciones ajenas a la causa de revocación, especialmente cuando esa causa sea la nulidad de alguna de las condiciones generales

crediticio u otras características de los heterogéneos créditos que se introducen (provenientes de operaciones comerciales, negocios antecedentes o incluso, si se hubiese pactado, obligaciones extracontractuales o legales de muy diversa índole) no sea óbice para que opere la compensación convenida; todos los participantes asumen la homogeneización o estandarización convenida de los créditos al solo efecto compensatorio que causa la relación de mandato dado al gestor del sistema. Obviamente unos partícipes o clientes ganarán liquidez, intereses o descuento en términos relativos, pero todos asumen equitativamente las consecuencias globales o sistémicas de esa homogeneización, de suerte que, una vez desaparecidas o extintas las deudas compensadas, ya es irrelevante su vida jurídica precedente, en la medida en que tanto los crédito como las deudas eliminadas de cada uno están ya fuera de su patrimonio, así simplificado, y cuyo riesgo crediticio se atenúa en todos los casos.

Conforme a la *teoría de la expectativa de compensación* bastaría el mero propósito y orientación voluntaria de los participantes hacia la compensación, manifestada en la inclusión de créditos en el sistema, para que las partes invocaran su efecto extintivo en garantía del pago recíproco diferencial (siguiendo la lógica de la compensación como garantía²⁰) en caso de simple admisión de los créditos a compensar en el sistema, de modo que ya antes de la sesión los créditos elegibles incluidos se tendrían por compensables e incluso efectivamente compensados *retroactivamente* en una sesión posterior a la declaración concursal. La misma solución excepcional propone la teoría de la compensación por conexidad de créditos nacidos *ex eadem causa o créances connexes*²¹. Sin embargo, aunque no parece dudosa la conexión subjetiva de las deudas y la voluntad multilateral de compensar, como tampoco la concurrencia de una expectativa plural y compartida de compensación, lo cierto es que los créditos provienen de diferentes títulos en origen, por lo que su adjunción al sistema consentida por todas las partes, unida a su posterior eliminación o reducción aritmético-algorítmica en la sesión de compensación correspondiente, no puede considerarse una simple práctica de liquidación o cálculo de saldo debido, sino ya una verdadera extinción de créditos con autonomía y sustantividad propia previa²².

No obstante y admitiendo esto así por y entre todos los partícipes, deben considerarse extinguidos los créditos con carácter irrevocable e irreversible, *erga omnes*, si el sistema garantiza que no se perjudican los derechos de terceros. Para que esto suceda, como mínimo, deben darse en el sistema las cautelas necesarias para hacer efectivas, entre otras concretas, las siguientes garantías jurídicas:

A) Apariencia suficiente de veracidad, subsistencia e inembargabilidad de los activos incluidos por las partes para su neteo en una o más sesiones de compensación.

²⁰ Cf. BERMEJO, (2004): “Comentario del artículo 58”, en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: *Comentario de la Ley Concursal*. I. Madrid. Thomson Civitas, 1088; ROJO AJURIA, L., *La compensación como garantía*. Civitas, Madrid, 1992, pp. 22-47.

²¹ Cf. art. 1622-7 del *Code de Commerce* francés; y *vide* TOMILLO URBINA, J.I., *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 120-126.

²² Conforme TRUJILLO DÍEZ, I.J., “Comentario del artículo 58”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley Concursal*, I. Tecnos, Madrid, 2004, pp. 78 y ss.

Desde que un participante incluye un crédito o una deuda para compensar, lo debe hacer con aquiescencia de su deudor o acreedor, respectivamente; solo así todas las contrapartes posibles pueden confiar en la *veritas nomini* del crédito (al margen de su *bonitas*, dependiente del deudor y no del acreedor²³). Por esa razón, cada contratante debe retirar del sistema un crédito si tuviese conocimiento de que ha sido embargado o trabado. En este sentido, la posición jurídica del ente compensador es mucho más autónoma que la de un mandatario²⁴, no asumiendo responsabilidad en caso de desconocer esta circunstancia; si se compensa el crédito en el sistema, *bona fide*, la compensación extingue el crédito como si se hubiera cobrado en efectivo del deudor original. Al menos, esta solución debe mantenerse si se pretende dotar de efectividad al sistema, con lo que la tesis de la oponibilidad *erga omnes* de la compensación intrasistémica debe mantenerse. Acaso sea eficiente, sin embargo, promulgar una norma protectora de los participantes en el sistema análoga a las que rigen en materia de protección de las liquidaciones y compensaciones en mercados de instrumentos financieros.

- B) Documentación de la compensación practicada que dé seguridad jurídica a la transacción y permita a terceros, debida (y urgentemente) trasladada a la contabilidad de cada participante su nueva situación patrimonial, conocer el nuevo estado de los créditos y deudas. Puede tratarse de cartas de liquidación, certificados de compensación u otros documentos²⁵ que reflejen el crédito diferencial liquidado (o deuda diferencial neta, en su caso) de que es titular cada participante después de cada sesión de compensación. Estos documentos deben indicar qué créditos o deudas se han minorado, por qué importe, y cuál es el valor diferencial neto

²³ Cabría pensar en connivencia entre deudor y acreedor para introducir un crédito falso o inexistente, o de baja solvencia, con ánimo de fraude concursal. Sobre esto volveremos adelante. Desde el punto de vista de la garantía de los demás participantes o posibles contrapartes de compensación, sin embargo, basta la aquiescencia de las partes del crédito introducido para que la compensación sea admisible en el sistema, pues en su seno de lo que se trata es de reducir deuda real o existente, veraz, al margen de la calidad crediticia, que puede ser heterogénea entre distintos créditos. De hecho, todos los clientes de la cámara o sistema preferirán introducir deudas o pasivo de difícil atención por problemas propios de liquidez, a cambio beneficiándose de eliminar del activo créditos o clientes de dudoso cobro, simplificando el balance y reduciendo costes de litigiosidad y comisiones asociadas a negocios de gestión de cobro complejos como el factoring. No hay incentivo para el fraude intrasistémico, pues “si las dos partes confirmaran una factura falsa, solo se compensaría si su deudor la paga con un crédito a su favor cuyo deudor debe haber confirmado previamente. En definitiva, el sistema, al obligar siempre a confirmar las dos partes, consigue evitar dicha situación” (cf. www.nettit.com, *sub* “Preguntas frecuentes”).

²⁴ Conforme, TUNIS, X., *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, Presses Universitaires de Namur (1997), 101-102; y doctrina allí citada.

²⁵ En el caso del sistema de NETTIT, el documento se denomina, un tanto impropriamente, “carta de pago”, que en realidad es un documento que reconoce la compensación. Se dice en la webpage del sistema que en dicha “carta” lo que reconoce el acreedor es “haber recibido la totalidad o parte de la cantidad debida del deudor”; sin embargo, como hemos explicado, no hay flujos de efectivo cruzados en el sistema, y por tanto lo que en realidad declara el interesado es “la satisfacción total o parcial de la deuda en el importe resultante del proceso de compensación producida por el Acuerdo Multilateral de Compensación de Créditos y operado por NETTIT”. Dicha “carta” sirve también como “Certificado de Deuda Remanente” (*recte*, crédito diferencial, como hemos explicado en otros trabajos -2013, “El contrato de instrumentos derivados, 79-82), menor que la original en valor, y de valor nulo si la compensación es plena o total. El sistema emite el documento “conforme a las Condiciones Generales como prueba de pago (total o parcial) a los efectos del artículo 217, 3º de la Ley Enjuiciamiento Civil” (*sic*, www.nettit.com, *ibidem*).

resultante, subsistente o remanente, el cual podría ser a su vez objeto de compensación en sucesivas sesiones con diferentes contrapartes si el participante lo mantiene en el sistema (en todo caso, cada cliente de la cámara decide si mantener o retirar los créditos del mismo, y en qué momentos o sesiones del sistema compensar, pudiéndose corregir o modificar errores o datos de las órdenes de compensación en todo momento²⁶).

- C) Seguridad jurídica en la protección de los datos, tanto respecto de la identidad de los adheridos, como de sus créditos o deudas, de modo que los datos aportados al sistema solo puedan quedar disponibles por los deudores y acreedores que contratan con el sistema, y no por los restantes participantes (principio de impersonalidad en la compensación, análogo al que rige en la contratación bursátil). Al efecto se deben emplear las correspondientes claves y códigos telemáticos de autorización o autenticación²⁷.
- D) Reciprocidad e intensidad en la confianza contractual entre la cámara o ente gestor y los adheridos o participantes, manifestada en el clausulado de condiciones generales que estos han de suscribir para participar en las operaciones de compensación. De modo que el cliente adherido contrae singulares deberes de comunicación oportuna de información relevante sobre los créditos insertos en el sistema, y el gestor también ha de comunicar al cliente con prontitud todos los datos relativos a las compensaciones operadas, y expedir con diligencia las certificaciones de diferencias no compensadas, saldos remanentes o créditos por diferencias que subsistan después de cada sesión (cf. art. 260 C Com).

Sin perjuicio de lo anterior, puede afirmarse que el régimen proyectado del CM, pese a no recoger las operaciones extrabancarias, puede en sí mismo constituir un cauce de partida para una regulación futura de los sistemas de compensación multilateral de deudas privadas, al margen de las reglas comunes de supervisión financiera. Y además, el régimen combinado del CM relativo a operaciones auxiliares (cuenta corriente y acuerdos multilaterales) servirá, una vez aprobado, para su aplicación supletoria, subsidiaria o residual, a las cuestiones planteadas en caso de mala praxis o defectuoso

²⁶ En los sistemas conocidos hasta el momento, como se advirtió, no hay cuentas corrientes con remesas ni registro de anotaciones o de créditos, con lo que no hay liquidaciones o compensación fuera de los momentos en los que dure la sesión algorítmica, normalmente unas horas, en todo caso dentro de un día señalado. En el caso de NETTIT, “si se introduce una operación con datos erróneos el emisor la puede corregir, incluso, es posible eliminar la operación del sistema en el caso de introducir por error una operación que no se desea compensar” (*ibid*).

²⁷ En la jerga especializada del Banco Central Europeo, “authentication” es un mecanismo para verificar la identidad del participante -generalmente operante por aplicaciones informáticas- y su capacidad para desempeñar actuaciones o tareas específicas en el sistema (cf. EUROPEAN CENTRAL BANK, *loc. cit.*). Distinta es la llamada “authorisation” o aquiescencia dada por un participante al sistema para que reciba por su cuenta valores o instrumentos financieros; en este sentido, en los sistemas de compensación extrabancaria no hay “autorización” para esa transferencia de efectivo o valores, sino únicamente permiso para que el sistema, por sus propios mecanismos (propios o con intervención, en su caso, de intermediarios o pagadores), compense las transacciones y determine el valor de la deuda diferencial neta debida por cada uno. Tampoco funciona el gestor compensador, como se ha advertido, a modo de *central counterparty* responsable del cumplimiento contractual; ni a modo de *central securities depository*, ya que en estos sistemas, según ya se ha advertido, no hay trasiego de valores o instrumentos financieros, y tampoco de efectivo.

funcionamiento del sistema, más allá de las soluciones del derecho común en materia de extinción de obligaciones y régimen de los contratos concernidos (comisión, arrendamiento de servicios, entre otros).

3.2. Cuestiones relativas al llamado pago indirecto o cierre de círculos de compensación

Cuando los sistemas de compensación extrabancaria no logran maximizar, por falta de suficientes relaciones recíprocas multilaterales, cadenas de compensación suficientes para satisfacer la demanda de neteos por cuenta de los clientes –y del propio sistema, que subsiste gracias a las comisiones de servicio de compensación o ejecución del mandato de compensación que abonan-, resulta eficiente que esas cadenas se puedan cerrar, incluso, por fuera del sistema, recurriéndose en estos supuestos, que cabría de denominar gráficamente de *eslabón abierto o herradura*, a la mediación de un tercero pagador que cierre el círculo, enganchando el eslabón abierto, y permita así la compensación multilateral en bloque²⁸.

El sistema de compensación puede prestar el servicio de intermediación entre los clientes que se hallan en las puntas del eslabón abierto, de modo que encuentre a una persona, por lo general una entidad financiera, con capacidad para solventar el compromiso deudor con quien resulte cliente acreedor del posible cierre pretendido, y para, a su vez, gestionar eficazmente el cobro del cliente deudor en ese cierre. A tal efecto es preciso que el gestor del sistema cierre acuerdos específicos previos con intermediarios financieros, instituciones u otras empresas con capacidad de lograr que un número significativo de eslabones o círculos de deuda no cerrados puedan compensar sus deudas, de modo tal que, excepto los clientes que se hallen en las puntas del eslabón abierto (que se cierra mediante un acuerdo de pago extrasistémico, intervenido por el mediador, que hará cobros y pagos en las cuentas de estos clientes terminales), los demás las compensen al modo habitual del sistema²⁹.

Por lo demás, la interposición de la entidad pagadora por cuenta del sistema, desde la óptica de la calificación civil de las operaciones de enlace o enganche de créditos que realiza en los extremos del eslabón, puede calificarse como constitución o creación de dos relaciones crediticias independientes, a saber:

- a) Asunción convencional de deuda nueva, por parte del intermediario pagador, y respecto al acreedor cliente adherido al sistema que habría quedado en principio (de no darse el pago indirecto) desvinculado, en un extremo de la cadena de compensación (en realidad, *herradura abierta*).
- b) respecto al deudor y cliente del sistema que quedó desvinculado a priori en dicho círculo abierto que ahora cierra el pago indirecto, se produce la recepción, por el propio mediador, de un crédito o activo nuevo que podrá ejecutar sobre él, y que alcanza el mismo importe de la deuda nueva antes referida en a).

²⁸ V. atrás (2) el ejemplo de esta situación ya descrita.

²⁹ V. www.nettit.com, *loc. cit.*

No hay subrogación *stricte* en ninguno de los supuestos a) o b), a la postre, en la medida en que, producida la compensación, el intermediario no se sustituye en la posición jurídica de ningún participante en el acuerdo de compensación multilateral (cf. arts. 1210 y 1212 CC). Solo brinda su mediación para pagar al acreedor que quedó sin compensar en el círculo propuesto por el algoritmo, y para pagar al deudor que se encuentra en idéntica situación. Ambos créditos, que los participantes afectados deben reconocer como vencidos y exigibles inmediatamente, se liquidan al margen del sistema de compensación, complementándolo, y produciendo para ellos los efectos del 1158 CC, y también para los demás clientes del sistema cuyo crédito ahora puede compensarse gracias a la mediación del *pagador indirecto*, con el efecto de nacer los correspondientes créditos por diferencia neta entre todos los clientes que pertenecen al círculo de compensación, ahora cerrado al margen del sistema gracias a ese pago interpuesto.

3.3. Algunos aspectos concursales del neteo convencional extrabancario

3.3.1. La aplicabilidad del artículo 58 LC: invocación frente a la masa activa de la compensación convencional

En el caso de las cuentas corrientes bancarias, la compensación progresiva y periódica de los créditos que se saldan en el seno de la cuenta determina que, a la fecha del auto de la declaración de concurso aparezca un saldo único representativo de un crédito por diferencias exigible por cuenta. Sin embargo, en el caso de la compensación multilateral extrabancaria de créditos por sistemas o mecanismos algorítmicos, la compensación no se hace de forma progresiva y acumulativa, sino de manera puntual y determinada, en las fechas de liquidación previstas como *sesiones de compensación*. En dicha sesión se genera, conforme a las posibilidades de asignación de créditos que optimiza el programa informático introducido por el ente gestor del sistema, un saldo o conjunto de saldos exigibles por quienes resulten acreedores netos según el sistema. La compensación y consiguiente extinción de los créditos multilaterales introducidos por quienes participan en el sistema tiene efecto en la fecha inmediatamente posterior al momento de terminar la sesión de compensación, fecha en la cual, cada saldo neto compensado en la sesión constituye el importe de la correspondiente deuda diferencial neta generada.

En esa misma fecha se produce la oponibilidad concursal de la deuda neta procedente de compensación convenida, ex art. 58 LC, si es anterior a la del auto referido, porque los requisitos de compensabilidad (1195 y 1196 CC) se han cumplido también en esa fecha anterior.

Declarado el concurso, en cambio, no procede la compensación de créditos y deudas del concursado, y por eso deben estar excluidos por el propio sistema de la sesión de compensación; si no lo son por desconocer el gestor del sistema la circunstancia del concurso o conocerla después de la sesión, la compensación habida en la sesión no habrá producido efectos respecto a los créditos involucrados en el concurso, sin perjuicio de las responsabilidades respectivas de quienes los han introducido

indebidamente en el sistema, y del propio gestor del sistema en caso en que deba conocer el concurso y no lo haya conocido por culpa grave.

Aplicando a estas operaciones extrabancarias un régimen concursal como el que previó la Propuesta de CM de 2013 para los pactos que aglutinan operaciones financieras múltiples para su neteo o liquidación por compensación (artículo 579-11, suprimido por el Anteproyecto en 2014 como se ha advertido), quedaría inmune y protegido el efecto extintivo de las deudas neteadas o compensadas por el sistema, también a efectos de la inclusión de créditos netos en la masa concursal de uno de los participantes. No en vano, según el primer párrafo del precitado precepto, el vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente de las operaciones financieras realizadas en el marco del acuerdo de compensación contractual o en relación con este tipo de acuerdos (en el caso examinado, en el marco de la sesión de compensación prevista en el acuerdo de adhesión de los participantes al sistema), aun cuando en un momento determinado pueda existir sólo una operación compensable, no queda limitado, restringido o afectado en absoluto por la apertura de un procedimiento concursal; y en todo caso, si ejerciesen acción resolutoria los administradores concursales u otros acreedores del concursado pretendiendo invalidar el efecto del neteo, tal pretensión quedaría frustrada, pues el crédito diferencial está blindado en la medida en que la indemnización prevista en la normativa concursal se calcularía conforme a las reglas previstas en dicho acuerdo de compensación, de un lado; y de otro, si una de las partes del acuerdo de compensación contractual entrara en concurso, se incluiría como crédito o deuda de la parte incurso en dichas situaciones exclusivamente el importe neto de las operaciones financieras amparadas en el acuerdo, calculado conforme a las reglas establecidas en él. Por otra parte, si el acuerdo fuere resuelto con posterioridad al auto de declaración de concurso y se alegara como causa de resolución dicha situación o el incumplimiento del concursado previo a dicha declaración, el importe neto calculado conforme a las reglas del acuerdo de compensación contractual se incluiría igualmente en el concurso como crédito concursal (si el incumplimiento fuese post concurso, el neto se pagaría con cargo a la masa activa del concursado, ex 579-11.3 de la Propuesta *in fine*). En todos los casos, como se observa, el blindaje del crédito concursal está garantizado aplicando este régimen concursal especial, no pudiendo revivir los créditos incluidos por las partes en el sistema de conformidad con las reglas contenidas en el acuerdo de neteo multilateral. Pero es que, además, ni las operaciones de neteo ni el propio pacto de compensación multilateral pueden ser impugnados para ejercer una acción concursal de reintegración (cf. 579-11.4), salvo que los administradores concursales pudiesen probar que el concursado, acaso pactando con alguna de las contrapartes en el pacto multilateral en perjuicio de otros acreedores del primero, ha ingresado en el sistema conociendo la inminencia de la quiebra y precisamente con el propósito perjudicar a la masa activa concursal defraudando el crédito de estos; lo que resulta bastante improbable considerando no solo los controles ex ante que establece el gestor del sistema para seleccionar los créditos elegibles o incluibles para compensar, sino sobre todo que no puede haber dádivas o donaciones a un acreedor en perjuicio del resto, en la medida en que ingresar en el sistema supone simultáneamente la disminución potencial de pasivo y

de activo. Los acreedores concursales, de prosperar la reintegración, verían aumentado el activo con el crédito reintegrado, pero también el pasivo por el importe no compensado.

Sin embargo estos blindajes, como se ha avisado antes, solo están diseñados para tutelar la eficacia concursal de una compensación multilateral bancaria o del sistema financiero, a través de cámaras de compensación; y si los participantes son empresarios, deben compensar todas sus deudas y créditos comerciales “ordinarias” (579-4), y no solo las elegidas libremente por los participantes, como es usual en los proyectos de compensación extrabancaria, que además son de base multilateral y no bilateral como se sigue del restrictivo tenor de ese último precepto al regular la inclusión de los créditos de “ambos contratantes” (id est, dos, no más) empresarios.

Debe, en fin, tenerse presente que, aplicando un régimen como el de la Propuesta de 2013 a las operaciones de neteo multilateral (579-5 CM), en caso de concursar uno de los adheridos a un acuerdo de compensación vigente, se aplicarían a la masa las normas concursales sobre vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas; reciprocidad que aquí habría que entender en un sentido multilateral, para extenderla a todos los clientes, partícipes o miembros del acuerdo de neteo, lo que puede presentar problemas de asimetría entre la posición relativa del concursado respecto de diferentes contrapartes. Por otra parte, si el acuerdo fuera resuelto con posterioridad a la declaración del concurso, se aplicarían a todas las normas concursales sobre obligaciones vencidas y pendientes de vencimiento en caso de resolución.

3.3.2. Procedencia de las acciones rescisorias del neteo ex art. 71.1 LC

Dentro del conocido como periodo *sospechoso* –bienio previo al auto declarativo del concurso– podrían ser rescindidos los neteos “perjudiciales” para los acreedores –aun no mediando *intentio doli*–, especialmente si procede aplicar las presunciones de los párrafos 2 y 3 del art. 71 LC, que objetivan la situación de fraude de la masa activa³⁰. Sin embargo, como con pericia se ha subrayado, aplicar *ómnibus* el plazo indicado, sin enjuiciar la voluntad potencialmente fraudulenta de ciertos acreedores o su posible concierto con el deudor, y el momento en que esa voluntad pueda darse en previsión de una insolvencia, resulta inequitativo; en concreto dos años puede ser un periodo de sospecha “desmesurado”³¹ para negocios onerosos de buena fe.

Desde la óptica germánica de la compensación como garantía –y no solo como pago, como parece seguir el sistema español–, el hecho de que un acreedor quiera cobrar vía compensación anticipadamente de un deudor sin liquidez, y al efecto firme un pacto colectivo de compensación tratando de minorar su activo no cobrado, a la par

³⁰ ALCOVER GARAU, G., “Comentario al artículo 71 LC”, en VV.AA., *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR, J. ...[et al.] (dirs.), Dykinson. Madrid 2004, 770.

³¹ CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, p. 313, entiende válidas y eficaces las garantías como *el ius distrahendi* preconvenido o constituido antes de la situación de insolvencia, aunque se ejerza el derecho de venta dentro ya del periodo bianual. Análogo razonar cabe en una situación de compensación convenida como la examinada, que sigue la lógica creadora de una garantía colectiva de pago (escruta esa lógica ROJO AJURIA, cap primero *passim*).

que su pasivo exigible, no constituye fraude –como lo sería según la óptica postconcurzal de la compensación como pago del art. 1196 CC-, sino, antes bien, una acción lícita, eficiente y estimuladora de la circulación de la riqueza³².

³² Sintetiza el problema, recogiendo la opinión de BERMEJO favorable a una concepción preconcurzal y dinámica o “germanista” de la compensación convenida, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Artículo 58. Prohibición de compensación”, en *Comentarios a la legislación concursal*, SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Lex Nova, Madrid 2004, 1078-1098, 1087.

LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL

EMILIO JESÚS LÁZARO SÁNCHEZ*

Resumen

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil planea regular los contratos publicitarios entre los *contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales*. El régimen legal proyectado transpone gran parte del contenido normativo de la vigente Ley General de Publicidad con algunas alteraciones significativas, prescinde de *disposiciones generales* de la contratación publicitaria e introduce nuevos tipos contractuales, el *reclamo* y la *permuta publicitarios*.

Contenido

1. Índice esquemático de la Reforma. – 2. Del enclave sistemático de los contratos publicitarios. – 3. De la omisión de unas disposiciones generales. – 3.1. Ámbito objetivo de aplicación. – 3.2. Integración legal del régimen de los contratos publicitarios. – 3.3. Sujetos de la contratación publicitaria. – 3.4. Deberes de deslinde e identificación de la publicidad. – 3.5. Derecho del anunciante al control de la ejecución publicitaria. – 3.6. Cláusulas contractuales nulas o neutras. – 4. De algunas omisiones y otros añadidos. – 4.1. Contratos de publicidad y de creación publicitaria. – 4.2. Contrato de patrocinio. – 4.3. Incumplimiento contractual. – 5. De los nuevos tipos contractuales: reclamo y permuta publicitarios. – 6. Conclusión.

1. ÍNDICE ESQUEMÁTICO DE LA REFORMA

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil se propone regular los contratos publicitarios en su Libro V. Dedicado a los *contratos mercantiles en particular*, los *publicitarios* se incardinan (Capítulo III) entre los *contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales* (Título III).

En sus secciones primera a cuarta el texto transpone con fuerte carga literal el articulado de la vigente LGP por medio del cual se catalogan, definen y rigen los tradicionales contratos publicitarios en particular. Lo hace con alguna alteración puntual no poco significativa, aunque prescinde de las *Disposiciones generales* que inauguran el Capítulo I del Título III (*De la contratación publicitaria*) de la LGP.

* Catedrático Acreditado de Derecho Mercantil. Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Murcia.

Este trabajo se ha realizado en el marco del II PCTRM 2007-10. Proyecto 08774/PHCS/08. Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia.

Novedosamente se incorporan nuevos tipos contractuales, supuestamente publicitarios, tales como el *contrato de reclamo publicitario* —*merchandising*— (Sección 5ª) y la *permuta publicitaria* —*bartering*— (Sección 6ª)¹.

2. DEL ENCLAVE SISTEMÁTICO DE LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS.

La naturaleza jurídica de la mayor parte de los hasta ahora catalogados como contratos publicitarios se ha reconducido por la doctrina mayoritaria a la propia del arrendamiento de obra o de servicios. Sin duda, los más tradicionales y representativos contratos publicitarios tienen encaje en el esquema contractual de estos arrendamientos *ex art.* 1544 Cc.²

La Exposición de Motivos del Anteproyecto, prescindiendo del término *arrendamiento*, justifica la autonomía tipológica del *contrato de obra por empresa* en la distinta naturaleza de su objeto —logro de un concreto resultado— respecto del propio del contrato de prestación de servicios —simple «hacer» o actividad considerada en sí misma— (EM VI-55). A través de este, no obstante, puede también pretenderse la obtención de un resultado que, sin embargo, no constituye el objeto directo del contrato, determinando la *ausencia de la obligación específica de ejecución y entrega o terminación que está presente en el contrato de obra* (EM VI-56)³.

Se formula igualmente un concepto de contrato de obra por empresa que abarca la consecución de cualquier resultado convenido por las partes, “material” o “inmaterial” (puramente intelectual) (EM VI-59). En esta consideración, se afirma que *lo relevante no es la materialidad o inmaterialidad de la obra o resultado, sino la naturaleza de los derechos que puedan derivarse de la obra y la efectiva atribución de estos derechos al comitente de ella* (EM VI-59).

El Anteproyecto sitúa el núcleo conceptual del contrato de prestación de servicios mercantiles en el compromiso asumido por el prestador, a cambio de contraprestación dineraria, de realizar una determinada actividad destinada a satisfacer

¹ El límite espacial editorialmente impuesto no permite tratar con excesivo detalle la proyectada regulación de los clásicos contratos publicitarios y, sobre todo, analizar exhaustivamente la de los nuevos contratos que, junto con el patrocinio, merecerían un respectivo estudio monográfico. Sirva esta aclaración para dejar sentado que este capítulo no pretende ser más que una aproximación al régimen de los *contratos publicitarios* según el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. Por esta misma razón se deja citada como bibliografía relativa a la contratación publicitaria y a los —hasta ahora— tipificados contratos publicitarios la contenida en VV.AA., *Los contratos publicitarios*, LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., coord., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 304-313, así como los trabajos de la propia obra. Posteriormente a su edición, VEGA VEGA, J.A., “La contratación publicitaria: normas generales”, en VV.AA., *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, GARCÍA-CRUCES, J.A. (dir.), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1982-2039; MARCO ALCALÁ, L.A., “La contratación publicitaria (I): los contratos de publicidad y de difusión publicitaria” y “La contratación publicitaria (II): los contratos de creación publicitaria y de patrocinio”, en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, *op. cit.* pp. 2041-2167 y 2169-2324, respectivamente.

² VID. por todos, GARCÍA PÉREZ, C., “Régimen general de la contratación publicitaria” en *Los contratos publicitarios*, *op. cit.*, pp. 21-85, especialmente pp. 82-85.

³ Cf. SAP Madrid (Sec. 14ª) 30 junio 2007 (JUR\2007\9144), con citas de las sentencias del Tribunal Supremo 4 febrero de 1950, 10 Junio 1975, 3 noviembre 1983, 13 marzo 1997 y 19 Enero 2005.

necesidades del ordenante, obligándose a organizar los medios adecuados a tal efecto, pero no a obtener un resultado (art. Art. 531-1.1 y EM VI-71).

Sea de obra por empresa, sea de prestación de servicios mercantiles, el carácter mercantil del contrato le viene dado por la incorporación en las respectivas definiciones legales de un propio y específico elemento configurador: el hecho de ser asumida la obligación por el contratista (art. 521-1.1) o el prestador de los servicios (art. 531.1) en su condición de empresarios⁴ o demás sujetos referidos en el art. 001- 2⁵.

Sorprende que la categoría de los contratos publicitarios haya sido incardinada en el capítulo III, Título III del Libro V del Anteproyecto —*Contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales*— no sólo por la heterogénea naturaleza de los catalogados dentro de ella, sino también por la falta de acompañamiento, en algún caso, de la cesión de derechos de explotación sobre bienes inmateriales (v. gr. contrato de difusión, de patrocinio).

Mediante el contrato de creación publicitaria, la parte creativa se compromete a «idear y *elaborar*»⁶ cualquier elemento publicitario (art. 533-8); por el de difusión, el medio lo hace «a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para *lograr el resultado publicitario*» (art. 533-5)⁷. El común denominador del objeto de tales contratos es,

⁴ Se consideran tales las personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de esas actividades y las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto [art. 001-2.1.a)].

⁵ Entre estos se encuentran las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado, así como las personas jurídicas que, con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades. El Consejo de Estado en su Dictamen (837/2014, de 29 de enero de 2015) sobre el Anteproyecto ha censurado seriamente que se erija la figura del *operador de mercado* en categoría general y abstracta determinante del ámbito de aplicación del proyectado Código Mercantil y de atracción hacia sí de las relaciones contractuales en que intervenga, aun pudiendo no estar sometido a la disciplina propia del empresario.

⁶ La sucesión copulativa de ambos infinitivos explicita que el resultado comprometido consiste en la transformación material de las ideas, productora de algo hasta entonces inexistente (*vid.* SJPI Cantabria, núm. 1, 16 abril 2001 [JUR 2001\157554]). El ‘elemento publicitario’ *elaborado* constituye la ‘obra’ que ha de ser entregada al ordenante, apropiándose este de ella al devenir cesionario de los derechos de explotación *para los fines contractuales*. La omisión en la LGP de la remisión expresa que hacía el art. 41 del derogado Estatuto de la Publicidad de 1964 a lo dispuesto en los arts. 1588 y concordantes del Cc no permite dudar de que el tipo contractual de base es el arrendamiento de obra. Tal omisión se justifica por la genérica remisión al Derecho Común introducida por el art. 7 LGP —inexistente en ese Estatuto—, sin que sea interpretable en el sentido de reconocer al contrato una naturaleza ambivalente, arrendamiento de obra o de servicios, dada la continuidad del fin empírico perseguido por las partes —un *resultado*, la “creación publicitaria”—. En este sentido, GALÁN CORONA, E., “El Derecho de Autor y la Publicidad”, *I Congreso Iberoamericano de propiedad Intelectual*, t. II, Ministerio de Cultura (ed.), Madrid, 1991, pp. 1047-1059, esp. p. 1056; PÉREZ DE LA CRUZ, A., “Contratos publicitarios, contratos de difusión de obras de ingenio y contratos de ingeniería”, en VV.AA., *Curso de Derecho mercantil*, URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. (dirs.), t. II, Civitas, Madrid, 2001, pp. 251-273, esp. p. 256; CUESTA, J. M. de la, *Curso de Derecho de la Publicidad*, Eunsa, Pamplona, 2002, p. 310; EVANGELIO LLORCA, R., *El encargo de obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 207-218; MARCO ALCALÁ, L.A., “La contratación publicitaria (II)...”, *op. cit.* p. 2177.

⁷ El logro de este resultado comunicativo como prestación esencial del contrato ha llevado a la doctrina, generalizadamente, a destacar la proximidad del contrato de difusión con el arrendamiento o contrato de

pues, el logro del *resultado publicitario* —creación y difusión— pretendido por el ordenante/comitente; resultado al que se obliga el contratista en ejercicio de la actividad empresarial o profesional, exclusiva o no, que realiza en el mercado.

La certeza de la obligación del contratista —agencia/creativo/medio— de proporcionar el respectivo resultado publicitario —creación y difusión— no requiere pacto expreso, ni la apreciación de concretos extremos contractuales (art. 415-2 Anteproyecto), dado que su logro es definitorio del tipo contractual. De ese modo, los de creación y difusión se revelan como contratos de obra publicitaria por empresa a través de los cuales se persigue un resultado publicitario, la creación o difusión de la publicidad (cf. art. 521-1.2 Anteproyecto).

La cuestión se plantea menos clara en relación con el *contrato de publicidad*, dada la heterogeneidad de prestaciones que pueden conformar la obligación típica del profesional de la publicidad y su forma de actuar el interés del anunciante⁸. A través de este contrato —tal y como viene esencialmente descrito (art. 13 LGP) y se proyecta (art. 533-1)— la agencia se obliga a la «*ejecución de publicidad y [a] la creación, preparación o programación de la misma*» (art. 533-1). El empleo de la conjunción copulativa revela la necesaria asunción por la agencia de dos mínimas prestaciones, una fija —*ejecución de la publicidad*— y otra variable —*creación, preparación o programación de publicidad*—⁹.

La primera resulta exponente de la obligación asumida por la agencia, a cambio de contraprestación, de gestionar la ejecución publicitaria por cuenta del anunciante, hágalo en nombre propio o de éste; la segunda, de la igualmente retribuida de

obra, con base precisamente en el art. 17 LGP (transcrito en el art. 533-5 del Anteproyecto). Así, entre otros, CUESTA, J.M. de la, *Curso ...*, op. cit., pp. 291-292; VELA GARCÍA, C., CURTO POLO, M., “Contratos de publicidad y marketing”, en AA.VV., *Contratos mercantiles*, BERCOVITZ, A. y CALZADA CONCE, M.A. (dirs.), 4ª edición, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, pp. 537-623, esp. p. 599; VERDÚ CAÑETE, M.J., “Contrato de difusión publicitaria”, en *Los contratos publicitarios*, op. cit., pp. 235-259, esp. pp. 236-239; MARCO ALCALÁ, L.A., “La contratación publicitaria (I)...”, op. cit., p. 2125.

⁸ Sobre su controvertida naturaleza jurídica *vid.*, por más reciente, MARCO ALCALÁ, L.A., “La contratación publicitaria (I)...”, op. cit. pp. 2047-56 y doctrina citada. De interés, por su conexión y referencia al tipo social de este contrato, reflejado en el contrato-modelo elaborado por la Asociación Española de Agencias de Publicidad, *vid.* IRÁKULIS ARREGUI, N., “Aproximación al contrato de publicidad. (A propósito del contrato-tipo elaborado por la Asociación Española de Agencias de Publicidad de 1 de abril de 2001)”, *Derecho de los Negocios*, núm. 140, 2002, pp. 15-40.

⁹ Siguiendo la pauta literal del art. 13 LGP, la *ejecución* de la publicidad representa la mínima prestación esencial de este contrato que habrá de acompañarse de otras propias de la actividad publicitaria (crear, preparar o programar la publicidad). Desde esta perspectiva básica de su descripción legal, por el contrato de publicidad ‘típico’ la agencia se obliga a sendas prestaciones cumulativas, instrumentar la publicidad —en alguna fase de las iniciales o intermedias del proceso publicitario— y ejecutarla —en la última—. Según SAP Cádiz (Sec. 1ª), 22 noviembre 2000 (PROV 2001/51913), «la definición legal del contrato de publicidad ... coloca indudablemente el acento sobre la *ejecución* de publicidad como contenido necesario y nuclear del contrato, bien que su objeto —dada la fórmula literal empleada en la norma— se extenderá además preceptivamente a todas o alguna de las actividades de creación, preparación o programación enunciadas, de modo que puede decirse que en virtud del contrato analizado el compromiso de la agencia se desenvuelve en una doble secuencia, cuya primera fase, precursora de la comunicación del mensaje publicitario y de contenido variable, consistirá en idear, preparar o programar la publicidad encomendada, comprendiendo al menos una de tales obligaciones, decantándose la segunda en un *deber de resultado* cual es el de ejecutar o realizar el acto o la serie de actos publicitarios confiados por el anunciante».

Por muy flexible y acumulativo de prestaciones publicitarias que quiera configurarse el *contrato de publicidad*, no cabe duda, pues, que le es innata y mínima la de *ejecutar* la publicidad encargada.

instrumentar la publicidad, preparándola, creándola o programándola. Dicho de otro modo y en orden cronológico inverso, las prestaciones típicas asumidas por la agencia a través del contrato de publicidad se reconducen acumulativamente a planificar las actuaciones precisas para la instrumentación publicitaria (en cualquiera o todas sus fases) y a ejecutar la publicidad, gestionando su materialización y difusión.

Ambas prestaciones han de entenderse comprometidas por la agencia a expensas y bajo las instrucciones del anunciante. Pero, mientras que la *preparación, programación o creación publicitarias* representa una prestación de obrar encomendada y asumida por la agencia como empresario especializado¹⁰, no sustituible por el anunciante¹¹, la *ejecución* de la publicidad¹² consiste en una prestación propiamente gestora de servicios publicitarios que, sin duda, podría celebrar el propio anunciante sin la intermediación de la agencia (v. gr. art. 17 LGP¹³). Mediante esta actuación gestora de la agencia se consume el proceso publicitario, debiendo entenderse exclusivamente referido a ella su actuar siempre ‘por cuenta del anunciante’, hágalo o no en su nombre. La proyectada desaparición del art. 8 LGP, que sustenta este rasgo configurador del contrato, aumenta el riesgo de difuminar y hacer más controvertida su naturaleza jurídica.

Lo hasta aquí escrito en relación con los clásicos contratos publicitarios desaconseja ya su inclusión entre los contratos *de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales*.

Lo mismo podría afirmarse en cuanto a los contratos de patrocinio, de *merchandising* (castellanizado como *reclamo publicitario*) y *bartering* (o permuta publicitaria), según su proyectada ‘tipificación’. Respecto del primero, porque la reformulación de su concepto deja aún más indefinida su naturaleza jurídica (cf. arts. 22.Pf. 2º LGP y art. 533-11 y 533-12 Anteproyecto). Con relación al segundo, porque en su configuración según el art. 533.14 no se atisba rasgo publicitario alguno, ni especialidad que justifique su tratamiento legal autónomo. En cuanto al tercero, porque

¹⁰ En el contenido socialmente típico del contrato de publicidad, esta prestación viene a consistir en realizar una ‘campaña’ publicitaria, la cual supone una concentración de esfuerzos y organización de estrategias proyectadas a su óptima y eficaz comunicación pública. A este resultado sinérgico es al que se obliga la agencia de publicidad a cambio de una contraprestación (arts. 13 LGP y 533-1 Anteproyecto).

¹¹ Cf. STS 14 marzo 1986 (RJ/1986/1252) y SAP Vizcaya, Sec. 4ª, 11 julio 2005 (AC/2005/1806).

¹² Esta ejecución se bifurca en dos direcciones: materializar la publicidad según el proyecto aprobado y difundirla. Según RAE, por “ejecutar” entiéndase “poner por obra” la publicidad contratada, es decir, ‘hacer efectiva’ la publicidad, lo cual es tanto como “materializarla y difundirla”, ya que sólo así se producirá el resultado comunicativo que la publicidad implica (Cf. SANTAELLA, M., *Derecho de la publicidad*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 138, para quien “son idénticas [las funciones] de crear[sic] y ejecutar publicidad”). Si se analiza el debate parlamentario del art. 10 del Proyecto de Ley General de Publicidad y, concretamente el Informe de la Ponencia (BOCG, III Legislatura, serie A, núm. 62-7, de 18 de abril de 1998, p. 65), puede comprobarse la concienciación habida respecto del empleo del término *ejecutar* en su acepción más amplia que la del término *difundir*.

¹³ De forma más concreta, el art. 33.Pº 1º del Estatuto del 64, determinaba que “en el contrato de publicidad se hará constar si la agencia contratará con los medios en su nombre y por cuenta del cliente o en nombre y por cuenta de este”. El común denominador venía dado por un actuar ‘por cuenta’ del cliente en su contratación con los medios, lo hiciera en nombre propio o de aquel. La misma conclusión se desprende de la Resolución de la Dirección General de Tributos, de 20 de octubre de 1986 (BOE 12 de noviembre, núm. 271, p. 37754), de la que claramente se deduce que será contraparte del contrato de difusión con los medios: el *anunciante, la agencia en representación y por cuenta del anunciante* o la *agencia en nombre propio* pero por cuenta del anunciante.

el esquema contractual previsto proyecta una causa mixta (cf. art. 533.17) sobre un común denominador locativo de obra, que no de servicios (art. 533.16, a pesar de su desacertada redacción). Por otro lado, aunque es cierto que en los contratos de reclamo y permuta publicitarios tiene fuerza configuradora la licencia de explotación sobre bienes inmateriales, no lo es menos que estos bienes pueden y suelen ser de los tradicionalmente integrados en la propiedad intelectual —incluso, en los derechos de la personalidad— no pareciendo prudente que su negociación deba incluirse en un Capítulo —V del Título III— que pretende la *reconstrucción sistemática de los distintos elementos normativos ya existentes para las distintas modalidades de propiedad industrial* (EM VI-73)¹⁴.

3. DE LA OMISIÓN DE UNAS DISPOSICIONES GENERALES.

La vigente LGP, en contraste con el Anteproyecto, abre su Título III con un primer capítulo que establece una serie de *disposiciones generales* aplicables a cualquier contrato publicitario.

Declara contundente el art. 7 LGP que lo dispuesto en dicho Título *será de aplicación a todos los contratos publicitarios, aun cuando versen sobre actividades publicitarias no comprendidas en el art. 2*. Luego, salvada la aplicación inmediata y directa de las normas específicas (Título III de la LGP), los contratos publicitarios se regirán por las reglas generales del Derecho Común, sea comercial o no la publicidad objeto de contratación (art. 7 LGP).

Las demás disposiciones generales van referidas a las clásicas definiciones de los sujetos de la contratación —anunciantes, agencias y medios— (art. 8 LGP), al desubicado reducto legal de un otrora principio de autenticidad publicitaria —deber de deslinde publicitario *vs.* informativo impuesto a los medios y de identificación de la publicidad, impuesto al anunciante— (art. 9 LGP), al reconocimiento legal de un indisponible derecho de control del anunciante sobre la ejecución publicitaria (art. 10 LGP), a la proscripción de cláusulas contractuales de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad frente a terceros (art. 11 LGP) y a la determinación legal de la neutralidad de cualquier cláusula garante del rendimiento económico o de los resultados comerciales de la publicidad, o previsor de la exigencia de responsabilidad por esta causa (art. 12 LGP).

La omisión —indudablemente consciente— en el Anteproyecto de estas disposiciones generales ha de interrogar al intérprete acerca de su porqué¹⁵, tratando de indagar si de algún otro modo perviven, total o parcialmente, en el proyectado esquema legal o si, por el contrario, se trata de una erradicación de sus consecuencias normativas.

¹⁴ De esta injerencia de los mercantil sobre «ámbitos que le son ajenos» se ha hecho eco crítico el Dictamen del Consejo de Estado (837/2014, de 29 de enero de 2015) sobre el Anteproyecto .

¹⁵ De forma indiscriminada y global se ha censurado su existencia, invocando su falta de sistematicidad, insuficiencia e inadecuación a los tipos sociales de la contratación publicitaria; su razón de estar en la LGP, se añade, parece encontrarse en un capricho legislativo (VEGA VEGA, J.A., “La contratación publicitaria...”, *op. cit.*, pp. 1986-1987).

3.1. **Ámbito objetivo de aplicación**

La LGP, sabedora de la reducción funcional que en su art. 2 hace del concepto de publicidad, precisa que el régimen legal de la contratación publicitaria —Título III— será de aplicación a todos los contratos publicitarios, aun cuando versen sobre actividades publicitarias no comerciales (art. 7 *in fine*)¹⁶.

La '*forma de comunicación*' que constituye '*publicidad*' a efectos de la LGP, según su art. 2 (Título I), se constriñe teleológicamente a la que representa una actividad de concurrencia en el mercado que, como tal, se regirá por la propia LGP, por la LCD y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias (art. 1 LGP). De ahí que la LGP se integre, junto con la LCD, LDC, LGDCU o LCGC, en el “círculo más externo del marco jurídico regulador de la actividad empresarial o económica en general”¹⁷.

Sin embargo, el Título III de la LGP —*De la contratación publicitaria*— no responde ni tiene por qué responder a la misma delimitación funcional-finalista del art. 2, como bien destaca el art. 7 LGP. La especificidad de los contratos publicitarios que pudiera justificar su particularización legal no deriva de encontrarse en función de la publicidad comercial, sino del hecho de servir a una industria, la publicitaria, y al sector del mercado donde se desarrolla. “Servir a esta industria” significa “estar a propósito” para el desarrollo del tráfico en el mercado publicitario a fin de instrumentar o ejecutar la publicidad (cf. art. 8 LGP), con independencia de cuál sea el carácter y contenido de la información publicitaria (art. 7 *in fine* LGP).

A efectos del régimen jurídico de la contratación publicitaria, la publicidad no interesa por su contenido sino como específica técnica y forma de comunicación persuasiva de mensajes interesados —polivalente en su funcionalidad al servicio de diversos intereses (comerciales, institucionales, políticos, culturales...)— sobre la que se asienta y articula un tráfico organizado empresarialmente que reclama una especialidad, no por los mensajes sobre los que la publicidad pueda articularse, sino por el *modus operandi* del sector publicitario¹⁸.

En ese preciso entendimiento —es pensable— el Anteproyecto escinde de la LGP el Título III (*disposición derogatoria única.3.5º*), incorporando el régimen de los contratos publicitarios a su Libro V (Capítulo III, Título III) con absoluta desconexión

¹⁶ Alguna doctrina ha criticado la bipolarización de la LGP al respecto (*vid.* VEGA VEGA, J.A., “La contratación publicitaria...”, *op. cit.* pp. 1998-2000 y autores citados en n. 24).

¹⁷ Escribe ALONSO ESPINOSA que «el 'espíritu y finalidad' de la norma presente en este art. 2º LGP y en el art. 3º LCD [...] es incluir en su ámbito de aplicación toda suerte de actividad publicitaria realizada por un operador económico en el ejercicio de su actividad [...] siempre que se trate de una actividad de mercado y con fines concurrenciales» (“Nociones jurídicas básicas. Derecho de la Publicidad” en VV.AA., *Derecho de la Publicidad*, LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. (coord.), Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 35-36).

¹⁸ Como escribe GARCÍA PÉREZ, esto no significa que los contratos publicitarios no hayan de integrarse o completar su régimen jurídico, en su caso, con las normas de pertinente aplicación según el tipo de publicidad y la condición o estatuto del anunciante o del medio de difusión (“Artículo 9º”, en VV.AA., *Comentario a la Ley General de Publicidad*, LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. (coord.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 199-232, esp. p. 231).

del régimen legal de la publicidad como acto —típico— de concurrencia en el mercado; régimen subsistente en la LGP cuya derogación no se pretende.

No parece, pues, que esté de más una norma que clarifique el ámbito objetivo de aplicación del régimen legal de la contratación publicitaria, haciéndolo en función de la particularidad de la industria publicitaria y de sus modos de operar en el sector del mercado donde se desarrolla, con independencia del contenido de la publicidad sobre la que verse. En su ausencia, no obstante, podría seguir sosteniéndose semejante consideración sobre la base del traslado de ese régimen al Código Mercantil, al segregarlos de la LGP y quedar funcionalmente delimitada la publicidad por esta Ley a sus únicos efectos (art. 1º LGP).

3.2. Integración legal del régimen de los contratos publicitarios

El particular diseño legal en la LGP de los individuales contratos publicitarios resulta precario, incluso hoy. Esta insuficiencia no es subsanada por el Anteproyecto que, además de suprimir las tradicionales *disposiciones generales* aplicables a cualquiera de ellos, se limita prácticamente a transponer sus actuales elementos descriptivos y a conformar mínimamente el esquema contractual. Tampoco puede alardear el Anteproyecto de generosidad normativa en relación con los nuevos modelos contractuales —reclamo y permuta publicitarios—.

La proyectada omisión del art. 7 LGP, junto con la del art. 50 Cco, del que aquel es fiel trasunto, no podría nunca interpretarse en el incoherente sentido de bastarse y sobrarse por sí solo el Capítulo III, Título III, Libro V del Anteproyecto para conformar con plenitud el régimen jurídico de los contratos publicitarios.

Indiscutiblemente, el programa contractual vendrá determinado por la voluntad de las partes —erigida en ley fundamental del contrato (art. 1091 Cc)—, las cuales podrán fijar las estipulaciones, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral ni al orden público (art. 1255 Cc)¹⁹. El carácter dispositivo de las normas que regulan los contratos mercantiles, predicado por el Anteproyecto (art. 411-1), otorga considerable amplitud al juego de la autonomía de la voluntad que, en todo caso, deberá frenarse ante los preceptos configuradores del contenido que representa la esencia del respectivo tipo contractual, los determinantes de su carácter mercantil y aquellos otros que se auto-declaren imperativos.

El contrato publicitario, una vez perfeccionado, obligará no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley (art. 1258 Cc). Su necesaria conformidad con la Ley hace que resulten directamente aplicables e integren el contenido contractual las disposiciones legales no desplazadas válidamente por la voluntad de las partes: *específicas* del concreto contrato publicitario de que se trate; *generales* de cualquier contrato —particulares de la contratación mercantil o, en su defecto, genéricas del tipo contractual abstracto previsto en los arts. 1254 y siguientes

¹⁹ En cuanto al juego de estos límites en la contratación publicitaria, *vid.* GARCÍA PÉREZ, C., “Régimen general de la contratación publicitaria”, *op. cit.*, pp. 68-74.

Cc—; y *propias del contrato de base* respecto del cual el publicitario solo represente una mera especialidad derivada del modo de ser la actividad económica a cuyo servicio se encuentra²⁰.

En los contratos de creación y difusión publicitarias este tipo contractual de referencia no es otro que el arrendamiento o contrato de obra, especializado por el fin empírico perseguido por las partes —logro de un resultado publicitario a cambio de contraprestación— en el marco de la actividad económica que el contratista realiza en el mercado. Esta especialización del contrato de obra *por razón de la materia* se concreta por el Anteproyecto en las particulares y específicas disposiciones de las secciones 2ª y 3ª del Capítulo III, Título III, Libro V, a pesar de su enclave sistemático.

No puede afirmarse lo mismo, contundentemente, respecto del contrato de publicidad, cuyo esquema contractual descrito por la ley (art. 13 LGP) y expandible por la voluntad de las partes no permite predecir categóricamente una unívoca naturaleza jurídica. Su condición de contrato «comodín»²¹, que conjunta cualquier prestación propia de la pericia de la agencia de publicidad —incluida la creación publicitaria (arts. 13.Pf.º LGP y 533-1.2 Anteproyecto)— con la imprescindible ejecución de la publicidad *por cuenta del anunciante*, hace que su esquema contractual pueda responder y responda también, en mayor o menor medida, al propio de un arrendamiento de servicios —publicitarios—.

En relación con los contratos de reclamo y permuta publicitarios, incluso con el de patrocinio según la proyectada reformulación de su régimen legal, la determinación del tipo contractual base o de referencia pasa por precisar la naturaleza jurídica del contrato en cuestión, según el básico esquema contractual diseñado por los arts. 533-11 a 533-18 del Anteproyecto [sobre el particular se volverá *infra* 4.2 y 5].

3.3. Sujetos de la contratación publicitaria

La LGP reconoce y define tres ‘tipos’ de ‘personas’ que típicamente intervienen en la contratación publicitaria: *anunciantes, agencias y medios* de publicidad²². La condición de tales se conecta básicamente con el dato de responder a los parámetros determinantes de ser parte en los típicos contratos publicitarios, asumiendo sus prestaciones típicas.

(i) El *anunciante* es la “personal natural o jurídica *en cuyo interés se realiza la publicidad*” (art. 8 LGP), lo cual implica *tener la iniciativa y asumir la responsabilidad*

²⁰ La EM de la LGP declara que “en el Título III, constituido por normas de derecho privado, se establecen aquellas *especialidades de los contratos publicitarios* que ha parecido interesante destacar *sobre el fondo común de la legislación civil y mercantil*”. En supuesta consonancia, el art. 7 LGP viene a determinar una primacía de la ley especial sobre la general, referida esta última al Derecho Común, si bien en términos de subsidiariedad, que no de integración. Para una exégesis de este precepto —art. 9 antes de su re-numeración por la Ley Ley 29/2009, de 30 diciembre—, *vid.* GARCÍA PÉREZ, C., “Artículo 9”, *op. cit.*, pp. 199-232.

²¹ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Contratos publicitarios”, en VV.AA., *Contratos mercantiles*, CUESTA, J.M. de la, (dir.), t. I, 1ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 433-445, esp. p. 443.

²² Aunque critica el “carácter asistemático del tratamiento de los sujetos publicitarios en la LGP”, SANTAELLA admite la primacía que esta les otorga como “elemento(s) subjetivo(s) de los negocios jurídicos publicitarios de naturaleza contractual” (SANTAELLA, M., *Derecho de la publicidad*, *op. cit.*, p. 134).

de la realización publicitaria, *ordenando* su planificación, creación y ejecución. Como tal, devendrá *emisor* de la comunicación publicitaria, cuya responsabilidad jurídica asume en todo caso por estarle reconocido el derecho indisponible de controlar su ejecución (art. 10 LGP).

El anunciante viene a ser parte esencial en el genuino ‘contrato de publicidad’, más que probable, en el de creación publicitaria y, en todo caso, la persona por cuya cuenta se contrata la ejecución publicitaria, hágase o no en su nombre (art. 13 en relación con el 8, ambos LGP).

(ii) Las *agencias de publicidad* son los *empresarios* cuya actividad de tráfico organizado consiste en *instrumentar la publicidad en todas o en algunas de las etapas del proceso publicitario* (preparación, programación, creación) o en *ejecutarla* según las órdenes del anunciante por cuya cuenta actúan” (art. 8 LGP).

Las agencias resultan ser, así, parte esencial del ‘contrato de publicidad’ (art. 13 LGP) y parte probable de los contratos de creación y difusión publicitarias (arts. 17 y 20 LGP).

(iii) Los *medios de publicidad* son los *empresarios* o *profesionales* de la difusión publicitaria, realicen esta actividad en exclusiva o no, dada su condición de titulares de los soportes comunicativos (art. 8 LGP).

Los medios devienen, así, parte esencial del contrato de difusión publicitaria, obligándose frente a la contraparte (anunciante/agencia) “a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario” (art. 17 LGP).

No parece un acierto que el Anteproyecto prescinda de tales descripciones normativas (quizá la del medio de publicidad resulte la más indiferente), habida cuenta de la integración que implican en el propio esquema contractual, por no decir de la aclaración que aportan en orden a precisar cuestiones de legitimación procesal en caso de conflicto por publicidad ilícita²³.

Resulta indiscutida la legitimación procesal pasiva de los anunciantes en todo caso de ilicitud publicitaria. Sin embargo, en no pocas ocasiones, la cuestión litigiosa preliminar se ha centrado en determinar la condición de tales que pueda corresponder a ciertos sujetos beneficiados por la publicidad. De ordinario se viene concluyendo, con base en los arts. 8 y 10 LGP, que anunciante solo es aquel que, por su interés directo en la publicidad, tiene la iniciativa de su realización y comunicación, controlando su ejecución.

En la SAP Barcelona (Sec. 15ª) 24 mayo 1995 (*RJC-Jurisprudencia* IV-1995, pp. 125s.), se declara que ser la persona *en cuyo interés se realiza la publicidad* (‘anunciante’ ex art. 10 [hoy, art. 8] LGP) es lo mismo que ser el “verdadero *dominus* y principal responsable en el proceso de comunicación publicitaria”. Según la SAP Madrid (Sec. 28ª), 23 octubre 2009 (AC 2010\130) “no cualquier beneficiado por el anuncio o interesado en el acto publicitario... goza de

²³ No parece opinar así VEGA VEGA (“La contratación publicitaria...”, *op.cit.*, p. 2001), para quien nada de interés aporta este art. 8 LGP «que no sea la mera enumeración y somera definición de posibles intervinientes en un contrato publicitario», deduciendo que el afán definidor del precepto «sirve exclusivamente para fijar el *nomen* y aclarar las funciones y el ámbito de actuación de estos participantes en los contratos».

legitimación pasiva”; citando la STS 26 julio 2007 [...], concluye que “sólo —goza de legitimación pasiva— el *interesado que impulsa el acto publicitario y tiene la posibilidad de controlar la ejecución de la campaña de publicidad* y, en consecuencia, de cesar en la conducta ilícita, esto es, *aquél en cuyo interés se realiza la publicidad*”²⁴

Esta interpretación razonable podría desvanecerse con la desaparición de los dos preceptos sobre los que se ha venido sosteniendo, los arts. 8 y 10 LGP, que el Anteproyecto omite.

En cuanto a la descripción legal de las agencias de publicidad, la coordinación del art. 8 con el art. 13, ambos de la LGP, es la que mejor permite diferenciar la dualidad de sus más características prestaciones en los contratos en que son parte: por un lado, idear las acciones precisas y disponer las actuaciones necesarias del proceso publicitario, por otro, ejecutar la publicidad, materializándola y consumándola a través de su difusión. El art. 8 LGP precisa un rasgo de la manera concreta de operar las agencias, en relación con la segunda de esas prestaciones, para alcanzar el fin propuesto: su actuar siempre por cuenta del anunciante, hágalo en nombre propio o de éste. La ejecución de la publicidad —según su proyecto aprobado por el anunciante— implica la actuación gestora por la agencia de los correspondientes contratos con terceros (medios de publicidad, productores de videogramas o de fonogramas, o cualquier otro realizador de material publicitario) que, sin duda, podría celebrar el propio anunciante sin la mediación de la agencia (v. gr. art. 17 LGP).

De ese modo es como el art. 8 LGP precisa y aclara que la intervención de la agencia de publicidad en el contrato de difusión —o, habría que añadir, en cualquier otro de ejecución publicitaria— se ha de entender realizada siempre por cuenta del anunciante, actúe o no en su nombre.

3.4. Deberes de deslinde e identificación de la publicidad

Según el art. 9 LGP, *los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios.*

El enclave sistemático del precepto —ubicado hoy en el capítulo I del Título III de la LGP (*Disposiciones generales de la contratación publicitaria*) — podría llevar a pensar que tales deberes son de base contractual y que *en principio* protegen directamente el interés privado de la contraparte a cuya tutela sirven y a la que corresponde, por tanto, la exigibilidad de su cumplimiento. Pero considerando su devenir histórico²⁵ y a la luz de la legalidad vigente, cabe mejor interpretar que, ante

²⁴ En contrapunto, vid. SAP Córdoba (Sección 3ª) de 9 noviembre de 2007 (AC\2008\148). A pesar de subrayar que “anunciante será el interesado en la realización de la publicidad, *generalmente quien celebra el contrato publicitario* en cualquiera de sus modalidades y, en consecuencia, el dueño de la comunicación publicitaria”, concluyó la Audiencia que *deberán tener la cualidad legal de anunciantes a efectos de soportar una acción de cesación por publicidad engañosa los interesados en y los beneficiarios de la comunicación publicitaria*”.

²⁵ El derogado Estatuto de 1964 determinaba contundentemente que «en el ejercicio de toda actividad publicitaria deberán ser observados los principios de... *autenticidad*» (art. 6º). En aplicación y desarrollo

todo, se trata de deberes legalmente establecidos en desarrollo del derecho fundamental de comunicar y recibir libremente *información veraz* [art. 20.1.d) CE], transmutando el primigenio significado jurídico que pudiera atribuírseles como vestigio de un abandonado principio de autenticidad publicitaria, causa autónoma de ilicitud de la publicidad que lo contraviniera.

Medios de difusión y anunciantes son emisores, y como tales responsables, de los mensajes que comunican. En la *comunicación informativa*, el medio es el *emisor* de la información que transmite, la cual malamente puede ser *veraz* si no la 'deslinda perceptiblemente' de los contenidos publicitarios con que pudiera mezclarse. En la *comunicación publicitaria*, el medio no es más que el titular de los vectores de conexión entre su destinatarios y el anunciante, verdadero *emisor* de la información publicitaria que difícilmente puede ser *veraz* si, de entrada, no 'revela inequívocamente' su condición de tal.

Reconducido hoy el régimen represivo de la publicidad ilícita al propio de la competencia desleal (arts. 18 y 32 LCD) y el de la encubierta, al propio de la publicidad engañosa por omisión (arts. 3 LGP y 7 y 26 LCD), no parece descabellada la supresión que pretende el Anteproyecto de este desubicado precepto —art. 9 LGP—, sin perjuicio de la conveniencia de sopesar su adecuada reubicación en otra sede normativa más idónea (cf. arts. 6.5, 13.1 y 14.2 LGCA y arts. 7 y 26 LCD).

3.5. Derecho del anunciante al control de la ejecución publicitaria

Según el art. 10.Pº 1º LGP, *el anunciante tiene derecho a controlar la ejecución de la campaña de publicidad*. Hablar de 'ejecución de publicidad'²⁶ significa "hacerla efectiva", produciéndose la realización publicitaria y el resultado comunicativo. Dado que esa ejecución se concertará siempre por cuenta del anunciante en cuyo interés se realiza la publicidad (art. 8 LGP), contrátese o no en su nombre, no puede menos que venirle legalmente reconocido el derecho de controlar la ejecución de la publicidad.

Este derecho se le reconoce *imperativamente* de forma *indisponible*²⁷. Sobre la indisponibilidad de este derecho se asienta el *deber* del anunciante *de desvelar*

de este principio, su art. 9º reconocía el *derecho del público* «a que toda actividad publicitaria se *identifique fácilmente* como tal actividad» y el correlativo deber de los medios de difusión de «*deslindar perfectamente (sic)* las afirmaciones hechas dentro de su función general de información y las que hagan como simples vehículos de publicidad».

La LGP mutiló la proclama del principio de *autenticidad* y la de un *derecho del público* en todo caso a la fácil identificación publicitaria, a pesar de lo cual transcribió el deber de los *medios* de 'deslindar perceptiblemente *las afirmaciones publicitarias de las efectuadas dentro de su función informativa*', añadiendo el de los *anunciantes* de 'desvelar inequívocamente' el carácter publicitario de sus anuncios. Curiosamente, la norma que impone tales deberes se entrelaza sistemáticamente con 'otras' *disposiciones generales* de la contratación publicitaria.

²⁶ El precepto se refiere literalmente a 'ejecución de la campaña de publicidad', entendible ésta como organización secuenciada y estratégica de actuaciones publicitarias proyectada hacia la óptima y eficaz comunicación de la publicidad. No obstante, esa referencia heredada del Estatuto de 1964 (art. 27) puede hoy interpretarse extensivamente como comprensiva de cualquier 'proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario' (cf. art. 20 LGP). En este sentido también, VEGA VEGA, J.A., "La contratación publicitaria...", *op. cit.* p. 2015.

²⁷ Reformulando extremos ya considerados por el art. 27 del Estatuto de 1964, el art. 10 LGP omite la referencia a la *nulidad* de la *renuncia previa* de este derecho, lo cual se justifica en la estimación de su

inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios (art. 9 LGP) y, en todo caso, su condición de legitimado pasivo frente al ejercicio de acciones derivadas de una eventual publicidad ilícita.

El art. 10.PPº 1º LGP trasciende la relatividad del contrato (art. 1257CC) estableciendo imperativamente un derecho del anunciante a controlar la ejecución de su publicidad *en todo caso*, incluido aquel en que no sea parte formal del contrato celebrado por 'su cuenta' con terceros 'ejecutores' de su publicidad.

La referencia de los párrafos 2º y 3º del art. 10 LGP al “control de la difusión por los medios” se entiende hecha en esa concreción por la magnitud que comporta y su dificultad de realización. A ese efecto, tal control se garantiza a través de organizaciones sin ánimo de lucro consideradas idóneas por agrupar a las distintas entidades del sector y resultar avalada su información por su aceptación general y transparencia de datos. Pero *esta comprobación se hará en régimen voluntario* (art. 10 *in fine*), dado que obviamente el control de difusión puede ser directo o indirecto, es decir, puede ser realizado por el propio anunciante o por quien éste designe, normalmente agencias de publicidad y/o agencias de medios que actúan por su cuenta.

No parece justificada, pues, la supresión del reconocimiento legal del derecho indisponible del anunciante a controlar la ejecución de su publicidad, sin que sirva de justificación el hecho de incluirse un apartado tercero en el art. 533-2 del Anteproyecto reconociéndole el *derecho a supervisar la ejecución* de la campaña de publicidad. Tal derecho (aun asignándole una sinonimia funcional con el de control) se contrae inexplicablemente al ámbito del contrato de publicidad, no siendo este el único a través del cual se ejecuta la publicidad del anunciante (*v. gr.*, sobre todo, el contrato de difusión publicitaria).

Tampoco parece asimilable el *derecho de control* del anunciante *ex* artículo 10.PPº 1º LGP al de *recabar información y de inspección* durante la ejecución del contrato, reconocido al comitente de la obra por el art. 523.1 del Anteproyecto. Salvada incluso la desubicación de los publicitarios entre los contratos de tal tipo, la asimetría entre ambos derechos se revela en la limitación funcional del segundo respecto del primero. El *derecho de control* del anunciante implica su capacidad de influir en la ejecución de la publicidad dando órdenes, directrices e incluso imponiendo vetos a su ejecución. Por el contrario, el de *información e inspección* del comitente de obra parece limitarse a una mera supervisión o captación de información que el contratista ha de facilitar (artículo 522-2 Anteproyecto). Este límite funcional es el que también parece desprenderse de los términos del art. 533-2 del Anteproyecto en relación con el contrato de publicidad.

indisponibilidad contractual, sin perjuicio de que el anunciante haga o no dejación de su ejercicio, o, en su caso, lo delegue (vid. GARCÍA PÉREZ, C., “Artículo 9”, *op. cit.*, esp. p. 207). Según VEGA VEGA, a pesar de no imponerse «un carácter imperativo e irrenunciable de esta facultad, [...] habida cuenta que es un derecho inherente al propio contenido obligacional, tampoco podría ser objeto de renuncia, ya que ello supondría dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes, con infracción de lo prevenido en el art. 1256 CC» (“La contratación publicitaria...”, *op. cit.* p. 2023).

3.6. Cláusulas contractuales nulas o neutras

Los arts. 11 y 12 de la LGP establecen dos disposiciones generales a través de las cuales se limita la voluntad contractual (art. 11) y el resultado objetivamente alcanzable a través de los contratos publicitarios (art. 12 LGP).

(i) El art. 11 LGP prohíbe incluir «*cláusulas de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad frente a terceros en que puedan incurrir las partes como consecuencia de la publicidad*» (art. 11 LGP). Dicho de otro modo, se prohíben los pactos por virtud de los cuales la responsabilidad frente a terceros se desplace, distribuya o limite por y entre las partes contractuales.

La desaparición del precepto nada supondría de cara a la eficacia externa de un pacto semejante, que sería del todo inoponible a terceros con base en la relatividad del contrato (art. 1257 CC) y lo indisponible, a tal efecto, de la responsabilidad en que pudieran incurrir las partes del contrato publicitario.

Sin embargo, en el ámbito interno, el suplemento normativo que el precepto añade (más allá de lo deducible de la disciplina general de los contratos) es la prohibición de modular o distribuir *internamente* el régimen de responsabilidad frente a terceros *en que puedan incurrir las partes como consecuencia de la publicidad difundida*. Representa un límite a la libertad contractual al resultar ineficaz, por prohibida, cualquier cláusula de desplazamiento, alteración o limitación *inter partes* de las consecuencias de la responsabilidad frente a terceros de modo que, una vez resarcidos estos, pudiera jugar entre ellas distinto criterio de atribución, con sus consecuentes reintegraciones o reembolsos.

La ausencia en el Anteproyecto de una disposición semejante a la del art. 11 LGP determinaría, sin duda, que una estipulación como la de la especie resultaría amparada por el art. 1255 CC e implicaría una merma de la máxima diligencia —hasta ahora— exigida a quienes operan en este sector del mercado, al permitirles el desplazamiento interno del riesgo de responsabilidad frente a terceros.

(ii) El art. 12 LGP determina que «*se tendrá por no puesta cualquier cláusula por la que, directa o indirectamente, se garantice el rendimiento económico o los resultados comerciales de la publicidad, o se prevea la exigencia de responsabilidad por esta causa*». Tal garantía o responsabilidad pesaría —es obvio— sobre el contratante obligado a la prestación propiamente publicitaria.

El precepto parte de la base de ser los publicitarios contratos tendentes a producir un resultado y destaca lo ajeno al resultado publicitario del grado de eficiencia comercial alcanzable por la publicidad difundida. El «resultado publicitario» objeto del contrato se detiene en la «realización/difusión publicitaria», alcanzándose con ella, sin que el éxito comercial de la publicidad forme parte del nivel de riesgo económico-contractual controlable por las partes. Sólo la certeza de la «realización/difusión publicitaria» constituye el resultado esperable sobre el que basar eventuales reclamaciones por incumplimiento (cf. arts. 15,16, 18 y19 LGP).

Consecuentemente, el eventual pacto que, directa o indirectamente, garantice una eficiencia económica o comercial de la publicidad o la posible exigencia de responsabilidad por su defecto se tendrá por no puesto²⁸.

La ausencia en el Anteproyecto de una disposición semejante a la del art. 12 LGP podría suscitar la propia duda sobre la posible conversión del típico contrato publicitario, por esencia conmutativo, en contrato aleatorio²⁹.

4. DE ALGUNAS OMISIONES Y OTROS AÑADIDOS.

El Anteproyecto —arts. 533.3, 533.4, 533.6 y 533.7— transpone casi literalmente el régimen *ex* LGP de incumplimiento del contrato de publicidad y de difusión publicitaria, haciendo extensivo el de aquel al contrato de creación publicitaria en la medida que no resulte incompatible con la naturaleza de este (art. 533.10). Por otro lado 'retoca', con añadidos, el esquema legal del contrato de publicidad (art. 533.2), con omisiones significativas, el contrato de creación publicitaria (arts. 533.8 y 533.9) y considerablemente, el contrato de patrocinio (Sección 4ª, art. 533-11 a 13).

4.1. Contratos de publicidad y de creación publicitaria

Respecto del contrato de publicidad, el art. 533.2 —*obligaciones de las partes*— precisa la diligencia exigible a la agencia en el cumplimiento de la prestación propia, que será la *requerida por la índole del objeto contractual*³⁰, que no es otro que la *instrumentación* de la publicidad en alguna de sus etapas y su *ejecución* (art. 533.1 LGP).

El mismo precepto, en su apartado tercero, reconoce el derecho del anunciante a supervisar la ejecución de la campaña de publicidad y la correlativa obligación de la agencia de *suministrarle la información precisa a tal fin y de seguir sus instrucciones con arreglo a los términos pactados en el contrato* (vid. *supra* 3.5).

En cuanto al contrato de *creación publicitaria*, los arts. 533-8 y 533-9 omiten, el primero de ellos, su carácter oneroso y el segundo, el presuntivo *iuris tantum* de la cesión en exclusiva al comitente (anunciante o agencia) de los derechos de explotación de las creaciones publicitarias para los fines previstos en el contrato.

²⁸ No cabe confundir tal pacto con aquel otro por el cual pudiera determinarse la contraprestación debida al publicitario (agencia, creativo...) mediante su participación en los resultados prósperos de la publicidad, cuya admisión es defendida por NAVARRO CASTRO, M., "Artículo 14", en *Comentario a la Ley General de Publicidad*, cit., pp. 309-313, esp. p. 312. La rechaza indiscriminadamente, sobre la base de ser una vía indirecta de lograr en fraude de ley el fin prohibido por el precepto, VEGA VEGA, J.A., "La contratación publicitaria...", *op. cit.* p. 2031.

²⁹ Esta conversión es la que precisamente trata de impedir el art. 12 LGP, según PÉREZ DE LA CRUZ, A., "Contratos publicitarios", en VV.AA., *Curso de Derecho mercantil*, URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. (dirs.), t. II, 2ª edición, Civitas, Barcelona, 2007, pp. 267-274, esp. p. 269.

³⁰ El precepto determina, literalmente, que «la agencia de publicidad deberá realizar la prestación objeto del contrato con la diligencia requerida por la índole de aquél». El empleo pronominal de este demostrativo tildado hace pensar que el redactor del Anteproyecto trata de evitar el riesgo de ambigüedad que de su uso sin tildar pudiera derivarse. Sin embargo, no se adivina que otro sustantivo masculino pueda ser el referente de 'aquél' sino el 'objeto del contrato'.

La omisión en el art. 533-8 de la referencia a la prestación de la parte ordenante de la creación publicitaria —*a cambio de una contraprestación*— no puede entenderse sino como involuntaria, achacable a un mero lapsus de transcripción, ya que no se concibe que en este contrato de obra publicitaria el ordenante (anunciante/agencia) no se obligue en correlativa contraprestación con la parte creativa.

Lo mismo pudiera pensarse de la omitida reseña en el art. 533-9 al carácter *iuris tantum* de la presunción de cesión en exclusiva al ordenante de los derechos de explotación de las creaciones publicitarias, ya que esa desaparición por sí sola no convierte la presunción en *iuris et de iure*. Según el art. 385.3 LEC «las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba»; prohibición que el art. 533-9 del Anteproyecto no contiene. Por tanto, no parece un destacado defecto merecedor de reforma el hecho de abundar para el caso en lo que el régimen procesal determina; donde hay abundancia disminuye la duda interpretativa.

El precepto que clausura la Sección 3ª —art. 533.3— hace extensivo al contrato de creación publicitaria, en lo que no le sea incompatible, el régimen de incumplimiento previsto para el contrato de publicidad. El distinto fin empírico perseguido por las partes, su diferente programa contractual y la inexplicable traslación casi literal (arts. 533-3 y 533-4 Anteproyecto) de unos preceptos —arts. 15 y 16 LGP— sobradamente criticados por sus defectos de técnica legislativa [vid. *infra* 4.3] hacen censurable que, sin más, estos se declaren aplicables *mutatis mutandis* al incumplimiento del contrato de creación publicitaria.

4.2. Contrato de patrocinio

El Anteproyecto amplía algo el esquema contractual del *contrato de patrocinio publicitario*, determinando algunas de las obligaciones de las partes (art. 533-12) y los requisitos del eventual pacto de exclusividad y de prioridad (art. 533-13), pero mutila la remisión legal a las normas del contrato de difusión publicitaria en cuanto le sean aplicables (cf. art. 22 *in fine* LGP).

Desde un planteamiento más elemental que el del art. 533-11 del Anteproyecto, pero según sus términos, el patrocinio vendría a ser el contrato por el que un sujeto —patrocinado— se obliga a *colaborar en la publicidad* de otro —patrocinador— *a cambio de una contribución económica* (dinero o bienes susceptibles de tal valoración) destinada a financiar la actividad propia de aquel.

El fin práctico y económico perseguido por el esquema contractual se proyecta, pues, hacia el establecimiento de una divulgable asociación ideológica entre la actividad patrocinada y la imagen corporativa del patrocinador. A tal fin, el patrocinado se obliga a promocionar dicha asociación a cambio de la contribución económica asumida por el patrocinador en espera de un razonable “retorno publicitario”³¹.

³¹ Sobre la caracterización y causa de este contrato, vid. SÁNCHEZ RUIZ, M., “Contrato de patrocinio”, en *Los contratos publicitarios, op. cit.*, pp. 261-298, esp. pp. 277-281.

La naturaleza del contrato de patrocinio, incluso hoy, resulta no poco controvertida a través del prisma del art. 22 LGP, del que no obstante se ha inferido su carácter de contrato *consensual, oneroso, sinalagmático y conmutativo*, aunque difícilmente remisible, en cuanto al régimen de obligaciones de las partes, a las propias del contrato de difusión. Haciéndose eco de las críticas doctrinales sobre la remisión legal a este contrato —segundo párrafo del precepto—, el Anteproyecto la omite pero sin arrojar más luz sobre la naturaleza del patrocinio, dada la precaria configuración del básico esquema contractual y la introducción de un elemento perturbador como es el posible pacto de participación del patrocinador *en los beneficios económicos obtenidos por el patrocinado como consecuencia de la actividad patrocinada* (art. 533-12). Pacto este que, de incluirse, hace que devenga aun más compleja la naturaleza jurídica del contrato.

Se introduce a cargo del patrocinado una obligación de rendir cuentas al patrocinador (art. 533-12.2) que requeriría una mayor concreción, por no decir una discriminación de casos de procedencia, habida cuenta de que, básicamente y salvo pacto en otro sentido, el interés del patrocinador gestionado por el patrocinado es únicamente el publicitario de divulgar la asociación entre ellos en lo tocante a la actividad de este; divulgación de la que el patrocinador sólo puede razonablemente esperar el correspondiente “retorno publicitario”, por lo demás imposible de garantizar en función de objetivos consolidables a favor del patrocinador (art. 533-12.1)

Por otro lado, los eventuales pactos de exclusiva y de prioridad (art. 513-3) parecen reclamar mayor atención que la mera exigencia legal de su acuerdo expreso.

4.3. Incumplimiento contractual

La traslación casi literal del régimen de incumplimiento de los contratos de publicidad (extendido en el Anteproyecto al de creación) y de difusión publicitaria puede considerarse como una omisión injustificable del deber legislativo de armonizar estos preceptos con el ideario europeo y la más actual doctrina civil sobre el incumplimiento contractual y la derivable responsabilidad, en su caso³².

Los preceptos trasladados (arts. 15-16 y 18-19 LGP) han sido objeto de no pocas críticas por parte de la doctrina³³ como para prescindir ahora de una reconsideración de su contenido normativo.

Las normas de la contratación, generales (1124 Cc) o propias (art. 1594 Cc), que supuestamente inspiran los correspondientes preceptos y los principios y reglas que los

³² Entre otros, PANTALEÓN PRIETO, F., “Resolución por incumplimiento e indemnización”, *ADC* 1989, vol. 42, núm. 4, pp. 1143-1168 y “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *ADC* 1993, vol. 46, núm. 4, pp. 1719-1745; SOLER PRESAS, A., “El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS 1ª de 15-11-94)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, núm. 2, 1995, pp. 951-970; MORALES MORENO, A.M., *La modernización del derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2007; CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Aranzadi- Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, esp. Parte cuarta, capítulos 17 a 24; ASÚA GONZÁLEZ, C., “Artículo 1101”, en VV.AA. *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ, R. (coord.), t. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8058-8070; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 1124”, en *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, pp. 8213-8261.

³³ Se hace eco de tales críticas, compartiéndolas, MARCO ALCALÁ, L.A., “La contratación publicitaria (I)...”, *op. cit.*, pp. 2099 (n. 152) - 2100 y 2146-2148.

subyacen, resultan bastante enmascaradas por el uso de términos de difuso significado jurídico y por el abuso de referencias generalistas a una imputabilidad del incumplimiento, con base en un obrar 'injustificado'.

(i) Respecto del *contrato de publicidad*:

— El art. 15 LGP (trasladado literalmente al art. 533-3) contrae su supuesto de hecho al *cumplimiento inexacto* por la agencia de su correspondiente prestación, dado el desajuste de la publicidad «*en sus elementos esenciales*» con las previsiones contractuales o con las instrucciones expresas del anunciante. Se trata, pues, de un eventual cumplimiento defectuoso del contrato por no respetar la agencia los presupuestos fundamentales de su prestación. En tal caso, queda a elección del anunciante exigir su cumplimiento forzoso —total o parcial— según lo pactado o instruido, es decir, la correcta realización de la prestación desajustada, o bien una rebaja de su contraprestación (*quantum minoris*).

Optar por el cumplimiento en forma específica evidencia la total insatisfacción del anunciante —determinante de elegir este remedio— y la permanencia e inmutabilidad de la obligación contractual de la agencia, salvo caso de imposibilidad (arts. 1182 y 1184 Cc). Hacerlo por la rebaja de su contraprestación pone de manifiesto una cierta satisfacción, siquiera deficitaria, del interés del anunciante que opta por recomponer el equilibrio contractual sobre la base de un resultado disconforme con el razonablemente esperable. Ninguno de los dos remedios requiere una propia imputabilidad a la agencia de su cumplimiento inexacto.

Sea cual fuere la opción del anunciante, el art. 15 LGP (art. 533-3 Anteproyecto) le reconoce la acumulativa facultad de exigir la *indemnización de perjuicios* que se le hubieran irrogado. Acumulada a cualquiera de los otros dos remedios —cumplimiento forzoso o rebaja de la contraprestación—, su exigencia sí ha de presuponer la imputabilidad a la agencia del inexacto cumplimiento de su prestación, según los criterios de los arts. 1101ss del Cc. Ahora bien, de ser la *rebaja de la contraprestación* el remedio elegido, los perjuicios reparables habrán de ser aquellos distintos del menor valor de la prestación inexacta de la agencia (cf. artículo 1198 *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*).

El precepto plantea la duda acerca de si la omisión del remedio resolutorio (art. 1124 Cc), como alternativa del cumplimiento forzoso, se debe o no a una pretendida especialidad del régimen reparador del incumplimiento en el contrato de publicidad, según su peculiaridad. Una respuesta afirmativa podría fundarse en la tutela equilibrada del interés de la agencia que, de algún modo, ha instrumentado y ejecutado la publicidad, así como en la relativa eficiencia comunicativa de la publicidad ya difundida, aunque irregularmente; la negativa podría hacerlo en el dato de posible opción por el anunciante de un nuevo cumplimiento específico de la publicidad a pesar de este hecho y su consecuencia. Sin embargo, es precisamente el disponer de esta facultad, a la que es acumulable el remedio indemnizatorio, lo que parece justificar la excluyente preferencia legal por este remedio —o el de rebaja de la contraprestación—, en lugar del resolutorio, dada la realización —aunque irregular— por la agencia de su

prestación y la relativa utilidad residual para el anunciante de la publicidad ejecutada, por lo demás, imposible de restituir en especie.

El art. 15 LGP deja traslucir un principio de salvación del contrato de publicidad inexactamente cumplido que precisaría, quizá, de una mejor concreción (cf. art. 18 LGP).

— Del presupuesto de hecho del art. 16 LGP (trasladado casi literalmente al art. 533-4) se infiere que el incumplimiento por la agencia de su prestación ha de consistir bien en su no realización, bien en su realización extemporánea. Este incumplimiento de la agencia faculta al anunciante para resolver el contrato y obtener la devolución de lo pagado, así como para exigir la indemnización de daños y perjuicios.

Convendría precisar *de lege ferenda* que no toda realización extemporánea de la prestación publicitaria puede entenderse comprendida en este supuesto de incumplimiento, sino sólo aquella que frustre objetivamente el fin publicitario perseguido, dado lo esencial del término acordado. Por muy efímera que sea la publicidad y relevante el factor tiempo, ello no permite presumir en cualquier hipótesis que el término establecido sea esencial en sentido jurídico. Es más, la propia LGP prevé en su art. 15 un supuesto de diferente catalogación en el que podría incluirse la falta de respeto por la agencia del plazo establecido para la ejecución publicitaria como desajuste de su prestación a un *elemento esencial* (en sentido no jurídico) según los términos del contrato o las expresas instrucciones del anunciante.

El término «injustificadamente» asociado por el precepto al incumplimiento del contrato por la agencia ha de entenderse en única relación con su imputabilidad de cara a responder por los daños y perjuicios causados. Como injustificado ha de considerarse un comportamiento contractual no provocado por el caso fortuito o la fuerza mayor (art. 1105 Cc).

El precepto parece suponer que un postrero cumplimiento forzoso por la agencia resultaría absolutamente insatisfactorio para el anunciante, excluyendo tal recurso de entre los posibles (cf. art. 1124 CC). Esa suposición resulta obvia en el supuesto de no haber respetado la agencia el *término esencial* fijado para la ejecución publicitaria, pero no parece justificarse en todo caso, salvo absoluta subyacente presunción legal de esencialidad del tiempo de ejecución publicitaria.

En lo referente al incumplimiento por parte del anunciante, el párrafo 2º del art. 16 contiene un cúmulo de despropósitos cuando habla disyuntivamente de *resolución o incumplimiento*, así como de un obrar del anunciante *unilateral* e 'injustificado' *sin que concurren causas de fuerza mayor*. La desaparición de algunas de esas locuciones en el Anteproyecto resulta, sin duda, acertada, aunque resta por saber el porqué de mantener la disyuntiva *resolución o incumplimiento* cuando aquella, si procede, será una facultad que compete al anunciante basada en el propio incumplimiento de la agencia (art. 1124 Cc). Si lo que la norma trata de reflejar es la consecuencia indemnizatoria de un desistimiento unilateral, tampoco se entiende la permanencia del término 'resolución' en el art. 533-4 del Anteproyecto y la ausencia de una remisión a los dispuesto en el art. 1594 Cc.

En cualquier caso, asimilando en consecuencias el cumplimiento parcial o defectuoso y el incumplimiento total por parte del anunciante, el precepto faculta a la

agencia para solo exigir la indemnización por daños y perjuicios a que hubiere lugar. Desde esta perspectiva, el término «injustificadamente» asociado al comportamiento del anunciante hace referencia a su exigida imputabilidad en la omisión de la conducta contractual, a ese único efecto reparador previsto. Desde ningún punto de vista se justifica que la norma prescinda del opcional remedio resolutorio o de cumplimiento forzoso *ex art. 1124 Cc.*

(ii) Respecto del *contrato de difusión publicitaria*:

— El art. 18 LGP (trasladado literalmente al art. 533-6 del Anteproyecto con nimia alteración literaria) contrae su supuesto de hecho al cumplimiento inexacto del contrato por el medio de publicidad que ejecuta la orden de la contraparte *con alteración, defecto o menoscabo de alguno de sus elementos esenciales*. Es decir, el cumplimiento defectuoso contemplado en el supuesto de hecho de la norma consiste en una difusión publicitaria desajustada de las órdenes del anunciante/agencia en cuanto a los presupuestos fundamentales de tal prestación, usualmente relacionados con la esperable incidencia de la publicidad sobre el comportamiento de los destinatarios.

Dado el caso, el medio de publicidad *vendrá obligado a ejecutar de nuevo la publicidad en los términos pactados*. Si tal repetición no resultara posible, por imposibilidad legal o física (art. 1184 Cc) o ineptitud para satisfacer el frustrado interés de la contraparte, esta podrá exigir la reducción del precio. Aunque la facultad de exigir indemnización de daños y perjuicios parece recluirse por el precepto, dada su estructura, a solo el caso de proceder la alternativa subsidiaria (reducción del precio), sin embargo, ha de entenderse que el remedio indemnizatorio procede en cualquier caso (cf. artículo 1190 *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*). Aceptar el precepto en su literalidad —y lo que es peor, reproducirlo en el Anteproyecto sin mejora técnica— podría llevar a entender que el cumplimiento forzoso exime a la parte que cumplió defectuosamente de reparar cualquier otro daño o perjuicio que hubiera padecido la contraparte como consecuencia de un resultado publicitario disconforme con el razonablemente esperable.

La locución «por causas imputables» al medio, que parece condicionar el propio supuesto de hecho de la norma, ha de entenderse distinta y discriminadamente en relación con cada uno de los remedios ligados a este incumplimiento. Respecto del prevalente cumplimiento forzoso y la subsidiaria reducción del precio, ha de entenderse como conjunto de criterios o factores que asignan al medio de publicidad la contingencia del incumplimiento contractual. Respecto del remedio indemnizatorio, ha de considerarse como atribución subjetiva de responsabilidad por el incumplimiento, únicamente desplazable por el caso fortuito o la fuerza mayor (art. 1105 Cc).

Ello sentado, es indudable que la norma trata de salvar el contrato, siquiera defectuosamente cumplido, al establecer relación de subsidiariedad entre el posible cumplimiento forzoso, preferente, y la reducción del precio, en defecto de aquel. La exclusión de facultad alguna de la contraparte insatisfecha para optar entre ambos remedios —la ley elige por ella— justifica que se eluda el recurso a la resolución (*vid.*, además, argumentos sobre la exclusión de este remedio en relación con el contrato de

publicidad —art. 15 LGP—). Sin embargo, lo que no resulta tan lógico es excluir la decisión de la contraparte sobre el remedio que mejor conviene a su interés.

— El art. 19 LGP (transcrito en el art. 533-6 del Anteproyecto) es el único precepto que, en lo tocante al total incumplimiento por el medio de publicidad, parece acoplar lo dispuesto en el art. 1124 Cc en el esquema normativo de un contrato publicitario. Si el medio incumple totalmente, porque no difunde la publicidad, la contraparte (anunciante/agencia) podrá optar entre el cumplimiento forzoso o la resolución (equívoco es el término 'denuncia' empleado por el precepto) del contrato, siendo indemnizables los daños y perjuicios en cualquier caso. La opción resolutoria implicará obviamente la restitución de la prestación realizada que, en el caso, la norma contrae a la *devolución de lo pagado por la publicidad no difundida*. Esta contracción de la consecuencia restitutoria a esos exclusivos términos lleva a entender que el incumplimiento determinante del remedio resolutorio —y, por lo tanto, el supuesto de hecho de la norma— es exclusivamente la falta de difusión de la publicidad, quedando excluido cualquier otro caso de incumplimiento que fuera absolutamente insatisfactorio para el interés de la contraparte (v. gr. difusión fuera del término esencial [cf. art. 16. Pf. 1º LGP]).

No se justifica la excepción del supuesto de hecho —*salvo caso de fuerza mayor*— en los términos tan generalistas en que se incluye. Para exigir al medio de publicidad el cumplimiento forzoso, según los términos pactados, o la resolución del contrato basta, en principio, su conducta omisa respecto de la previsión contractual (no difundir la publicidad). Exceptuar el caso de fuerza mayor ha de conectarse únicamente con la imputabilidad al medio a fin de excluir de su responsabilidad, en solo ese caso (cf. art. 1105 Cc), los daños y perjuicios que pudiera padecer la contraparte.

— Según el párrafo 2º del art. 19, si la falta de difusión estuviera a cargo de la agencia o del anunciante, por corresponderle su contingencia, aquella o este vendrán obligados al pago íntegro del precio y a la indemnización que corresponda, salvo que el medio haya realizado un contrato semejante de reemplazo.

El imposible cumplimiento por el medio de su prestación publicitaria y, con él, la insatisfacción de su interés en el cobro del precio acordado son remediados por el precepto a través del recurso al cumplimiento forzoso por la contraparte, que habrá de satisfacer íntegramente el precio y, en el caso de resultar acreditados daños y perjuicios, indemnizarlos. El precepto relativiza ambos remedios en la medida que el medio hubiera *ocupado total o parcialmente con otra publicidad las unidades de tiempo o espacio contratadas* que, por lo demás, debe procurar en observancia de su deber de mitigar los propios daños³⁴. La dinámica propia de la actividad de difusión publicitaria

³⁴ Como bien escribe MACANÁS, compendiando la doctrina científica y jurisprudencial al respecto, este deber se puede considerar hoy indiscutido (connatural al principio de buena fe en el ejercicio de los derechos —art. 7 Cc—, al de concurrencia de culpas en la causación del daño, incluso —añade— al de proscripción del enriquecimiento injusto) y pacíficamente reconocido por la jurisprudencia [MACANÁS, G., “La facultad de desistimiento en los contratos de servicios (¿incumplimiento remediable o instrumento responsable?)”, en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. y GARCÍA PÉREZ, C.L. (coords.), pp. 215-290, *vid.* doctrina citada en n. 100 y 101, y jurisprudencia recogida en n. 102]. Añade el citado autor que este deber *habría de afectar con la*

y del mercado en el que se desarrolla brindará normalmente otras oportunidades de reemplazo, facilitando al tiempo el *quantum* indemnizatorio, en su caso, por el propio sistema de tarificación que lo rige.

5. DE LOS NUEVOS TIPOS CONTRACTUALES: RECLAMO Y PERMUTA PUBLICITARIOS

El Anteproyecto —Secciones 5ª y 6ª— incorpora un 'diseño' legal de los hasta hoy atípicos contratos de *merchandising* (arts. 533-14 y 533-15) y *bartering* (arts. 533-16, 533-17 y 533-18).

(i) A grandes rasgos, los arts. 533-14 y 533-15 del Anteproyecto proyectan diseñar legalmente el contrato de reclamo publicitario (*merchandising*)³⁵ como una subespecie de licencia de explotación de bienes inmateriales³⁶, con cuyo régimen (arts. 536-1 a 8) se habrá de integrar el esquema contractual en lo compatible con la naturaleza del bien inmaterial de que se trate (art. 533-15.3). Sin embargo, no se encuentran en las citadas normas especialidades que particularicen con autonomía este contrato y, menos aún, que permitan calificarlo de publicitario. La vacua referencia a la *susceptibilidad de resultar* —el bien cuyo explotación se licencia— *atractivo para el público* y a la supuesta 'finalidad' contractual de *atraer clientela hacia los bienes o servicios* que el licenciatario ofrece en el mercado no representan especificación alguna en relación con la industria y el mercado publicitarios. Todo bien inmaterial es susceptible de resultar atractivo para el público y, por eso precisamente, todo licenciatario pretende devenir explotador de los mismos a fin de atraer clientela.

Tal y como es configurado el contrato, se trata de una simple licencia de explotación de bienes inmateriales a cambio de contraprestación que, como tal, no justifica su catalogación como contrato publicitario y tampoco una particularización normativa a través de una supuestas especialidades que no son tales:

misma intensidad a desistimiento o resolución (p. 267), siendo ambas causas las condicionantes del imposible cumplimiento por el medio de su propia prestación.

³⁵ Sobre el *merchandising* vid., entre otros, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., “Aproximación a la figura del *merchandising*”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 195-1990, pp. 137-154; MARTÍN MUÑOZ, A.J., *El merchandising. Contrato de reclamo mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999; COUTO GONÇALVES, L.M., “*Merchandising* de marcas”, *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, t. 20-1999, pp. 95-106; NAVAS NAVARRO, S., *Contrato de merchandising y propiedad intelectual*, Ed. Reus, Madrid, 2001; BERCOVIZ ÁLVAREZ, G., “*Merchandising* y Derecho de Autor. Algunas cuestiones”, en AAVV, *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia: colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, Ed. Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial, 2005, pp. 125-150; FRANQUET SUGRAÑÉS, M.T., *El contrato de personalidad merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; PINA SÁNCHEZ, C., SIGÜENZA, A., “El contrato de merchandising”, *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 23-2008, pp. 533-537; VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Contrato de merchandising”, en AAVV, *Contratos mercantiles*, CUESTA, J.M. de la, (dir.), 2ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 892-893; MARCO ALCALÁ, L.A., “La contratación publicitaria (II)...”, en *op. cit.*, pp. 2265-2268.

³⁶ Entre otros se incluyen específicamente las marcas —*brand merchandising*— y las creaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual —*character merchandising*—, incluso el *nombre o la imagen de una persona física* —*personality merchandising*— (art. 533-14.2).

— que el licenciante haya de *mantener al* licenciataria *en el uso* del bien inmaterial *de manera pacífica en la forma y durante el período pactado* es algo propio de cualquier contrato de naturaleza locativa (cf. art. 1554.3º Cc), como también lo es abstenerse de conductas que menoscaben el valor (atractivo público) del bien inmaterial en relación con los productos o servicios para los que se autoriza su uso.

— que el licenciataria quede obligado a *servirse del bien inmaterial conforme a su naturaleza y en relación con los productos o servicios convenidos*, es otra forma de decir que lo está a *usar* el bien inmaterial *diligentemente, destinándolo al uso pactado* (cf. art. 1555.2º Cc); que lo esté a abstenerse de actuaciones susceptibles de menoscabar su valor (atractivo público) es algo que deriva del propia naturaleza del contrato conforme a la buena fe, al uso y a la Ley (art. 1258 Cc).

En definitiva, poco o nada aporta el pre-diseño legal del contrato de reclamo publicitario que justifique especialidad alguna ni su inserción entre los de esa categoría. Si existe alguna novedad significativa en esta Sección 5ª dedicada al *merchandising* es la *inclusión del nombre o la imagen de una persona física* entre los bienes inmateriales cuyo uso puede ser cedido a un empresario a través de este contrato. Pero esta novedad no parece que deba llegar a serlo en tales términos, quizá poco reflexivos, dada la explotación comercial que implica de un derecho de la personalidad que, si bien mal encuadrada en el marco de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, se encuentra sometida a reglas de difícil conciliación —como por ejemplo la revocación *ad nutum* del consentimiento del cedente (art. 2.3)— con los legítimos intereses empresariales del cesionario de su uso, incluso con disposiciones generales de la contratación (art. 1256 CC)³⁷.

(ii) Por su parte, los arts. 533-16 a 18 proyectan una precaria tipificación del *bartering* publicitario, limitándose a conceptuarlo, a integrar parcialmente su régimen jurídico y a determinar una natural consecuencia del contrato en relación con los derechos de explotación de las creaciones artísticas que constituyan su objeto³⁸.

El contrato se configura como aquel por el que una de las partes —anunciante o agencia de publicidad— se obliga a poner a disposición de la otra —medio de comunicación— una producción artística (literaria, radiofónica o audiovisual) vinculada a la publicidad de sus bienes o servicios a cambio de su difusión por dicho medio.

El hecho de que las partes contractuales sean, por un lado, un anunciante o agencia de publicidad y, por el otro, un medio de comunicación, parece excluir a las agencias de medios como parte prestadora de la difusión publicitaria, de modo que el contrato tipificado queda contraído al *bartering* simple o directo. Llama la atención que la agencia de publicidad pueda ser la parte que se obligue a poner a disposición del

³⁷ Vid. FERNÁNDEZ-NOVOA, C., “La explotación publicitaria de los bienes de la personalidad”, en AAVV, *Problemas actuales del Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1984, pp. 38-53, esp. pp. 48-51.

³⁸ Sobre el *bartering publicitario* vid., entre otros, PINO ABAD, M., “El contrato de *bartering* publicitario”, *Derecho de los Negocios*, núm. 69-1996, pp. 16-23; SÁNCHEZ ARISTI, R., “Contratos publicitarios”, en AA.VV., *Tratado de contratos (civiles, mercantiles y administrativos)*, BERCOVITZ, R., (dir.), t. IV, pp. 4645-4750, esp. pp. 4743-4747; VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Contrato de *bartering*”, en *Contratos mercantiles*, *op. cit.*, 2ª edición, pp. 891-892; MARCO ALCALÁ, L.A., “La contratación publicitaria (II)...”, *op. cit.*, pp. 2257-2260; VERDÚ CAÑETE, M.J. “El contrato de *bartering* publicitario (A propósito de su regulación en el Anteproyecto de Código Mercantil)”, *en prensa*.

medio una producción artística a la que se encuentre vinculada la publicidad *de sus bienes o servicios*. Si tal eventualidad se diera, la agencia devendría anunciante, y en el caso normal de no serlo, el actuar de la agencia *por cuenta del anunciante* en la difusión publicitaria de los productos o servicios de éste, hágalo o no en su nombre, justifica un retoque de la confusa dicción del art. 533-16.

Objetivamente, la prestación del anunciante o agencia se concreta en poner a disposición del medio una producción artística, excluyéndose cualquier otra prestación en especie (por ejemplo, de bienes o servicios propios del anunciante o acceso a otros espacios publicitarios —*pure advertising bartering*—). Tal producción artística pudiera consistir, en principio, bien en una obra o grabación preexistente, bien en una producción a realizar, a las que se vincularía, en cualquier caso, la correspondiente publicidad a difundir; ambas posibilidades parecen admisibles considerando aisladamente el art. 533-16 del Anteproyecto. Sin embargo, una interpretación conjunta de los preceptos que integran la *Sección sexta* desaconseja admitir la primera posibilidad, de modo que el término *producción literaria, radiofónica o audiovisual* habrá de entenderse en el sentido de obra realizada por encargo del medio de comunicación.

El dato de quedar regidas las obligaciones del anunciante/agencia por la propias del contrato de creación publicitaria, —en relación con la parte creativa, parece obvio, y en lo no incompatible—, lleva a entender que la prestación típica de aquella parte consistirá en realizar una producción artística por encargo del medio de comunicación; prestación propia de un contrato de obra como lo es la de la parte creativa en ese contrato. Abundan en esta consideración la superflua declaración del primer párrafo del art. 533-18 —tales producciones *gozarán de los derechos de propiedad intelectual establecidos por las disposiciones vigentes*—³⁹ y la redundante consecuencia presuntiva de cesión en exclusiva de los derechos de explotación vinculada al contrato por el párrafo segundo del mismo precepto⁴⁰; presunción propia de los contratos de producción audiovisual (art. 88.1.Pfº 1º TRLPI) y de creación publicitaria (arts. 21.Pfº 2º LGP y 533-9.2 Anteproyecto) en los que la prestación del autor/creativo consiste en *realizar* por encargo un bien susceptible de ser objeto de propiedad intelectual cuyos derechos de explotación han de presumirse naturalmente cedidos *en exclusiva* a la parte que ordena su realización.

El dato de ser obligaciones del medio de comunicación las propias de tal en el contrato de difusión publicitaria, igualmente en lo no incompatible (art. 533-17 Anteproyecto), y la propia naturaleza de la industria de la comunicación fuerzan a una interpretación correctora del precepto definidor del contrato —art. 533-16

³⁹ Carece de relevancia en el caso por no ser las producciones a realizar creaciones publicitarias. Huelga, pues, precisar lo que en relación con estas últimas hace el art. 533-9.1, fiel heredero del art. 21.Pfº 1º LGP, desechando abiertamente la tesis de que las creaciones publicitarias puedan constituir por sí mismas una autónoma modalidad de creación intelectual (al respecto vid. LEMA DEVESA, C., “Los contratos publicitarios”, *Contratos mercantiles especiales*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 13-34, esp. p. 31 y SAP Madrid, Sec. 9ª, 11 enero 2006 [JUR 2006\63830]).

⁴⁰ Este efecto natural del contrato ya es deducible del hecho de ser el *bartering* un contrato por el que las obligaciones de la parte que ha de poner a disposición de la otra las producciones artísticas concertadas se registrarán por las propias del contrato de creación publicitaria en lo no incompatible con su naturaleza (art. 533-17).

Anteproyecto— de modo que la prestación típica del medio no sea una mera cesión *del espacio y tiempos necesarios para su difusión*, sino tal cesión unida al *desarrollo de la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario*; prestación esta típica de un contrato de obra como lo es la del medio de publicidad en el contrato de difusión.

Así entendido, la supuesta 'permuta publicitaria' vendría a ser un intercambio de obra por obra, de producto artístico con publicidad vinculada por su efectiva difusión. A este solo caso parece reconducirse la proyectada definición del *bartering publicitario*, no obstante la aparente amplitud objetiva del art. 533-16, supuestamente comprensiva, a primera vista y sin embargo, de cualquier cesión o licencia de explotación de producciones artísticas, con publicidad vinculada, a cambio de una cesión de uso de soportes para su difusión.

Desde este prisma se plantea, entonces, la cuestión crucial de cómo el *bartering publicitario* cumple la unitaria finalidad práctica pretendida.

La dicción del art. 533-17 favorece sobremanera la consideración de ser concebido el *bartering* como un contrato mixto o complejo en el que, según el esquema contractual, confluyen y se combinan las prestaciones típicas de otros contratos (de creación y difusión publicitarias) que, por ser compatibles, se funden en función de un único fin práctico⁴¹. Consecuentemente, su disciplina jurídica será la propia del tipo contractual regulador de cada una de las prestaciones, que es lo que viene a establecer el citado precepto, si bien salvando de su aplicación automática aquello en que resulte incompatible con la naturaleza de este contrato; incompatibilidad que difícilmente se puede llegar a atisbar desde la parquedad, por no decir ausencia, de un propio contenido normativo.

6. CONCLUSIÓN

En el Anteproyecto no se justifica la inclusión de la heterogénea categoría de los llamados contratos publicitarios —aglutinados sólo por encontrarse al servicio o en función de la publicidad— dentro de la más amplia y no menos heterogénea de contratos *de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales*. Las razones no son otras que la indudable proximidad de la causa de algunos de los clásicos contratos publicitarios —de creación y difusión— a la del contrato de obra por empresa 'publicitaria' y la sola y relativa conexión de algunos de ellos con una eventual cesión de derechos de explotación sobre bienes inmateriales que, curiosamente y en mayor medida, se encuentran protegidos por la propiedad intelectual, cuando no por los derechos de la personalidad (cf. EM VI-73 del Anteproyecto).

El régimen legal de los contratos publicitarios reclama un *Título* específico que no represente un mero traslado, con mínimos retoques, del material normativo de la

⁴¹ Rechazando que el objeto del contrato de empresa pueda integrar una prestación de *bartering publicitario*, se ha escrito que, en tal caso, «estaríamos en presencia de una pluralidad de contratos independientes y unidos, o al menos de un contrato plural con varias causas y, posiblemente con múltiple objeto, y ello aunque las prestaciones permitieran a las contrapartes actuar en el tráfico económico de forma interrelacionada o conexas» (VEGA VEGA, J.A. *El contrato de permuta comercial (BARTER)*, Ed. Reus, Madrid, 2011, p. 194 .

LGP, no escaso de defectos de técnica legislativa. Los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales sobre los más clásicos contratos publicitarios son hoy suficientemente abundantes como para ser desconsiderados a la hora de re-diseñar su esquema contractual, corrigiendo sus deficiencias.

Esos mismos pronunciamientos obligan, igualmente, a reconsiderar la supresión indiscriminada —carente de explicación alguna en la EM— de las *disposiciones generales* que hoy abren el Título III de la LGP y que, hasta ahora, han venido integrando el régimen de unos precarios tipos contractuales, que no se mejoran en el Anteproyecto.

La integración sistemática que todo Código debe pretender impone evitar una mera yuxtaposición de normas experimentadas con otras nuevas diseñadoras de novedosos tipos contractuales cuya proyectada delimitación y esquema contractual no justifiquen una consideración autónoma ni su catalogación, tal y como son conceptuados, entre los contratos a través de los cuales se desarrolla la industria publicitaria.

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR FERROCARRIL *

JOSÉ MANUEL MARTÍN OSANTE **

Resumen

La pérdida, la avería o el retraso en la entrega de la mercancía objeto del contrato de transporte ferroviario internacional de mercancías sometido a las Reglas Uniformes CIM, genera la oportuna responsabilidad del porteador, siempre que los daños se produzcan desde la recepción hasta la entrega de la mercancía. Esta atribución general de responsabilidad al porteador ferroviario, así como las diferentes causas de exoneración de la misma que contempla la regulación internacional, serán objeto de estudio en la presente contribución, al igual que el fundamento, los supuestos y el periodo de responsabilidad.

Contenido

1. Período de responsabilidad en el CIM. – 2. Supuestos de responsabilidad en el CIM. – 3. Fundamento de la responsabilidad del porteador en el CIM. – 4. Causas de exoneración de responsabilidad del porteador en el CIM. – 4.1. Clasificación. – 4.2. Causas no privilegiadas. – 4.2.1. Culpa del derechohabiente. – 4.2.2. Órdenes del derechohabiente. – 4.2.3. Vicio propio de la mercancía. – 4.2.4. Circunstancias inevitables. – 4.3. Causas privilegiadas. – 4.3.1. Transporte en vagón descubierto. – 4.3.2. Ausencia o defecto de embalaje. – 4.3.3. Carga por el expedidor o descarga por el destinatario. – 4.3.4. Naturaleza de determinadas mercancías. – 4.3.5. Defectos en la identificación de los bultos. – 4.3.6. Transporte de animales vivos. – 4.3.7. Transporte con acompañamiento.

1. PERÍODO DE RESPONSABILIDAD EN EL CIM

De acuerdo con las Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril (CIM), tras su modificación en virtud del Protocolo de Vilna de 1999¹, el porteador asume la responsabilidad por los daños que sufran las mercancías

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Nuevas soluciones jurídicas en materia de documentación y de responsabilidad ante la reestructuración del mercado del transporte”, concedido por el Ministerio español de Economía y Competitividad (Ref. DER2012-37543-C03-02).

** Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad del País Vasco (UPV/EHU).

¹ Para un examen detenido de la estructura del Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF) y de la consideración de las Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril (RU-CIM) como Apéndice B del COTIF, vid. PUETZ, A.,

como consecuencia de su pérdida, avería o retraso, pero siempre que tal daño se produzca dentro del denominado *período de responsabilidad*. Este período delimita temporalmente el comienzo y el fin de la obligación de custodia del porteador y con ello el período de tiempo durante el cual este porteador responderá por los daños que su incumplimiento ocasione a las mercancías. En este sentido, el CIM delimita este período de responsabilidad estableciendo como inicio del mismo «el momento de la recepción» de la mercancía y como final «la entrega de la misma» (art. 23.1), pero sin definir los términos «recepción» y «entrega».

El Protocolo de Vilna ha sustituido las expresiones que se venían empleando en las anteriores versiones del CIM para designar el momento inicial del período de responsabilidad: «desde su aceptación», por las actuales: «desde el momento de la recepción» coincidentes con las empleadas en el CMR (art. 17.1)². Esta sustitución responde a la superación del carácter real que presentaba el contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril en las anteriores versiones del CIM, y a su configuración en la versión actual como un contrato consensual³. Dada la mencionada ausencia en el CIM de un concepto de *recepción*, debe entenderse por tal el acto jurídico complejo en virtud del cual el porteador adquiere material y conscientemente la posesión y control de las mercancías con la finalidad de su transporte. Esta definición pone de manifiesto la necesidad de que concurra el elemento material de entrega de la mercancía al porteador y el aspecto intencional, a saber, la voluntad de éste de hacerse cargo de la mercancía para su transporte. Por consiguiente, los actos físicos unilaterales como, por ejemplo, la presentación de las mercancías por el cargador, la puesta de las mercancías a disposición del porteador, el aviso de llegada de las mercancías al almacén del porteador, etc. no tendrán la consideración de actos de *recepción* de la mercancía, porque para ello debería concurrir simultáneamente la voluntad de éste de recibir las mercancías para su transporte.

La determinación de si el período de responsabilidad se extiende a la *carga y/o descarga* de la mercancía dependerá de quién sea la persona obligada a realizar tales operaciones. De tal forma que las operaciones materiales de ejecución de la *carga y/o descarga* quedarán comprendidas en el período de responsabilidad, asumiendo el porteador la responsabilidad por los daños que sufran las mercancías durante su ejecución, únicamente si la carga y/o descarga incumben al porteador.

El momento final del período de responsabilidad lo constituye la *entrega* de las mercancías. Dado que el CIM no define lo que deba entenderse por entrega, la misma tendrá lugar cuando el porteador, de común acuerdo con el destinatario, ceda a éste la posesión y el control de las mercancías, poniéndose así fin a la obligación de custodia del porteador. Al igual que sucede con la recepción, la entrega requiere de la combinación del acto físico de entrega y del consentimiento del destinatario en dicha

Derecho de vagones, Régimen jurídico privado de la utilización de vagones de mercancías en tráfico ferroviario, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, pp. 42 y ss.

² Cfr. CLARKE, M. y YATES, D., *Contracts of carriage by land and air*, Informa Law, London-Singapore, 2004, p. 242; y *Rapport explicatif relatif aux Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises (CIM)*, 31 (www.otif.org).

³ Vid. FREISE, R., «Das neue internationale Eisenbahnfrachtrecht (CIM 1999)», *TranspR*, 11-12 (1999), p. 422.

entrega. En consecuencia, la entrega no se efectúa mediante simples actuaciones físicas unilaterales de llegada del ferrocarril a destino, de aviso de llegada de las mercancías al almacén del destinatario, etc.

2. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD EN EL CIM

La responsabilidad del porteador ferroviario regulada en los arts. 23 y ss CIM es una responsabilidad contractual⁴. Concretamente, el art. 23.1 CIM extiende la responsabilidad del porteador ferroviario a los tres supuestos típicos de incumplimiento del contrato de transporte, a saber, pérdida (total o parcial), avería de la mercancía, y retraso en la entrega⁵, pero sin definir lo que se entiende por cada uno de estos supuestos. Este silencio del CIM requeriría interpretar aquellos términos con cierto detenimiento, sin olvidar la necesidad de acudir al Derecho nacional (art. 8.2 COTIF). Sin embargo, teniendo en cuenta que son incumplimientos propios de todo contrato de transporte, es decir, no exclusivos del contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril, y que la entrega de la mercancía ha sido objeto de estudio específico con anterioridad, aquí únicamente serán apuntadas algunas cuestiones en torno a dichos incumplimientos.

La *pérdida* puede definirse como la falta de entrega en destino de todo (total) o parte (parcial) de las mercancías⁶. Esta pérdida constituye una imposibilidad definitiva de entrega, sin perjuicio de que los meros retrasos superiores a los treinta días siguientes a la expiración de los plazos de entrega permitan presumir la pérdida de dicha mercancía (art. 29 CIM). A tal efecto, resulta indiferente que el paradero de las mercancías sea conocido o no⁷. Por otra parte, la *avería* consiste en una alteración de la mercancía (oxidación, moho, rotura, arañazos, etc.) que provoca una disminución de su valor. El porteador entrega la mercancía transportada, pero con daños. A diferencia de la pérdida en la que se ocasiona una disminución cuantitativa de la mercancía, en la avería se produce una disminución cualitativa de la mercancía. Y, finalmente, el *retraso* se concibe como la entrega de la mercancía con posterioridad al plazo previsto, con la particularidad de que el CIM fija expresamente los plazos máximos de entrega, en defecto de pacto al respecto⁸, y que para atribuir responsabilidad por retraso al porteador ferroviario debe rebasarse el plazo máximo de entrega, sin que sea objeto de valoración la posibilidad de haber realizado el transporte en un plazo más breve⁹.

⁴ Así, MUTZ, G., *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 7, Viertes Buch, Transportrecht*, C. H. Beck, München, 1997, Art. 36 CIM, n. 3.

⁵ En este sentido, CLARKE y YATES, *Contracts of carriage by land and air, op. cit.*, p. 171; y DURAND, P., *Les transports internationaux (ferroviaires et mixtes). Etude comparée des nouvelles conventions de Berne mises en application le 1er mars 1956*, Sirey, Paris, 1956, p. 206.

⁶ Igualmente, HAENNI, J., «Carriage by rail», en RODIÈRE, R. (dir.) *International encyclopedia of comparative law, vol. XII, Law of transport, Chap. 2*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1973, p. 111.

⁷ Como advierte, RODIÈRE, R., *Droit des transports terrestres et aériens*, 2ª ed., Sirey, Paris, 1977, p. 564.

⁸ Cfr. PUETZ, *Derecho de vagones...*, *op. cit.*, p. 292.

⁹ MUTZ, *Münchener Komm.*, *op. cit.*, Art. 27 CIM, n. 3.

3. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR EN EL CIM

La regulación de la responsabilidad en el CIM comienza con una declaración general de responsabilidad del porteador ferroviario por los daños que se ocasionen a las mercancías como consecuencia de pérdida, avería o retraso, desde la recepción hasta la entrega, y con independencia de cuál sea la infraestructura ferroviaria empleada (art. 23.1 CIM). Ahora bien, esta atribución de responsabilidad al porteador no presenta un fundamento claro, debido a que dicho precepto guarda silencio acerca de si la culpa (probada o presunta) juega algún papel en el régimen de responsabilidad relativo al transporte internacional de mercancías por ferrocarril. Este silencio ha dado lugar, fundamentalmente, a dos tipos de interpretaciones, una primera conforme a la cual el CIM acogería un régimen de responsabilidad con independencia de la culpa del porteador, es decir, una responsabilidad objetiva o, específicamente, por riesgo¹⁰, y de acuerdo con la segunda el CIM adoptaría un régimen de responsabilidad por culpa presunta del porteador¹¹.

Previamente a cualquier pronunciamiento acerca del fundamento concreto de la responsabilidad del porteador ferroviario prevista en el CIM debe advertirse que la característica fundamental de toda responsabilidad objetiva consiste en la atribución de responsabilidad con independencia de si el sujeto responsable (en este caso el porteador ferroviario) incurrió o no en culpa. Este dato deviene completamente inoperante a los efectos de imputar una responsabilidad objetiva, pues el responsable lo es objetivamente, es decir, haya actuado de forma diligente o negligente. Por otra parte, la imposición de una responsabilidad objetiva en contra del porteador es perfectamente compatible con la fijación de causas de exoneración de dicha responsabilidad tales como, por ejemplo, la fuerza mayor o el caso fortuito. En este sentido, la responsabilidad objetiva será plena o absoluta cuando su normativa reguladora no prevea causa de exoneración alguna, y relativa o atenuada cuando sí se establezca alguna causa de exoneración.

Realizadas las anteriores observaciones y a la vista de la regulación de la responsabilidad del transportista adoptada, particularmente, en los arts. 23 a 25 CIM, las dudas en torno al fundamento de la responsabilidad del porteador ferroviario deben disiparse en el sentido de que el CIM adopta un régimen de responsabilidad objetiva, es decir, con independencia de que concurra o no culpa. Dos son los argumentos que sirven de fundamento a esta afirmación:

¹⁰ En esta línea, NÁNÁSSY, B., *Das Internationale Eisenbahnfrachtrecht*, GOF-Verlag, Wien, 1956, pp 516 a 519; FINGER, H.-J., *Internationaler Eisenbahnverkehr*, 2ª ed., Beck, München-Berlin, 1965, p. 71; WICK, J., *Das Internationale Eisenbahnfrachtrecht*, GOF-Verlag, Wien, 1974, pp. 240 a 242; DUBISCHAR, R., *Grundriß des gesamten Gütertransportrechts*, Frankfurt am Main, 1987, p. 73; y MUTZ, G., «Le Droit de transport international ferroviaire en pleine mutation», *Liber Amicorum Jacques Putzeys. Études de Droit des Transports*, Bruxelles, 1996, p. 557.

¹¹ Cfr. HELM, J.G., *Haftung für Schäden an Frachtgütern*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1966, pp 35 y 36; y HAENNI, «Carriage by rail», *op. cit.*, p. 112.

- 1º. La prueba de la diligencia del porteador no le libera de su responsabilidad por los daños a las mercancías derivados de pérdida, avería o retraso¹². Efectivamente, las únicas causas de exoneración son las expresamente previstas en el art. 23.2 y 3 CIM, y entre éstas no se encuentra la prueba de la diligencia o de la ausencia de culpa del porteador. Si el régimen de responsabilidad fuese por culpa presunta, debería admitirse la posibilidad de que el porteador pueda privar de eficacia a dicha presunción acreditando su actuación diligente o, si se prefiere, la ausencia de culpa. De lo contrario, es decir, si se presumiese la culpa y no se admitiese al porteador que acredite su diligencia, la presunción sería *iuris et de iure*, lo que constituiría una ficción jurídica, ya que el fundamento real de la responsabilidad no sería la culpa sino que la responsabilidad se atribuiría verdaderamente con independencia de si concurrió o no culpa, pues nunca podrá acreditarse la ausencia de culpa. En definitiva, la responsabilidad se atribuiría objetivamente.
- 2º. Si el CIM hubiese pretendido establecer un régimen general de responsabilidad del porteador ferroviario por culpa presunta, lo habría hecho constar así expresamente, previendo en el art. 23 la posibilidad de que éste acreditase que el daño no ha sido ocasionado por su culpa. Así se deduce de lo dispuesto en el art. 24.1 CIM, precepto en el que se regula un supuesto concreto de responsabilidad en función de la particular mercancía transportada, a saber, vagones («vehículos ferroviarios»), y en el que tras la declaración de responsabilidad del porteador se le permite liberarse de la misma aportando pruebas de que el daño a la mercancía no ha sido originado por culpa suya. Este art. 24.1 CIM sí que instaura una responsabilidad por culpa presunta con inversión de la carga de la prueba, al admitir al porteador que se libere de la misma mediante la prueba de la ausencia de culpa. Sin embargo, el art. 23 CIM no contempla esta opción, lo que abunda en la ya señalada configuración objetiva de la responsabilidad del porteador ferroviario.
- 3º. No se comparte la tesis de que la culpa presunta se encuentra implícitamente prevista en la mención que realiza el art. 23.2 CIM a las *circunstancias inevitables*. Ciertamente, la determinación de si las circunstancias concretas alegadas por el porteador fueron o no evitables exigirá tomar como referencia un patrón de diligencia (la diligencia del buen padre de familia u otros). Ahora bien, si el porteador pretende exonerarse de responsabilidad deberá acreditar la concurrencia de alguna circunstancia inevitable concreta (además de la inevitabilidad de las consecuencias y del nexo de causalidad entre esa circunstancia inevitable y los daños sufridos por la mercancía). Suponiendo que el porteador lograra acreditar que obró diligentemente (algo sin duda complicado a la luz de la progresiva objetivación jurisprudencial de la responsabilidad del empresario), esto no conduciría necesariamente a considerar que el daño se ha producido por una circunstancia inevitable, pues tal daño podría tener un origen diverso: culpa del derechohabiente, vicio propio, etc. La prueba de la diligencia supondría que -en ese momento procesal- la causa del daño permanecería desconocida, y la responsabilidad del porteador intacta. En definitiva, la prueba de la

¹² Así, GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2001, pp. 517 y 518.

diligencia no exonera de responsabilidad y, por lo tanto, cabe concluir que el CIM no acoge un régimen de responsabilidad por culpa (presunta, presunta con inversión de la carga de la prueba, agravada u otras).

La trascendencia práctica de diferenciar entre un régimen de responsabilidad del porteador ferroviario por culpa presunta y otro de responsabilidad objetiva es francamente escasa. No obstante, al tratarse de un régimen de naturaleza objetiva el contemplado en el CIM, el Juez podrá inadmitir aquellas pruebas propuestas por la representación del porteador dirigidas únicamente a probar su diligencia, dado que la prueba de su diligencia no le exonera de responsabilidad. Para ello deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas de exoneración de su responsabilidad específicamente previstas en el CIM.

4. CAUSAS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR EN EL CIM

4.1. Clasificación

Tras enunciar el régimen general de responsabilidad del porteador ferroviario por pérdida, avería y retraso, el art. 23 CIM pasa a regular, en sus apartados 2 y 3, las conocidas como *causas de exoneración* de responsabilidad de dicho transportista. Estas causas de exoneración constituyen una serie de supuestos que permiten al porteador liberarse de su responsabilidad, a modo de compensación por la rigurosidad con que el CIM trata al porteador, tal como resulta de que al perjudicado le baste —en principio— con acreditar que el daño se produjo durante el período de responsabilidad (entre la recepción y la entrega) para hacer responsable al porteador.

Las causas de exoneración se dividen en dos grupos: las causas *no privilegiadas* (defences) previstas en el art. 23.2 CIM y las causas *privilegiadas* (special risks) del art. 23.3 CIM¹³. Una importante diferencia entre ambos grupos de causas de exoneración es que las causas no privilegiadas permiten al transportista exonerarse de responsabilidad por pérdida, por avería y por retraso, mientras que las causas privilegiadas únicamente permiten al transportista liberarse de su responsabilidad por pérdida y por avería, pero no por retraso¹⁴. Ahora bien, el criterio empleado para agrupar tales causas es el de la carga de la prueba, como se indica a continuación.

En todo régimen de responsabilidad por daños presenta una gran importancia la regulación de los aspectos relativos a la prueba, ya que permite identificar a la persona que deberá aportar las oportunas pruebas de los daños acaecidos, de la acción u omisión que los ocasionó, de la concurrencia de alguna causa de exoneración, etc. En este sentido, el CIM no establece un régimen completo y cerrado de la prueba en el

¹³ Cfr. NÁNÁSSY, *Das Internationale Eisenbahnfrachtrecht*, op. cit., 524, 537; HELM, *Haftung für Schäden an Frachtgütern*, op. cit., p. 43; y BECKER, D., *Die Haftung der Eisenbahn nach nationalem und internationalem Frachtrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, p. 81.

¹⁴ Vid. CLARKE y YATES, *Contracts of carriage by land and air*, op. cit., pp. 172 y 243; y EMPARANZA SOBEJANO, A., «El transporte internacional de mercancías por ferrocarril (COTIF-CIM)», en CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L., (Dir.), *Manuales de Formación Continuada-Consejo General del Poder Judicial*, n. 21, vol. I, Madrid, 2002, p. 445.

transporte internacional de mercancías por ferrocarril (pruebas admisibles, valoración de la prueba, quién soporta el riesgo de que no se acredite la causa concreta del daño, etc.). Únicamente se ocupa, en su art. 25, de precisar sobre quién recae la carga de probar los hechos o riesgos que permiten exonerarse de responsabilidad y de presumir para determinados supuestos la relación de causalidad entre el riesgo y el daño.

La *carga de la prueba* de las causas de exoneración *recae sobre el porteador ferroviario*¹⁵. Así se deduce del tenor literal del art. 25 CIM que en sus párrafos 1º y 2º alude expresamente a que será el «transportista» quien debe acreditar los hechos o los riesgos especiales de los arts. 23.2 y 23.3 si pretende exonerarse de responsabilidad. Esta atribución al porteador de la carga de la prueba es una consecuencia lógica del principio general de presunción de responsabilidad del porteador ferroviario que instaura el CIM (en el art. 23) por los daños acaecidos a las mercancías durante el período de custodia (desde la recepción hasta la entrega). Si se parte de una presunción de responsabilidad del porteador por los daños sufridos por las mercancías, acreditados éstos, será el porteador quien deberá realizar el oportuno esfuerzo probatorio para vencer tal presunción, pues de lo contrario será declarado responsable.

Por otra parte, la atribución de la carga de la prueba al porteador ferroviario se ajusta al principio de *facilidad probatoria*, en la medida que al porteador le resulta más fácil acreditar cuál ha sido la causa concreta de los daños sufridos por las mercancías. El remitente pierde el control sobre las mercancías una vez que las entrega al ferrocarril, siendo éste quien pasa a poseer y controlar tales mercancías, por lo que asume la responsabilidad por su custodia. Como consecuencia, de producirse algún daño a las mismas durante el transporte será el porteador quien podrá determinar con mayor facilidad la causa concreta del daño, al conocer las circunstancias en las que se desarrolló dicho transporte (cualificación del personal empleado para realizar el transporte, características de los vehículos utilizados, estado de la mercancía, etc.) o, al menos, asumiendo la obligación legal de conocer cómo se ha ejecutado el mismo.

Por lo que se refiere a las causas no privilegiadas, para que el porteador pueda liberarse de su responsabilidad por los daños sufridos por la mercancía durante el período de custodia, debe acreditar, en primer lugar, la concurrencia del hecho concreto (culpa del derechohabiente, órdenes del derechohabiente, vicio propio de la mercancía o circunstancias inevitables) y, en segundo lugar, la relación de causalidad entre ese hecho y el daño sufrido por la mercancía (art. 25.2 CIM). Al respecto cabe realizar dos observaciones: 1ª). Si el porteador recurre a las circunstancias inevitables para liberarse de responsabilidad, debe acreditar la concreta causa inevitable que ocasionó el daño a la mercancía, o de lo contrario debe responder por tal daño. 2ª). Si el porteador se ampara en las órdenes del derechohabiente, debe probar la orden y que dicha orden ha ocasionado un daño a la mercancía, y al derechohabiente le corresponde acreditar la culpa del porteador y que esta culpa fue la causante de que se impartiese la orden, para evitar que se aplique esta causa no privilegiada de exoneración.

¹⁵ Como señalan, ALLÉGRET, M., «Transports Internationaux Ferroviaires», *Juris-Classeur Transport*, Vol. 1, 1999, fasc. 685, p. 13; y CLARKE y YATES, *Contracts of carriage by land and air*, *op. cit.*, pp 183 y 184.

En el caso de las causas privilegiadas, el porteador deberá acreditar la concurrencia de alguno de los riesgos especiales del art. 23.3 CIM (transporte efectuado en vagón descubierto, ausencia o defecto de embalaje...) y la mera probabilidad de que ese riesgo haya podido ocasionar el daño, por cuanto el art. 25.2 CIM presume –*iuris tantum*– que (acreditada la mera posibilidad) la causa del daño ha sido tal riesgo. La mera probabilidad o verosimilitud no consiste simplemente en alegar la concurrencia del riesgo especial, ni en especulaciones teóricas ajenas al caso concreto, pero tampoco puede equipararse a la prueba de la relación de causalidad de las causas no privilegiadas de exoneración. Ahora bien, la relación de causalidad se presume únicamente en los supuestos de daños por pérdidas y por averías, no por retraso, dado que las causas privilegiadas se aplican únicamente a los daños derivados de pérdidas o averías¹⁶.

Existe una única excepción a la mencionada presunción de nexo de causalidad, a saber, la alegación de que el transporte se efectuó en vagón descubierto [art. 23.3.a) CIM] cuando la pérdida sea de «importancia anormal o pérdida de bultos» (art. 25.3 CIM). En este caso la presunción no se aplica, pero para ello el derechohabiente deberá acreditar previamente la existencia de esa «pérdida de importancia anormal o pérdida de bultos», es decir, la pérdida de paquetes o bultos, o la disminución anormal de peso. Y la inaplicabilidad de dicha presunción de nexo de causalidad no impedirá que el porteador pueda acreditar que efectivamente el daño a las mercancías se produjo por la utilización de vagón descubierto.

La mencionada presunción de relación de causalidad entre riesgo especial y daño sufrido por la mercancía es una presunción *iuris tantum*, pues el art. 25.2 *in fine* CIM dispone que «el derechohabiente conservará, no obstante, el derecho a probar que el daño no ha sido motivado, total o parcialmente, por uno de dichos riesgos». Este derecho de aportar pruebas en contra de aquella presunción (contraprueba) se encuentra previsto de forma expresa en el CIM (art. 25.2), aunque sólo para los supuestos de causas privilegiadas de exoneración («riesgos especiales»). No obstante, debe entenderse que el derechohabiente también podrá aportar contraprueba en relación con las causas ordinarias de exoneración, a fin de acreditar que la verdadera causa del daño no radica en el hecho alegado por el porteador¹⁷.

La contraprueba que deberá aportar el derechohabiente consistirá bien en acreditar (prueba negativa) que no existió realmente relación de causalidad entre el hecho o riesgo alegado y probado por el porteador y el daño sufrido por la mercancía, o bien en acreditar (prueba positiva) que el daño se produjo realmente por otra causa diferente a la alegada por el porteador y de la que éste debe responder (como, por ejemplo, la culpa de este transportista). Obviamente la presunción de nexo de causalidad quedará desvirtuada si el derechohabiente prueba cuál fue la causa real del daño, siendo ésta diferente a la alegada por el porteador. Sin embargo, al derechohabiente no se le exige que pruebe la causa concreta del daño para desvirtuar la presunción de nexo de causalidad, sino que le basta con acreditar que el riesgo concreto alegado por el porteador no ha sido la causa del daño a la mercancía.

¹⁶ Como advierte, GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Transporte por ferrocarril (II). Derecho internacional» en MARTÍNEZ SANZ, F., (Dir.) y PUETZ, A., (Coord.), *Manual de Derecho del transporte*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 323.

¹⁷ Vid. KOLLER, I., *Transportrecht*, 6ª ed., C.H.Beck, München, 2007, Art. 25 CIM, n. 2.

4.2. Causas no privilegiadas

4.2.1. Culpa de la derechohabiente

La primera causa de exoneración no privilegiada es la «culpa del derechohabiente» (art. 23.2 CIM). Al respecto, bajo la expresión «*derechohabiente*» («*ayant droit*», «*person entitled*», «*Berechtigten*») quedan incluidos tanto el expedidor como el destinatario¹⁸, en cuanto personas legitimadas para ejercitar contra el transportista las acciones judiciales derivadas del contrato de transporte, al amparo del art. 44 CIM. El dato relevante aquí para identificar a la persona concreta que ostenta la condición de derechohabiente lo constituye el momento en el que se hubiera producido el daño. Por lo tanto, la culpa del expedidor y la del destinatario permitirán al transportista exonerarse de responsabilidad, aportando las oportunas pruebas de dicha culpa y de la relación de causalidad entre ésta y el daño sufrido por la mercancía.

En la práctica resulta más frecuente que concurra la culpa del cargador que la del destinatario. En cualquier caso, lo cierto es que la culpa del derechohabiente es una causa de exoneración escasamente empleada en la práctica. Esto se debe a que los supuestos típicos de culpa del derechohabiente (culpa del cargador en el embalaje o en la carga) constituyen causas privilegiadas de exoneración en virtud del art. 23.3.b) y c) CIM, por lo que el transportista prefiere recurrir a esta última vía para exonerarse de responsabilidad¹⁹. Otro motivo de la escasa utilización práctica de la culpa del derechohabiente como causa de exoneración es que ésta puede solaparse con la segunda causa no privilegiada de exoneración, a saber, las órdenes del derechohabiente que no deriven de una falta del transportista.

Identificado el derechohabiente, se plantea la necesidad de concretar el patrón de diligencia que le es exigible. El CIM no precisa dicho aspecto, por lo que debe entenderse que la diligencia exigible al derechohabiente es la ordinaria²⁰. No hay razón alguna para exigir al derechohabiente una diligencia acentuada como la que se requiere al porteador ferroviario. Es por ello que el porteador no podrá alegar cualquier negligencia del derechohabiente sino exclusivamente la que constituya un quebranto del parámetro de diligencia mencionado.

La culpa del derechohabiente, al igual que cualquier otra negligencia, puede consistir en una acción o en una omisión. En este sentido, supuestos concretos calificables como culpa del derechohabiente serían, por ejemplo, los de retrasos ocasionados por la negligencia del expedidor por no aportar documentación, por no aportar la documentación correcta o por no suministrarla en tiempo, el cierre insuficiente por culpa del expedidor de un vagón cisterna, etc.

¹⁸ Así, WICK, *Das Internationale Eisenbahnfrachtrecht*, op. cit., p. 244; SPERA, K., *Internationales Eisenbahnfrachtrecht*, Wien, 1986, p. 36.6; y KOLLER, *Transportrecht*, op. cit., Art. 23 CIM, n. 4.

¹⁹ En este sentido, CLARKE y YATES, *Contracts of carriage by land and air*, op. cit., pp. 172 y 243.

²⁰ Previamente, MARTÍN OSANTE, J.M. y MARTÍNEZ BALMASEDA, A., «Responsabilidad del porteador ferroviario por incumplimiento: fundamento y supuestos», en EMPARANZA SOBEJANO, A. y RECALDE CASTELLS, A., *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 188.

4.2.2. Órdenes del derechohabiente

El transportista ferroviario puede exonerarse de responsabilidad acreditando que la mercancía ha sido dañada por una orden del derechohabiente «que no se derive de una falta del transportista» (art. 23.2 CIM). A pesar de que este precepto no alude expresamente al derechohabiente como la persona que debe impartir la orden, así se deduce del empleo de los términos «orden *del mismo*» inmediatamente después de haberse referido a la culpa del «derechohabiente». Y como ya se ha indicado en el apartado anterior, con la expresión «derechohabiente» el CIM se está refiriendo al expedidor y al destinatario. Por lo tanto, las órdenes tanto del expedidor como del destinatario constituirán causa de exoneración para el porteador ferroviario.

En relación con la interpretación de lo que deba entenderse por “orden” cabe realizar las siguientes consideraciones:

- 1^a. Las *órdenes* del art. 23.2 CIM son equiparables a las *instrucciones* del art. 17.2 CMR. En este sentido, las órdenes serán consideradas como tales en la medida que sean vinculantes. De lo contrario, estaríamos en presencia de recomendaciones, apreciaciones, observaciones..., que podrán o no ser atendidas por el porteador, y en caso de atenderse harían responsable al mismo por sus propias decisiones.
- 2^a. Las órdenes deben impartirse por persona legitimada para ello y ser lícitas²¹, pues de lo contrario el porteador no tendría la obligación de seguirlas y en caso de respetar órdenes ilícitas él mismo incurriría en negligencia. Por otra parte, las órdenes deben ser claras, y si no lo fuesen el porteador deberá solicitar las oportunas aclaraciones, ya que de no solicitarlas el daño ocasionado a la mercancía podría imputarse a la culpa (compartida o exclusiva) de dicho porteador.
- 3^a. Las órdenes deben interpretarse, por tanto, en un sentido más amplio que el de las órdenes de modificación del contrato de transporte (derecho de contraorden)²². Así, por ejemplo, las órdenes sobre los cuidados que requieren las mercancías durante su transporte y las informaciones consignadas en la carta de porte, tendrían la consideración de órdenes a los efectos del art. 23.2. CIM.
- 4^a. Las órdenes pueden ser negligentes o diligentes. Limitar la aplicación de esta causa de exoneración a los supuestos de órdenes negligentes supondría cercenar su ámbito de aplicación pues se solaparía con la primera causa no privilegiada de exoneración (culpa del derechohabiente).

El porteador ferroviario no podrá alegar con éxito esta causa de exoneración cuando la orden que haya impartido el derechohabiente derive de la culpa de dicho porteador. En consecuencia, para que el porteador no pueda hacer uso de la presente causa de exoneración deben concurrir la culpa del porteador y la relación de causa a efecto entre la culpa y la orden dictada por el derechohabiente. En estos casos el porteador acreditará que el derechohabiente ha dictado una orden determinada y que dicha orden ha ocasionado un daño a la mercancía, mientras que al derechohabiente le corresponderá probar la culpa del porteador y que esta culpa fue la causante de que impartiese la orden.

²¹ Conforme indica, MARTÍNEZ SANZ, F., *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–*, Comares, Granada, 2002, p. 192.

²² Cfr. ALLÉGRET, «Transports Internationaux Ferroviaires», *op. cit.*, p. 6.

4.2.3. Vicio propio de la mercancía

La tercera causa de exoneración no privilegiada es el «vicio propio de la mercancía (deterioro interno, mermas, etc.)», conforme dispone el art. 23.2 CIM. Este precepto no define el vicio propio, si bien aporta –entre paréntesis– dos ejemplos de vicio propio: deterioro interno y mermas, a fin de esclarecer el alcance de dicha causa de exoneración, pero sin que tales ejemplos agoten los muchos otros supuestos que pueden ser constitutivos de vicio propio de la mercancía (no es un *numerus clausus*), como lo demuestra la utilización de la abreviatura «etc.» con posterioridad a los dos ejemplos mencionados. En ausencia de un concepto legal, doctrina y jurisprudencia han ido perfilando lo que deba entenderse por vicio propio. En este sentido, el vicio propio es un defecto atípico de una determinada mercancía, un defecto que no es propio de la clase, especie o categoría a la que pertenece tal mercancía. El defecto no se encuentra presente en la generalidad de las mercancías de esa clase sino únicamente en las concretas mercancías transportadas, de ahí que se trate de cualidades especiales de dichas mercancías concretas.

Este concepto permite distinguir el «vicio propio de la mercancía» de una causa privilegiada de exoneración con la que presenta ciertas similitudes, a pesar de las indudables diferencias existentes entre ambas, a saber, la «naturaleza de determinadas mercancías». El *vicio propio* alude a las cualidades especiales de la concreta mercancía transportada que no afectan a la totalidad de las mercancías de su clase, mientras que la *naturaleza* se refiere a las cualidades típicas de esa clase de mercancías, no es un defecto de la mercancía sino una cualidad propia de la misma: el cristal está expuesto por su naturaleza a sufrir roturas, el hierro podrá oxidarse, las plantas naturales quedan expuestas a secarse con facilidad, etc.²³ Los supuestos concretos de vicio propio de la mercancía son muy diversos, si bien pueden indicarse algunos ejemplos como la enfermedad de un animal, los parásitos que afecten a una partida de pescado, la humedad de los cereales o las legumbres a transportar, la pre-refrigeración insuficiente de la carne, etc.

La alegación de esta causa no privilegiada de exoneración suele hacerse depender del desconocimiento por el porteador de dicho vicio. Concretamente, se afirma en doctrina que si al porteador se le informa del vicio propio que afecta a la mercancía a transportar éste no podrá hacer uso de la presente causa de exoneración, por cuanto ese conocimiento desvanecería la razón de ser de dicha causa, pasando esas mercancías viciadas de formar parte de una más amplia clase de mercancías a conformar por sí solas una *clase* de mercancías. No obstante, esta importante restricción que se le impone al porteador en cuanto a la alegación de la presente causa de exoneración carece de amparo, al menos expreso, en el CIM. El art. 23.2 CIM alude literalmente al «vicio propio de la mercancía (deterioro interno, mermas, etc.)» como causa de exoneración, sin referirse en ningún momento al conocimiento o desconocimiento por parte del porteador de dicho vicio.

²³ Vid. EMPARANZA SOBEJANO, «El transporte internacional de mercancías por ferrocarril (COTIF-CIM)», *op. cit.*, p. 443.

4.2.4. Circunstancias inevitables

Con una redacción poco precisa el art. 23.2 *in fine* CIM acoge la cuarta y última causa de exoneración no privilegiada de responsabilidad del porteador ferroviario, a saber, aquellas «circunstancias que el transportista no haya podido evitar y cuyas consecuencias no haya podido obviar». Que su redacción es mejorable lo demuestra el hecho de que doctrina y jurisprudencia interpretan y aplican contradictoriamente dicha causa. Esta situación genera una inseguridad jurídica particularmente preocupante, si tenemos en cuenta que esta causa de exoneración plasma el límite general de responsabilidad que el CIM impone al porteador y que los términos empleados son tan amplios que en la práctica el porteador podrá recurrir a ella siempre que no pueda alegar otra causa concreta de exoneración, es decir, con carácter subsidiario.

Para intentar aclarar el significado de la presente causa de exoneración debería responderse, al menos, a dos cuestiones: 1ª. Si las expresiones empleadas se están refiriendo implícitamente a dos instituciones típicas liberadoras de responsabilidad como son la fuerza mayor y el caso fortuito. 2ª. Cuál es el patrón de diligencia exigible al porteador, a fin de precisar si las circunstancias y sus consecuencias fueron evitables.

1ª. La versión del CIM de 1933 mencionaba a la *fuera mayor* como causa de exoneración. Sin embargo, este concepto fue sustituido en la revisión del CIM de 1952 por una fórmula nueva (la prevista en el vigente art. 23.2 CIM: «circunstancias que el transportista no haya podido evitar y cuyas consecuencias no haya podido obviar») con la que se pretendió superar las diferentes interpretaciones que recibía la fuerza mayor en los estados parte del convenio²⁴. Es así que en la actualidad el CIM no contempla expresamente la fuerza mayor ni el caso fortuito como causas de exoneración. Entre los términos empleados por el actual 23.2 CIM para enunciar la presente causa liberadora de responsabilidad la *inevitabilidad* ocupa un lugar central. Para alegar esta causa se requiere que las circunstancias hayan sido inevitables y que las consecuencias de dichas circunstancias no se hubieran podido obviar (en definitiva, impedir, prevenir o evitar). Ninguna mención se realiza a la *imprevisibilidad*. En este sentido, faltaría un elemento tradicional de la fuerza mayor, la imprevisibilidad. Ahora bien, esta ausencia no debe interpretarse en el sentido de que la presente causa de exoneración no acoja la fuerza mayor. Al contrario, esta causa es más amplia que la fuerza mayor, de tal suerte que bajo la misma tienen cabida la fuerza mayor y el caso fortuito, por tratarse ambos de sucesos inevitables²⁵, así como el resto de circunstancias inevitables y cuyas consecuencias no se hubieran podido obviar. Será irrelevante, a efectos de poder alegar esta causa de exoneración, si el hecho o la circunstancia era previsible o imprevisible, propio de la naturaleza o no, interno o externo (a la organización empresarial del porteador o, si se prefiere, a su ámbito de control). Lo único relevante será la inevitabilidad del hecho y de sus consecuencias.

²⁴ Así, BECKER, *Die Haftung der Eisenbahn*, op. cit., p. 112; y ALLÉGRET, «Transports Internationaux Ferroviaires», op. cit., p. 7.

²⁵ WICK, *Das Internationale Eisenbahnfrachtrecht*, op. cit., pp. 245 a 247.

2^a. La delimitación de las circunstancias y consecuencias inevitables requiere tener presente el grado o patrón de diligencia exigible en cada caso. Las circunstancias y sus consecuencias no son evitables o inevitables *per se*, sino que debe acudirse al oportuno patrón de diligencia exigible para aplicarlo al supuesto concreto y solamente tras efectuar esta comparación entre el patrón de actuación diligente y la conducta concreta desplegada por el porteador será cuando podrá determinarse si la circunstancia y sus consecuencias fueron evitables o inevitables. Ahora bien, el CIM no aporta un patrón de diligencia aplicable al porteador ferroviario. Ante este silencio se han propuesto diferentes modelos de diligencia (más o menos rigurosos) exigibles. Entre estos patrones debe destacarse el propuesto por la doctrina alemana y posteriormente compartido por múltiples autores de otros países, conocido como: la *máxima diligencia económicamente exigible*²⁶. Conforme a este criterio, el porteador queda liberado de responsabilidad cuando acredite haber adoptado una diligencia máxima; pero ello debe valorarse desde un punto de vista económico, de forma que al porteador no se le podrá exigir que adopte medidas de prevención de daños cuyo coste exceda de la suma que en su conjunto tendría que abonar en caso de ser declarado responsable.

Sin embargo, y admitiendo las ventajas que ofrece aplicar dicho criterio económico en este ámbito, consideramos que presenta un insuficiente amparo legal, pues el propio COTIF precisa en su art. 8.2 cómo deben colmarse las hipotéticas lagunas de dicho Convenio, del que –como ya es conocido– forma parte el CIM. Concretamente, este precepto dispone que «a falta de estipulaciones en el Convenio, será aplicable el derecho nacional». Por lo tanto, detectada una laguna en el CIM, a saber, la ausencia de un patrón de diligencia, la misma debe colmarse aplicando el Derecho interno y el patrón general de diligencia previsto en el respectivo ordenamiento jurídico interno.

4.3. Causas privilegiadas.

4.3.1. Transporte en vagón descubierto

El art. 23.3 a) CIM alude al transporte en vagón descubierto como riesgo especial que permite al transportista exonerarse de responsabilidad, pero no aporta una definición de lo que debe entenderse por tal modalidad de transporte. No obstante, dicho precepto contiene una nueva redacción, tras el Protocolo de Vilna de 1999, precisando si las mercancías transportadas en determinadas condiciones deben considerarse, a efectos de responsabilidad, como transportadas en vagón cubierto o abierto. En concreto, el transporte realizado en unidades de transporte intermodal y en vehículos de carretera cerrados enviados en vagones se considera efectuado en vagones cubiertos. Asimismo, el precepto equipara la utilización por el expedidor de toldos para el transporte de

²⁶ Cfr. MUTZ, *Münchener Komm., op. cit.*, Art. 36 CIM, n. 10.

mercancías a la utilización de un vagón descubierto²⁷. En este sentido, puede afirmarse que el transporte de las mercancías se efectúa en vagón descubierto cuando éste se encuentre abierto por la parte superior, así como en los casos en que, aunque disponga de techo, se encuentre abierto por los costados o la cobertura sea simplemente un toldo²⁸.

El transporte en vagón descubierto supone un riesgo añadido para las mercancías, que se ven más fácilmente expuestas al deterioro, al estar en contacto directo con el exterior²⁹. La carga puede verse dañada no sólo por factores climáticos sino también por cualquier partícula que pueda estar en el aire y sea susceptible de ocasionar algún perjuicio a las mercancías. En concreto, se incrementa el riesgo de que se deterioren las mercancías debido a la oxidación, desgastes, escapes de productos químicos, fuego accidental en vagones adyacentes o impacto del granizo u otras inclemencias meteorológicas³⁰.

4.3.2. Ausencia o defecto de embalaje

El transportista quedará liberado de responsabilidad cuando la pérdida o avería resulten de la ausencia o defecto de embalaje de las mercancías que, por su naturaleza, están expuestas a pérdidas o averías si van sin embalar o mal embaladas [art. 23.3 b) CIM]³¹. Como este precepto no concreta los supuestos en los que una mercancía necesita ser embalada, cabe señalar que ello resultará necesario cuando las mercancías no resistirían los daños ordinarios de un transporte en condiciones normales³².

Si el transportista pretende ampararse en la presente causa de exoneración, será necesario que la persona obligada a realizar el embalaje de las mercancías para su transporte por ferrocarril sea el expedidor. Así resulta del art. 14 CIM, en el que se parte de que es el expedidor quien se ocupa de las operaciones de embalaje y acondicionamiento de la mercancía para su transporte, al ser él quien mejor conoce la mercancía y quien puede establecer el embalaje más adecuado para la misma³³. Ahora bien, nada impide que las partes designen al transportista como encargado de esta

²⁷ Vid., MARTÍN OSANTE, y MARTÍNEZ BALMASEDA, «Responsabilidad del porteador ferroviario...», en EMPARANZA SOBEJANO y RECALDE CASTELLS, *El contrato de transporte internacional...*, op. cit., p. 195.

²⁸ Como advierten, CLARKE y YATES, *Contracts of carriage by land and air*, op. cit., p. 176; y KOLLER, *Transportrecht*, op. cit., Art. 23.3 CIM, n. 7.

²⁹ En esta línea, GÓRRIZ LÓPEZ, *La responsabilidad en el contrato de transporte...*, op. cit., pp. 506 y 507; y, para el CMR, MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, op. cit., pp. 252 y 253.

³⁰ Cfr. MARTÍNEZ BALMASEDA, A., «Régimen de responsabilidad del porteador: fundamento, supuestos y causas de exoneración», *Revista de Derecho del Transporte*, 2010, n. 6, pp. 266 y 267.

³¹ En este sentido, RECALDE CASTELLS, «Otras obligaciones derivadas del contrato de transporte: Pago del precio y de otros gastos; embalaje; carga y descarga; formalidades administrativas», en EMPARANZA SOBEJANO y RECALDE CASTELLS, *El contrato de transporte internacional...*, op. cit., p. 94.

³² La misma postura, para el art. 17 CMR, puede consultarse en MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, op. cit., p. 258.

³³ Como señala, RECALDE CASTELLS, «Otras obligaciones derivadas del contrato de transporte...», en EMPARANZA SOBEJANO y RECALDE CASTELLS, *El contrato de transporte internacional...*, op. cit., pp. 96 y 97.

operación, en cuyo caso no se cumpliría el presupuesto necesario para liberar al transportista de responsabilidad, si los daños pudieron deberse al embalaje inadecuado.

4.3.3. Carga por el expedidor o descarga por el destinatario

De acuerdo con el art. 23.3.c) CIM, el porteador ferroviario estará exento de responsabilidad por pérdida o avería cuando éstas resulten bien de operaciones de carga de las mercancías efectuadas por el expedidor, o bien de su descarga por parte del destinatario. Esta previsión debe relacionarse con la delimitación de los sujetos a quienes incumbe la realización de la carga y descarga de la mercancía contenida en el art. 13 CIM. Este precepto determina que, en ausencia de pacto entre expedidor y transportista, la carga y la descarga de los bultos serán asumidas por el transportista, mientras que si se trata de vagones completos, la carga le corresponderá al expedidor y la descarga al destinatario³⁴.

La inclusión de la carga por el expedidor o la descarga por el destinatario entre las causas de exoneración de responsabilidad del porteador se fundamenta en la imputación de la carga y de la descarga a las personas concretas que han efectuado tales operaciones, ya que se considera que no puede atribuirse al transportista responsabilidad por actos –ajenos- que no ha asumido y que no ha podido someter a su control³⁵. Ahora bien, para que pueda operar esta causa de exoneración es necesario que el expedidor o el destinatario sea el obligado contractualmente a dichas operaciones porque, de esa manera, le serán imputables los posibles daños surgidos. Todo ello con independencia de que tales operaciones hayan sido ejecutadas materialmente por el expedidor o el destinatario, o a través de terceras personas que actuaban a su servicio³⁶. Estas afirmaciones no impiden reconocer que si es el porteador quien efectivamente lleva a cabo la carga o la descarga de las mercancías y, por efecto de tales operaciones, dichas mercancías o las de otros cargadores o destinatarios resultasen dañadas, el porteador sería responsable por estos daños frente al cargador, destinatario o terceros³⁷.

4.3.4. Naturaleza de determinadas mercancías

En línea de lo dispuesto en el CMR (art. 17.4.d), el CIM establece la exención de responsabilidad del transportista en aquellos supuestos en los que la pérdida o avería tengan su origen en la «naturaleza de determinadas mercancías que, por causas inherentes a esa naturaleza, están expuestas a la pérdida total o parcial o a la avería, especialmente por rotura, oxidación, deterioro interno y espontáneo, desecación o pérdida» (art. 23.3 d) CIM). Al amparo de este precepto, el transportista no responderá si acredita que los daños a las mercancías transportadas pudieron deberse a causas

³⁴ Conforme precisa, RECALDE CASTELLS, «Otras obligaciones derivadas del contrato de transporte...», en EMPARANZA SOBEJANO y RECALDE CASTELLS, *El contrato de transporte internacional...*, op. cit., p. 103.

³⁵ Así, GÓRRIZ LÓPEZ, *La responsabilidad en el contrato de transporte...*, op. cit., p. 511.

³⁶ Igualmente, CLARKE y YATES, *Contracts of carriage by land and air*, op. cit., p. 179.

³⁷ Como advierte, GARCÍA ÁLVAREZ, B., *La carga y descarga en el contrato de transporte de mercancías*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 229.

inherentes a la naturaleza de las mismas, entendida como las propiedades intrínsecas de esa clase de mercancía, la que pudo ocasionar la pérdida o avería al ser transportadas. El propio desplazamiento y las condiciones del transporte constituyen riesgos especiales que hacen que aumenten las probabilidades del deterioro, por ejemplo, por rotura, oxidación, deterioro interno y espontáneo, desecación o pérdida. En cualquier caso, estos riesgos a los que se exponen las mercancías debido a su particular naturaleza y que enumera el art. 23.3.d) CIM, no constituyen una lista cerrada, sino que pueden incluirse aquí otros riesgos a los que las mercancías puedan estar expuestas siempre que deriven de su naturaleza sensible³⁸.

El CIM no contempla un concepto de la «naturaleza» de ciertas mercancías como causa de exoneración. No obstante, conviene delimitar qué debe considerarse como tal, a efectos de responsabilidad, a pesar de que la «naturaleza» sensible es un término que varía según las circunstancias concretas del transporte efectuado. A este respecto, cabe afirmar que nos encontraremos ante un caso de mercancía de carácter sensible cuando, en un transporte efectuado en condiciones normales con un vehículo normalmente empleado para transportar bienes de esa clase, las mercancías estén expuestas a los riesgos anteriormente mencionados³⁹. Entre estas mercancías sensibles se encontrarían la carne, las frutas, las mercancías combustibles y las susceptibles de evaporación⁴⁰. La presente exoneración se fundamenta en que al ser el expedidor el que conoce las mercancías y sus cualidades, es quien mejor puede proporcionar los medios adecuados para evitar que se deterioren y, por esta razón, es a quien corresponde asumir el riesgo de que las mismas sufran pérdidas o averías.

4.3.5. Defectos en la identificación de bultos

Los riesgos especiales inherentes a la «designación o numeración indebidas, inexactas o incompletas de los bultos» permiten al transportista exonerarse de responsabilidad cuando la pérdida o la avería de la mercancía resulten de dichos riesgos, tal y como señala el art. 23.3.e) CIM. Esta causa de exoneración viene a complementar lo dispuesto en el art. 8 CIM, donde se hace responder al expedidor por los gastos y daños que pudieran derivarse de las irregularidades o inexactitudes de las menciones contenidas en la carta de porte, así como en el art. 23.2 CIM, conforme al cual el transportista quedará exonerado de responsabilidad si la pérdida, avería o el retraso fueron causados por culpa del derechohabiente. No obstante, como la carta de porte deja de ser necesaria para la conclusión del contrato y para la aplicación del CIM, tras la redacción del art. 6.2) CIM resultante del Protocolo de Vilna de 1999⁴¹, la designación o numeración inexactas no

³⁸ Lo ponen de manifiesto, GÓRRIZ LÓPEZ, *La responsabilidad en el contrato de transporte...*, op. cit., p. 513; y MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, op. cit., p. 277.

³⁹ Vid. MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, op. cit., p. 280; y MARTÍN OSANTE y MARTÍNEZ BALMASEDA, «Responsabilidad del porteador ferroviario...», en EMPARANZA SOBEJANO y RECALDE CASTELLS, *El contrato de transporte internacional...*, op. cit., p. 195.

⁴⁰ De modo similar, CLARKE y YATES, *Contracts of carriage by land and air*, op. cit., p. 182.

⁴¹ Para los detalles, consúltese, RECALDE CASTELLS, «El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril: concepto, naturaleza y caracteres. La documentación del contrato», en

sólo pueden estar contenidas en la carta de porte, sino que pueden acreditarse mediante cualquier otro medio de prueba. En este sentido, la identificación de los bultos podrá realizarse incluso verbalmente⁴².

El CIM (art. 8) atribuye al expedidor la responsabilidad por los daños y gastos derivados de los datos consignados en la carta de porte, entre ellos la incorrecta designación o numeración de los bultos, al formar parte del contenido de dicha carta la identificación de los bultos (art. 7.1.i), j), k), l) y m) CIM)⁴³. En consecuencia, resulta justificado que el porteador pueda exonerarse de responsabilidad por la incorrecta identificación de los bultos, al tratarse de hechos ajenos, de riesgos que no ha generado y que, por tanto, no pueden imputarse a dicho porteador, sino que resultan imputables al expedidor⁴⁴.

4.3.6. Transporte de animales vivos

Al transportista le resulta suficiente con acreditar que transportaba animales vivos para que, en función del particular régimen probatorio que se instaura en el CIM con la previsión de los riesgos especiales, pueda quedar exonerado de responsabilidad por la pérdida o daños que sufran tales animales. Probando tal extremo, se presumirá *–iuris tantum–* que la causa de la pérdida o daños de los animales transportados, deriva precisamente de la naturaleza especial de dicha mercancía y del particular riesgo que supone el transporte de animales vivos⁴⁵.

Efectivamente, el transporte de cualquier animal vivo constituye un riesgo, como consecuencia de las características propias de los animales, como son su movilidad e irracionalidad, y que suponen un incremento de los riesgos de que puedan sufrir daños durante el desplazamiento⁴⁶. Ahora bien, este riesgo no se le puede imputar al transportista, debido a que son circunstancias especiales innatas a los animales, que quedan fuera de su control. Por tal motivo, el art. 23.3.f) CIM contempla el «transporte de animales vivos» como una causa de exoneración privilegiada, dados los señalados riesgos especiales inherentes a todo transporte de animales vivos⁴⁷. Finalmente,

EMPARANZA SOBEJANO y RECALDE CASTELLS, *El contrato de transporte internacional...*, op. cit., pp. 47 y 51.

⁴² Cfr. KOLLER, *Transportrecht*, op. cit., Art. 23. 3 CIM, n. 11.

⁴³ Para los detalles y un examen comparativo con otras normativas sobre transporte, vid. GARCÍA ÁLVAREZ, *La carga y descarga...*, op. cit., pp. 240 y 241.

⁴⁴ Como advierte, EMPARANZA SOBEJANO, «El transporte internacional de mercancías por ferrocarril (COTIF-CIM)», op. cit., p. 449.

⁴⁵ En este sentido, MUTZ, *Münchener Komm.*, op. cit., Art. 36 CIM, n. 11; y GÓRRIZ, *La responsabilidad en el contrato de transporte...*, op. cit., p. 516.

⁴⁶ Vid. ALLÉGRET, “Transports Internationaux Ferroviaires”, op. cit., p. 11.

⁴⁷ Como señala, MARTÍNEZ BALMASEDA, A., «Presunciones de exoneración de responsabilidad en el Anteproyecto de Ley del contrato de transporte», en MARTÍNEZ SANZ, F. y PETIT LAVALL, M.V., (Dirs.), JUAN Y MATEU, F., (Coord.), *Estudios sobre Derecho y economía del transporte: reforma y liberalización*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 333 y 334.

4.3.7. Transporte con acompañamiento

La relación de presunciones de exoneración (o, si se prefiere, de riesgos especiales o de causas privilegiadas de exoneración) finaliza con la relativa al transporte con acompañamiento. En concreto, el art. 23.3.g) CIM se refiere al «transporte que, en virtud de las disposiciones aplicables o de acuerdos entre el expedidor y el transportista que estén indicados en la carta de porte, deba efectuarse con acompañamiento». Conforme señala este precepto, si la pérdida o avería de la mercancía tuviese lugar por efecto de un riesgo que el citado acompañamiento hubiera tenido como finalidad evitar, entonces el porteador ferroviario quedaría exonerado de responsabilidad. Ahora bien, para ello debería acreditar que las mercancías viajaron acompañadas o debieron hacerlo, atendiendo al acuerdo entre expedidor y porteador o a las disposiciones aplicables⁴⁸.

En cualquier caso, la inclusión o no en la carta de porte del pacto relativo a que el transporte se debe realizar con acompañamiento, únicamente reviste fuerza probatoria, de forma que la ausencia de inclusión de dicha estipulación en la carta de porte no impide acreditar su existencia empleando otros medios de prueba. Esto es debido a que la carta de porte deja de ser necesaria para la conclusión del contrato y para la aplicación del CIM, conforme refleja la actual redacción del art. 6.2) CIM⁴⁹, de forma que el pacto en cuestión podría existir y ser perfectamente válido, a pesar de que no se hubiese incorporado a la carta de porte.

La realización de un transporte con acompañamiento tiene como finalidad, precisamente, la de evitar los riesgos a los que se verían expuestas las mercancías en caso de ausencia de dicho acompañamiento. Asimismo, debe precisarse que la exoneración de responsabilidad que contempla el art. 23.3.g) CIM se refiere a las pérdidas o averías que el acompañamiento debería haber evitado. En este sentido, resulta justificada la exoneración de responsabilidad del porteador, en la medida que tales pérdidas o averías no le son imputables al transportista sino al acompañante, quien debió evitar estos daños.

⁴⁸ Así, por todos, MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador...*, *op. cit.*, p. 256.

⁴⁹ Cfr. RECALDE CASTELLS, «El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril...», en EMPARANZA SOBEJANO y RECALDE CASTELLS, *El contrato de transporte internacional...*, *op. cit.*, pp. 47 y 51.

EL CONTRATO DE GESTIÓN HOTELERA

ANSELMO MARTÍNEZ CAÑELLAS*

Resumen

El presente trabajo analiza el régimen más utilizado por las cadenas hoteleras para su expansión nacional e internacional. El contrato de gestión hotelera es un contrato en el que el propietario del hotel encarga su gestión a una empresa hotelera, que recibirá una compensación por su gestión y entregará los beneficios de la misma al propietario del hotel. Su régimen jurídico se asemeja al del contrato de arrendamiento de servicios cuando el interés del gestor se limita a la mera gestión. No obstante, lo más frecuente es que el gestor, además de la gestión, esté interesado en integrar el hotel en su cadena hotelera, haga uso de un know how estandarizado y utilice una marca propia, en cuyo caso, su naturaleza es más próxima al contrato de comisión, o mejor, al contrato de agencia, al ser un mandato duradero en el tiempo. En este caso, la legislación sobre el contrato de agencia es aplicable, aunque no imperativamente, pues el gestor hotelero que actúa como agente tiene una posición de fuerza que no merece mayor protección legal que el propietario del hotel.

Contenido

1. Introducción. – 2. Estructuración de una cadena hotelera. – 2.1. Concepto de contrato de gestión hotelera. – 2.2. Antecedentes. – 2.3. Elementos personales. – 2.4. Elementos reales. – 2.5. Elementos formales. – 2.6. Obligaciones del titular del hotel. – 2.6.1. Entrega del hotel. – 2.6.2. Dotar el fondo de maniobra. – 2.6.3. Reembolso de fondo de maniobra. – 2.6.4. Pago de la remuneración. – 2.6.5. Otras obligaciones del titular del hotel. – 2.7. Obligaciones del gestor. – 2.7.1. Gestionar el hotel en nombre y por cuenta del propietario. – 2.7.2. Deber de fidelidad y lealtad. – 2.7.3. Representar al titular del hotel. – 2.7.4. Hacer uso de la marca. – 2.7.5. No ceder el contrato. – 2.7.6. Comunicaciones del gestor y rendición de cuentas. – 2.7.7. Conservar y devolver el negocio hotelero. – 2.7.8. Otras obligaciones del gestor. – 2.8. Extinción del contrato. – 2.8.1. Duración. – 2.8.2. Denuncia unilateral. – 2.8.3. Incumplimiento resolutorio. – 3. Conclusiones y propuesta de reforma del Proyecto de Código Mercantil.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende aclarar el régimen del contrato de mayor crecimiento utilizado actualmente por las cadenas hoteleras para su expansión, tanto nacional,¹

* Profesor Titular de Derecho Mercantil en la Universitat de les Illes Balears.

como internacional.² Se trata de un contrato atípico que ha sido escasamente analizado por la doctrina y la jurisprudencia españolas.

2. ESTRUCTURACIÓN DE UNA CADENA HOTELERA

La colaboración inter-empresarial hotelera puede basarse en capital o en relaciones contractuales. La contractual es más propia de sectores donde elementos de capital intensivo como el inmobiliario pueden ser separados de los de *know how*, como los servicios, lo que se da en el sector hotelero.³ Bajo una misma marca, la cadena hotelera integra negocios de alojamiento turístico en propiedad, en arrendamiento de local, en arrendamiento de negocio, en régimen de franquicia y en régimen de gestión. La opción entre una u otra modalidad depende de diversos factores:

- La propiedad suele preferirse cuando hay fondos suficientes, pues supone una alta inversión,⁴ y mantiene secreto el *know how*.
- El arrendamiento de local o de negocio se asume cuando los fondos son insuficientes y la cadena quiere asumir la gestión y el riesgo.⁵
- La franquicia la escoge la cadena cuando no quiere asumir ni la gestión (aunque sí controlarla), ni el riesgo (pues se cobra por ingresos, indexados con la inflación, y que se cobran antes que la determinación de beneficios, pues para estos debe esperarse hasta después del cierre del ejercicio).
- La gestión de negocios de alojamiento turístico es escogida por la cadena que no quiere asumir el riesgo pero sí la gestión, pues el control de la gestión propio de la franquicia puede ser tan complejo y costoso como gestionarla directamente, y porque gestionando directamente, la cadena se evita el riesgo de que el propietario no asimile su modelo de negocio.

Otros factores a tener en cuenta son el interés de la compañía en crecer rápidamente horizontalmente (control del mercado de alojamiento) o verticalmente (garantizar la plena ocupación de sus redes de agencias de viaje y transporte).

Cuando la cadena hotelera quiere crecer en el extranjero tiene también en consideración las condiciones de seguridad jurídica, económica, política o cultural. A mayor inseguridad, se prefieren los contratos de gestión de negocios de alojamiento turístico o de franquicia.⁶ Y en caso de que la inseguridad jurídica afecte a los derechos

¹ En 2012, el 30% de las plazas hoteleras en España se gestionaban mediante gestión o *management* hotelero.

² Es el modelo seguido tradicionalmente las multinacionales estadounidenses (*Marriot, Hilton, Sheraton, Four Seasons*, etc), y, actualmente por las españolas (Meliá, Barceló, Riu, NH).

³ CONTRACTOR, F. J. y KUNDU, S. K., “Modal Choice in a World of Alliances: Analyzing Organizational Forms in the International Hotel Sector”, *Journal of International Business Studies*, v. 29, nº 2 (2nd Qtr, 1998), p. 326.

⁴ ALCOVER GARAU, G., “Aproximación al contrato de gestión hotelera”, *Revista de Derecho mercantil*, nº 237, 2000, p. 1003.

⁵ ALCOVER, “Aproximación al contrato de gestión hotelera ...”, *op. cit.*, p. 1004.

⁶ CONTRACTOR y KUNDU, “Modal Choice in a World ...”, *op. cit.*, p. 336.

de propiedad industrial e intelectual, la preferencia es por el contrato de gestión. Ello es lógico, pues en el contrato de gestión la cadena es quien cobra los ingresos de los que detrae la cantidad correspondiente a su retribución. Sin embargo, la cadena prefiere contratos de arrendamiento o la explotación en propiedad en países con seguridad, salarios bajos y donde el mercado no esté maduro, pues permiten un nivel más alto de retribución, al cobrar sobre beneficios.

2.1. Concepto de contrato de gestión de negocios de alojamiento turístico

El contrato de gestión de negocios de alojamiento turístico, o de gestión hotelera, en derecho anglosajón *Hotel Management Agreement (HMA)*, puede definirse jurídicamente como aquel en el que la cadena hotelera gestiona en nombre y por cuenta del titular del hotel la explotación del mismo a cambio de una contraprestación.⁷

Desde un punto de vista económico, un contrato de gestión hotelera es un contrato a largo plazo, de al menos diez años, en el que los propietarios legales del hotel (negocio) llegan a un acuerdo con la cadena hotelera para que gestione el hotel de manera diaria, normalmente bajo la marca reconocida de esta última. El control de calidad, gestión diaria y contratación de los cuadros directivos recae principalmente en la cadena hotelera, pero la gestión se realiza como si la propiedad fuera parte de la cadena hotelera. Los clientes del hotel no deben percibir la diferencia. La cadena percibe la remuneración por su gestión, consistente en un porcentaje de los ingresos brutos (con unos mínimos y cantidades fijas pagadas como provisión). Además la cadena hotelera puede obtener márgenes extra sobre los suministros y material que vende a la propiedad. También es posible que se añadan *bonus* a la remuneración, como porcentaje sobre los beneficios. Además, la cadena puede percibir ingresos extras por las tarifas derivadas del uso de la central de reservas de la cadena hotelera.⁸

2.2. Antecedentes

Los antecedentes de este contrato los encontramos en el derecho anglosajón del siglo XIX,⁹ donde se explotaban empresas en las colonias por medio de *managing agencies* con directivos británicos. Este modelo fue seguido en Francia, donde el mandante conseguía con este contrato eludir la responsabilidad, cargándola a la empresa gestora, pero aprovechaban sus beneficios.¹⁰ También en el siglo XIX, Alemania utilizó este contrato para el desarrollo de la explotación de ferrocarriles en países extranjeros. La

⁷ ALCOVER, “Aproximación al contrato de gestión hotelera ...”, *op. cit.*, p. 1003.

⁸ CONTRACTOR y KUNDU, “Modal Choice in a World ...”, *op. cit.*, p. 329.

⁹ PÉREZ MORIONES, A., *El contrato de gestión hotelera*, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 67-78.

¹⁰ MARTÍ MIRAVALLS, J., “El contrato de *gérance-mandat*: aproximación a los contratos de gestión empresarial”. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2008-2, n° 21, p. 3.

estructura contractual consistía en la creación de empresas mixtas, con forma de sociedad anónima, cuya dirección era encomendada a otra empresa de gestión.¹¹

Es en el sector energético de los Estados Unidos, en los años veinte del siglo pasado, donde se desarrolla el contrato de gestión como hoy lo conocemos. Con él se concentró el sector eliminando la competencia y extendiéndose a los sectores de seguros, medios de comunicación, y el petrolero. Actualmente los usan empresas de capital riesgo (*Private Equity*), que suelen invertir en sectores diversos sobre los que no tienen experiencia, ni les interesa adquirirla, pues solo buscan un retorno rápido de su inversión, comprando empresas para revenderlas en un plazo corto o medio (de cinco a siete años).¹²

Derecho comparado

En Derecho comparado, el contrato de gestión hotelera se califica como contrato de representación, como el contrato de comisión o el de agencia. En países donde el contrato de agencia no está regulado, como Cuba, los tribunales (en el caso de Cuba, la Corte de arbitraje de la Cámara de Comercio de La Habana), utilizan la normativa de los contratos de comisión y mandato para integrar el contrato. En derecho anglosajón, la jurisprudencia equipara el concepto de gerente hotelero al concepto de representante (*agent*). En Francia, se regula el contrato de gestión como contrato de mandato, con peculiaridades. La *Loi 2005-882*, de 2 de agosto, regula el contrato de *Gérance-mandat* en pequeñas y medianas empresas. Si el gerente sea una persona física determinada, se aplica la legislación laboral.¹³ Hasta entonces se le aplicaba el régimen del mandato de los arts. 1984 y siguientes del *Code Civil*. La Ley añade los arts. L 146-1 a 146-4 al *Code Civil*. El art. L 146-1. Define el contrato y establece obligaciones registrales. El contrato se caracteriza por la gestión de un fondo de comercio ajeno, en propiedad del mandate, que sufre los riesgos de la explotación, que fija una misión, un marco de poder de gestión, que puede ser amplio, pero no ilimitado (con libertad para gestionar su régimen laboral propio, la contratación y la subcontratación de funciones, que asume únicamente el gestor). La inscripción no es constitutiva, pero sí protectora de terceros.¹⁴

El art. L 146-2 regula la información precontractual que se desarrolló por

¹¹ La jurisprudencia primero, y la ley después, acabaron con la confusión entre órgano de administración y empresa de gestión, obligando a que fuera el órgano de administración de la sociedad anónima quien contratara con la empresa de gestión: el caso *Römanischen Eisenbahngesellschaft* declara que la dirección de una *Aktion Gesellschaft* no puede cederse mediante contrato por ser contrario al 227 ADHGB (criterio seguido en la normativa societaria alemana actualmente en vigor). Esta cuestión es relevante en cuanto a la destitución de la empresa de gestión, pues no corresponde a la Junta de Socios, sino al órgano de administración. Por su parte, en el caso *Deutsch-Amerikanische Petroleumgesellschaft mit Deutsche Petroleumverkaufsgesellschaft mbH Vertrag*, se consideró que era nula, por leonina y contraria al parágrafo 138 BGB, la cláusula que permitía a la primera sociedad nombrar y destituir administradores de la segunda, y estos y la Junta adoptar acuerdos impuestos por la primera.

¹² Para estas empresas, contratar a una empresa de gestión hotelera les sale rentable, pues estos contratos suelen generar un 25% de beneficio al propietario.

¹³ *Arrêt de la Cour de Cassation 5 dic 2001, arrêt de la Cour d'Appel d'Orléans 16 fev. 2012.*

¹⁴ MARTÍ, "El contrato de *gérance-mandat*...", *op. cit.*, p. 5.

Decreto 259, de 3 de marzo de 2006, sobre forma, contenido – red, retribución, duración y causas de rescisión- y plazo de entrega del documento precontractual. El art. L 146-3 regula la retribución del gerente, indicando que es una obligación de medios,¹⁵ y señalando una comisión mínima del gerente que, a falta de pacto, la decide el Ministro de la pequeña y mediana empresa. Finalmente, el art. L 146-4 regula la extinción del contrato, que es de libre decisión por parte del gerente que, además, tiene derecho a una indemnización igual a las comisiones cobradas o a la comisión mínima de 6 meses anteriores o la percibida en la ejecución del contrato inferior a 6 meses. En realidad, esta normativa está pensando en los contratos de gestión en los que el gestor es parte débil del contrato, de ahí que incorpore un régimen protector de este. Por ello, en caso de que tomemos como modelo de Derecho comparado el ordenamiento francés debemos ser conscientes de las particularidades del contrato de gestión hotelera (por ejemplo, la marca hotelera es del gerente, no del mandante, y es el mandante quien tiene la posición débil).

Características y naturaleza jurídica

El contrato de gestión hotelera es un contrato consensual, sinalagmático y de naturaleza mercantil. Su carácter mercantil se deriva de su carácter interempresarial, pues tanto gestor como empresario de alojamiento turístico gestionado son empresarios, por lo que puede entenderse mercantil por analogía conforme a lo dispuesto en el art. 2 del Código de Comercio (en adelante CCo). En consecuencia, deberá aplicarse a dicho contrato las reglas contenidas en los arts. 50 y siguientes del CCo, así como las reglas de la Ley 3/2004, de morosidad, en caso de que una de las partes incurra en mora. Por otra parte, su posible regulación, al ser legislación mercantil, corresponderá al Estado como competencia exclusiva.

No obstante, hasta ahora no se ha regulado en derecho español, por lo que podemos calificar el contrato de gestión hotelera como un contrato atípico, de colaboración empresarial. En consecuencia, se regula por el contenido de su clausulado, siguiendo el principio de autonomía de la voluntad, reconocido por el art. 1255 del Código Civil (en adelante, CC), y en caso de laguna, por las normas generales de las obligaciones y contratos (primero las mercantiles y, supletoriamente, las civiles). No es frecuente encontrar lagunas, pues es un contrato muy largo y detallado. Pero en el caso de existir, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS), señala que para integrar los contratos atípicos el intérprete debe acudir a la regulación de los contratos típicos con los que aquellos guarden más proximidad económica. Seguidamente procederemos a analizar la similitud de los contratos legalmente típicos que más se asemejan al contrato de gestión de negocios de alojamiento turístico socialmente típico, es decir, el que contiene las cláusulas más habituales de los contratos que hemos analizado.

¹⁵ MARTÍ, “El contrato de *gérance-mandat...*”, *op. cit.*, p. 7.

En primer lugar, el contrato de gestión, como contrato de colaboración entre empresarios, puede considerarse similar al contrato de sociedad, que sería sociedad mercantil irregular, al ser su objeto social mercantil, y no constar en el Registro Mercantil. Para que sea considerado contrato de sociedad es necesario que exista *affectio societatis*, voluntad de constituir una institución jurídica con carácter de permanencia y de naturaleza diferente a la de los contratantes, que se situarían en una misma posición jurídica. Para determinar la existencia de la *affectio societatis*, son datos relevantes el tipo de remuneración, que debe consistir en una participación en beneficios, las aportaciones de capital, o el acuerdo de reparto de gastos (*Expense Sharing Agreements*). Desde este punto de vista, algunos contratos de gestión, podrían calificarse como societarios, pero no será lo habitual.

En segundo lugar, es posible calificar el contrato de gestión como contrato de arrendamiento de servicios, lo que nos acercaría al contrato laboral. Es el régimen aparentemente más adecuado a los supuestos de gestión en los que la única aportación del gestor sea su trabajo y no exista una pretensión de incluir el negocio de alojamiento turístico en una cadena hotelera del gestor. El contrato de arrendamiento de servicios implica una obligación de medios, propia de gestiones de asesoramiento legal, contable, etc. Los pocos pronunciamientos jurisprudenciales españoles, han calificado el contrato de gestión como contrato de arrendamiento de servicios cuando el gestor es una persona física y esta característica del gestor es esencial, es decir, se realiza *intuitu persona*.¹⁶ Con todo, parece más adecuado que a estos casos se les aplique, o bien la regulación laboral propia de los contratos de alta dirección, o bien las reglas del gestor de negocios ajenos del CC, o bien, dado el ámbito mercantil en el que se encuadra el contrato de gestión hotelera, las normas del CCo sobre la figura del factor. Esto es especialmente relevante cuando los gestores actúan como tales frente a terceros una vez ha finalizado el contrato de gestión, sin que el principal haya impedido la continuidad de la apariencia de representación. En estos casos, el art. 284 CCo impone la responsabilidad solidaria del principal (empresario de alojamiento turístico gestionado) y el gestor respecto a los contratos celebrados por este último. No tratamos en este artículo los contratos de gestión en los que el gestor solo aporta sus servicios y no pretende la integración del hotel en una cadena hotelera.

Conforme a la definición antes expuesta, en el contrato de gestión el gestor debe actuar en nombre y por cuenta del titular del alojamiento turístico gestionado, lo que cumple con los requisitos que permiten calificarlo como contrato de comisión, regulado conforme a los arts. 244 y siguientes del CCo, y supletoriamente por las normas del contrato de mandato, de los arts. 1709 y siguientes del CC.¹⁷ Ahora bien, el contrato de comisión está pensado para actos de representación aislados, mientras que el contrato de

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4ª), núm. 4/2008 de 3 de enero (JUR 2008/333380). (Caso Hoteles Trébol Cantabria, S.A. v. Palacio de Soñanes, S.L. Ponente María José Arroyo García). Trata de un contrato de arrendamiento de servicios en que la parte actora debía gestionar el personal, realizar la gestión hotelera propiamente dicha, realizar la gestión financiera, gestión de compras y por último la gestión comercial.

¹⁷ ALCOVER, "Aproximación al contrato de gestión hotelera...", *op. cit.*, p. 1010.

gestión es de tracto sucesivo. El contrato de representación de tracto sucesivo regulado en el ordenamiento jurídico español es el contrato de agencia. Por ello, entendemos aplicable la norma reguladora del contrato de agencia, la Ley 12/1992, del contrato de agencia (en adelante LCA), al contrato de gestión. Sin embargo, tal aplicación no debe ser automática. La LCA contiene normas imperativas protectoras del agente, que el legislador considera como parte débil en el contrato. Estas normas no son aplicables al contrato de gestión hotelera, al menos, como normas imperativas, aunque podríamos entenderlas como dispositivas. Y ello porque frente al titular del alojamiento turístico gestionado, la cadena hotelera no tiene una posición débil que deba protegerse. El contrato de gestión contiene una causa propia que no contienen los contratos de agencia, de comisión o de arrendamiento de servicios, que lo configuran como un contrato diferente: el gestor (la cadena hotelera) actúa en interés del principal (empresario de alojamiento turístico gestionado), pero también en interés propio (pues, le interesa promocionar su imagen de grupo e incrementar su oferta disponible a las agencias de viaje nacionales e internacionales). Por ello, el titular del alojamiento turístico gestionado no puede dar órdenes que afecten al modelo de gestión (como por ejemplo, modificar el modelo de turismo familiar, o de turismo de aventura, que caracteriza a la cadena hotelera). El agente solo comercializa, mientras que la cadena hotelera realiza toda la gestión, no es mero colaborador. Es más, está implícito en el contrato de gestión que el gestor (la cadena hotelera) actúa normalmente con varios titulares de alojamientos turísticos sin que sea necesario el consentimiento de uno para contratar con el otro, en contra del art. 7 LCA, pues de lo contrario, no podría utilizarse esta modalidad contractual para la expansión de la cadena hotelera. Además, la cadena hotelera siempre tiene pleno poder de representación.

Finalmente, en el contrato de gestión por parte de las cadenas hoteleras existe unas obligaciones accesorias inseparables, sin las cuales este contrato de gestión deja de tener un interés para la cadena. Así, la cadena proporciona un know how a los trabajadores de la propiedad (aunque no a su titular), acuerda localización y obras de instalación, integra al hotel en su red de hoteles (algunos de ellos en franquicia) y promociona la marca de la que es titular. Las obligaciones accesorias que asume son las propias de un franquiciador, y como tal le son retribuidas por el titular del hotel (factura horas de asesoramiento, entrenamiento, y revisiones (*Staff fees*), obtiene ingresos derivados de los contratos vinculados (suministros...), y obtiene ingresos derivados de las reservas de los clientes, que se realizan a través de su central de reservas. Este punto es clave, pues determina la posición inferior del hotelero y la necesaria protección por parte del legislador en la misma medida que se protege al franquiciado en el art. 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM) (obligando a la cadena hotelera a inscribirse en un Registro administrativo de franquiciadores, y a ofrecer por escrito información precontractual sobre las condiciones del contrato de franquicia, con especial referencia a la red de franquicias).

2.3. Elementos personales

El contrato lo firma el titular de un negocio de alojamiento turístico con un gestor, que es siempre una cadena hotelera, que actúa como gerente del titular del negocio hotelero. La cadena hotelera que actúa como gerente, es una persona jurídica, pues si fuera persona física, se entendería como contrato de prestación de servicios o de trabajo, como contrato de alta dirección. Como son contratos *intuitu persona*, en especial respecto a la cadena, el titular del negocio hotelero puede vetar el cambio de gestor o el cambio en la estructura del gestor, por ello suelen incluirse expresamente cláusulas que sí permitan la reestructuración societaria de la cadena, o procesos de fusión, asociación u operaciones análogas con cadenas hoteleras de capacidad similar. Ello permite la concentración del sector.¹⁸

El titular del negocio de alojamiento, que en los contratos de gestión suele denominarse “hotelero”, y que también llamaremos principal, puede ser propietario del inmueble o titular de un derecho de uso sobre el mismo (normalmente arrendatario, pero puede ser usufructuario). En este caso, la cadena exigirá al arrendatario que consiga que el arrendador (o, en su caso, el nudo propietario) asuma compromisos que garanticen la pervivencia del contrato de gestión en caso de cambio de arrendatario (o de usufructuario), además de que garantice la solvencia financiera, tanto propia como del titular del uso (para evitar la ejecución de una hipoteca constituida sobre el establecimiento hotelero o sobre el inmueble), y que las posibles limitaciones de la capacidad de endeudamiento del nuevo comprador o arrendatario no afecten a las inversiones que deberá realizar en el hotel.¹⁹

En ocasiones, el principal no será un único titular. El contrato de gestión de negocio de alojamiento se exige imperativamente para algunas estructuras de alojamiento tales como los condominios hoteleros,²⁰ y los regímenes de aprovechamiento de alojamiento por turnos.²¹ En muchos casos, este tipo de explotación no lo asumen cadenas hoteleras, no aportando el gestor derechos de propiedad intelectual alguno ni incorporación a redes de comercialización. Sin embargo,

¹⁸ LOZANO ROMERAL, D., SÁNCHEZ MONTERO, A. y ENSEÑAT BILBAO, B., “Naturaleza y estructura de los contratos de gestión en cadenas de hoteles”, en SEBASTIÁN, R. (Coor.), *2012 Práctica Mercantil para Abogados. Los casos más relevantes en 2011 de los grandes despachos*, La Ley, 2012, p. 636.

¹⁹ LOZANO, SÁNCHEZ y ENSEÑAT, “Naturaleza y estructura de los contratos...”, *op. cit.*, pp. 635-636.

²⁰ El régimen de condo hoteles, no regulados por norma estatal alguna, sí se regula en la Ley 8/2012, de 19 de julio, de Turismo de las Islas Baleares, en adelante LTIB (primera que los ha regulado). Su art. 30.4 exige que estos establecimientos “deberán reunir las siguientes garantías: b) Cada uno de los propietarios de las diferentes unidades de alojamiento se comprometerá a que el inmueble en conjunto, incluyendo las zonas comunes y todas las unidades de alojamiento, sea gestionado por una única empresa explotadora. 5. La entidad explotadora deberá acreditar que está habilitada para la explotación de todo el establecimiento en conjunto o, en su caso, de la totalidad de los elementos o las unidades de alojamiento en los que se encuentre dividido, mediante la aportación del título jurídico en el que se soporte lo dispuesto en el apartado anterior.”

²¹ En cuanto al aprovechamiento por turno, el art. 25 c) de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico exige en este tipo de contratos, “haber celebrado, de conformidad con lo establecido en el presente capítulo, el contrato con una empresa de servicios que reúna los requisitos que a éstas se exijan, salvo que el propietario, cumpliendo los mismos requisitos, haya decidido asumirlos directamente”.

nada impide que los gestores sean cadenas hoteleras que, además, integren los alojamientos dentro de su red hotelera.

2.4. Elementos reales

El titular del alojamiento turístico aporta el negocio hotelero, como unidad productiva, o exclusivamente el inmueble en casos de condo hoteles o aprovechamiento por turno. Las normas administrativas que imponen la Unidad de explotación (como el art. 33 LTIB) permiten que esta se acredite mediante prueba de propiedad o mediante otros contratos que supongan explotación por terceros (como el contrato de gestión), pero impide la existencia de dos contratos de gestión para la explotación de plazas distintas en un mismo hotel.

Los elementos reales del contrato aportados por la cadena hotelera son los propios de una franquicia: la marca, el *know how*, la red de comercialización, y la central de reservas. Los derechos de propiedad industrial como patentes, marcas o los derechos de propiedad intelectual son elementos de primer orden en la industria hotelera. Sea cual sea la manera de integrar un negocio hotelero en una cadena, las marcas registradas de la cadena hotelera, así como las no registradas (aunque notorias o renombradas), la propiedad de los sistemas de reservas y de logística, son una fuente potente de control. El mantenimiento del control total del uso de estos elementos modera la potencial amenaza de los socios minoritarios, directivos de la cadena, arrendadores, principales en contratos de gestión, o franquiciados de aprovechar su relación con la cadena hotelera para copiar su modelo de negocio y quedarse con su clientela. Ello permite la expansión internacional de la cadena hotelera por medio de alianzas basadas tanto en capital como en relaciones contractuales. Otros elementos no visibles son de más difícil control, como la información tácita del *know how* contenida en las rutinas de trabajo, o el entrenamiento del personal. En estos casos, el comportamiento oportunista de la empresa que contrata con la cadena hotelera es más difícil de evitar. El control dependerá de la “capacidad de absorción” de la empresa a la hora de aprender las nuevas rutinas,²² y del nivel de protección de la propiedad intelectual, industrial y de la normativa de competencia desleal del país donde la cadena hotelera quiera instalarse. En países donde esta protección resulte legal es importante, para la protección jurídica del *know how*, la elaboración de protocolos de actuación por escrito (*Hotel Rules and Standards*, Manuales, *Checklists*).

2.5. Elementos formales

Durante la formación del contrato del contrato de gestión hotelera, la cadena hotelera se fija no solo en cuestiones de gestión y operacionales, sino también en la estructura

²² CONTRACTOR y KUNDU, “Modal Choice in a World ...”, *op. cit.*, p. 333.

financiera del titular del hotel (asumiendo, en su caso, parte de la propiedad). Es frecuente un proceso precontractual de intercambio de información confidencial en la que se realice una *due diligence* al hotelero. Por su parte, la cadena hotelera debe cumplir las obligaciones precontractuales exigidas al franquiciador en la LOCM.

La forma escrita es conveniente, pero no obligatoria, con carácter general.²³ Es frecuente que el contrato se divida en varios contratos vinculados.²⁴ La parte referente a la licencia de marca, sí requiere forma escrita. Normalmente la licencia de marca se firma en un contrato separado, muchas veces con un derecho aplicable y jurisdicción distintas de la del país donde esté el hotel, buscando la mejor protección de la propiedad industrial. En estos casos, la vigencia del contrato de licencia debe condicionarse a la del contrato de gestión y viceversa.²⁵ La conveniencia lo es a efectos de prueba, pues el art. 51 CCo establece que los contratos superiores a 1500 pesetas no pueden probarse solo mediante testigos. También es necesaria la forma escrita para las cláusulas de resolución alternativa de conflictos que suelen incluirse en los contratos, pues sin ella, las decisiones no serían ejecutables internacionalmente.²⁶

Igualmente importante es la entrega de la documentación complementaria por parte del gestor, lo que se expresa en los Anexos al contrato. Es especialmente importante la entrega de sus manuales de trabajo para la instrucción del personal para que el hotel esté en condiciones de igualarse con otros administrados por la propia cadena. En este proceso debe participar la titular, para coadyuvar al rápido entrenamiento y preparación de los trabajadores. También se aportan el inventario de bienes y elementos, estados financieros, relación y nómina de empleados, programa anual de inversiones.

Pueden existir además exigencias de otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad si la gestión es de aprovechamiento de alojamiento por turnos o condo hotel.²⁷

²³ Lo que es cierto en España, pero también en Estados Unidos. BMC-THE BENCHMARK MANAGEMENT COMPANY, Plaintiff-Appellant, versus CEEBRAID-SIGNAL CORPORATION, a Florida corporation, CEEBRAID ACQUISITION CORPORATION. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE ELEVENTH CIRCUIT 292 Fed. Appx. 784; 2008 U.S. App. LEXIS 19502. September 8, 2008, Decided. El acuerdo oral entre hotelero y cadena es precontrato.

²⁴ *Four Seasons* firma 5 contratos vinculados: *Hotel Licensing Agreement* (que aplica el derecho de Florida sobre secretos comerciales y la jurisdicción de Estados Unidos), *Hotel Management Agreement*, *Hotel Services Agreement*, *Hotel Advisory Agreement*, y *Hotel Pre-opening Services Agreement* (donde se incluye una cláusula de arbitraje en Miami (Florida). A veces se incluye también un *Loan Agreement*). FOUR SEASONS HOTELS AND RESORTS, B.V., versus CONSORCIO BARR, S.A., Defendant-Appellant. No. 05-16351. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE ELEVENTH CIRCUIT. 533 F.3d 1349; 2008 U.S. App. LEXIS 14863; 21 Fla. L. Weekly Fed. C 925. July 14, 2008

²⁵ LOZANO, SÁNCHEZ y ENSEÑAT, "Naturaleza y estructura de los contratos...", *op. cit.*, p. 638.

²⁶ Marriot suele incluir en sus contratos la siguiente cláusula: "9.6 *Governing Law: Arbitration: Consent to Jurisdiction. The parties hereto shall use their best efforts to settle any disputes or differences arising out of or relating to this Agreement. . . . If they do not reach [a] solution within a period of thirty (30) days, then the dispute or difference shall be finally settled by arbitration in accordance with the rules of the American Arbitration Association*".

²⁷ Si la cadena gestiona un inmueble explotado en régimen de aprovechamiento por turnos, el art. 25.3 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico exige la comparecencia en el otorgamiento de la escritura pública de constitución la comparecencia de la empresa

2.6. Obligaciones del titular del hotel

El titular del hotel tiene obligaciones de hacer y de no hacer. Como obligaciones de hacer, debe entregar la posesión del hotel, entregar la documentación necesaria para la representación, entregar el fondo de maniobra y de reparaciones, reembolsar los gastos, y pagar la retribución. A diferencia del contrato de comisión, no son cargas, sino obligaciones, tal y como se configura en el contrato, puesto que la cadena puede exigirlos, dado que la cadena tiene interés en que la gestión se lleve a cabo.²⁸ Las obligaciones de no hacer son: la de confidencialidad, no inmiscuirse en la gestión diaria que corresponde al gestor, y no impedir el uso de la marca por parte del gestor.

2.6.1. Entrega del hotel

La entrega del hotel, entendido como unidad productiva susceptible de funcionamiento inmediato implica la entrega de la posesión del inmueble, junto con maquinaria, mobiliario, útiles y enseres²⁹ (que suelen reflejarse en inventarios anexos), con los trabajadores (lo que se refleja en un anexo que indica sobre cada contrato de trabajo, su tipo, antigüedad..., aunque no es imprescindible), con las licencias, permisos y autorizaciones de funcionamiento, el titular del hotel asume la obligación de tramitar y obtener los que en el futuro sean precisos (cuyos costes debe asumir el titular, no la cadena),³⁰ con seguro de incendios, terremotos, inundaciones que puedan destruir total o parcialmente el hotel (el titular deberá pagar las primas de dichos seguros).

2.6.2. Dotar de fondo de maniobra

El fondo de maniobra consiste en una cantidad fija por habitación (por ejemplo, 1000 \$). Mientras no se usan, la cadena se compromete a depositar los fondos en entidades para generar un interés, que formará parte del beneficio de explotación.³¹ La falta originaria de fondos excusa a la cadena de gestionar, aunque se haya aceptado por la firma del contrato. La falta sobrevenida de los fondos necesarios para continuar la gestión es excusa para la suspensión de la actividad de la cadena (conforme al art. 250 CCo). Sin embargo, la cadena hotelera puede continuar con la gestión, para evitar el

que haya asumido la administración y prestación de los servicios, salvo manifestación expresa del propietario de que son por él asumidos directamente. Además, la escritura deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad. Si la cadena gestiona condo hoteles en Baleares, el art. 30.4 LTIB exige que se haga constar, mediante nota marginal en el Registro de la Propiedad, la afección al uso turístico que recae sobre cada unidad de alojamiento y la cesión del uso de dicha unidad de alojamiento a favor de una empresa explotadora.

²⁸ ALCOVER, “Aproximación al contrato de gestión hotelera...”, *op. cit.*, p. 1014.

²⁹ ALCOVER, “Aproximación al contrato de gestión hotelera ...”, *op. cit.*, p. 1012.

³⁰ Atención, las normas administrativas (que en materia de ordenación turística son principalmente autonómicas), no tienen efectos jurídico privados, salvo que así se prevea en el contrato (por ejemplo, una modificación de la categoría, no afecta al contrato de gestión si no se prevé expresamente).

³¹ ALCOVER, “Aproximación al contrato de gestión hotelera ...”, *op. cit.*, p. 1014.

perjuicio de su marca, lo que genera un crédito de la cadena contra el propietario (reflejados contablemente en sus cuentas anuales).

2.6.3. Reembolso de gastos de gestión

Las cantidades gastadas por la cadena en concepto de gestión, deben reintegrarse por el titular del hotel, con los intereses legales desde que se efectuaron (aplicando el art. 278 CCo). Se les aplica la Ley 3/2004, de morosidad, y en consecuencia, no se requiere intimación y el interés de demora es el legal para empresas recogido en su art. 7. No obstante, solo se reembolsan los gastos derivados de la gestión directa del negocio hotelero. No se reembolsarán por el titular del negocio hotelero los gastos que le hubiera originado el ejercicio de su actividad profesional, es decir, los gastos de mantenimiento de su estructura. Y ello, de la misma manera que el agente no tiene derecho al reembolso de dichos gastos (aplicando el art. 18 LCA).

Por pacto suelen incluirse como gastos de gestión, los siguientes:³² *FF&E* (*Fixed Furniture and Equipment*) y *OC* (*Operating Costs*), gastos de promoción, *marketing*, selección de personal, control de plantilla, contabilidad, informática, asesoría fiscal, laboral y jurídica, reparaciones y mejoras, compras de materias primas. Lo normal es que estén perfectamente fijados en anexos al contrato. Suelen ser listados abiertos que concluyen con “demás gastos de explotación del hotel”. Se trata de uno de los principales ingresos de la cadena hotelera.

2.6.4. Pago de la remuneración

La remuneración será la pactada y, en su defecto, usos de la plaza donde se cumpliera la comisión (art. 277 CCo).

Suele ser mixta:³³ Cumulativamente se suele pagar al gestor:

- el 3% al 5% de ingresos brutos totales, liquidados y abonados mensualmente.³⁴

A falta de pacto, por analogía con el contrato de agencia, la comisión se pagará no más tarde del último día del mes siguiente al trimestre natural en el que se hubiere devengado (art. 16 LCA). Los ingresos no incluyen las propinas, las facturas no cobradas y provisionadas, las indemnizaciones por seguro, los ingresos por venta de mobiliario y equipos, los intereses de los fondos, ni las subvenciones no tramitadas por el gestor. La comisión sí se considera gasto de explotación.

- un incentivo de 5 al 10% de beneficios de explotación (*Gross Operating Profit*), entendidas como ventas netas menos gastos (deducidas amortizaciones, cánones de arrendamiento, impuestos, costes financieros, seguros y provisión de reparaciones

³² ALCOVER, “Aproximación al contrato de gestión hotelera ...”, *op. cit.*, p. 1015.

³³ ALCOVER, “Aproximación al contrato de gestión hotelera ...”, *op. cit.*, p. 1015.

³⁴ *Hyatt* cobra el 5% más un 1% sobre *food and beverages*.

extraordinarias), liquidada y abonada anualmente, auditadas las cuentas presentadas por el gestor, por parte de un auditor nombrado por las partes.³⁵

En los contratos anglosajones (aunque no en los españoles) suele incluirse una cláusula denominada *Owner's Priority* que establece que el gestor no cobrará una parte importante de su remuneración mientras el propietario no haya percibido un importe mínimo de beneficios operativos.³⁶

La estructura de la remuneración puede ser relevante en el momento de calificación del contrato. En muchas ocasiones, la remuneración suele ser en parte fija, propia de los contratos de arrendamiento, en parte variable, dependiente de los ingresos, de los ingresos netos,³⁷ o de los beneficios contables después de impuestos. En estos casos, el titular participa de parte del riesgo y ventura, por lo que se le concede cierta participación en la toma de algunas decisiones. En realidad, en estos casos estaremos ante un contrato mixto de arrendamiento de industria, de gestión y de sociedad, por lo que encontraremos cláusulas propias de contrato de arrendamiento junto con las de gestión, o incluso podría calificarse de contrato de sociedad, según la relevancia de la remuneración con cargo a beneficios.

2.6.5. Otras obligaciones del titular del hotel

El titular del hotel debe dotar de un fondo de reparaciones extraordinarias (3% de los ingresos), que no se deduce de los ingresos al calcular el beneficio de explotación base de la retribución. El gestor debe usarlo para renovar las instalaciones y activos.

También debe facilitar documentación y poderes (notariales) que acrediten la representación. Debe ser un poder general referido al hotel, otorgado en documento público si así lo solicita la cadena (conforme al art. 1280.5 CC).

Como obligaciones de no hacer: no debe gestionar directamente el hotel (pues no debe perturbar en la cesión de la posesión); debe permitir la designación de la Dirección del hotel al gestor; no inmiscuirse en la gestión diaria; debe permitir la sustitución del nombre comercial en soportes materiales y documentales; no debe impedir el uso de la marca de la cadena, y debe dejar de usarla cuando finalice el contrato; no debe ceder el contrato sin consentimiento del gestor, para evitar que su nombre comercial o sus métodos de gestión queden desprotegidos (se equiparan las modificaciones estructurales); y debe guardar confidencialidad.

2.7. Obligaciones del gestor

³⁵ Mediante pacto se suelen dar otros porcentajes 2,5% ingresos brutos + porcentajes superiores al 10% de incentivo según los niveles progresivos de GOP que se superen según los años de contrato (lo que beneficia al propietario, que puede tener garantizado un nivel de GOP concreto por año).

³⁶ LOZANO, SÁNCHEZ y ENSEÑAT, "Naturaleza y estructura de los contratos...", *op. cit.*, p. 637.

³⁷ IELACQUA, L., SMITH, T. "Hotel Contracts: "To Lease or not to Lease?", en *HVS London*, August 2012.

El gestor tiene como obligación principal la de gestionar el hotel con fidelidad y lealtad, representando al propietario, devolviendo el hotel tal y como se le entregó, y rindiendo cuentas de su gestión.

2.7.1. Gestionar el hotel en nombre y por cuenta del propietario

Si las partes no establecen nada, la obligación de gestionar el hotel se entiende como obligación de medios (exige diligencia, y es el propietario quien debe probar la falta de diligencia).³⁸ En consecuencia, el gestor es último responsable, por negligente, de las sanciones derivadas del incumplimiento de leyes y reglamentos (en aplicación del art. 259 CCo), si bien, ello no absuelve la responsabilidad *in eligendo et in vigilando* del titular del hotel frente a terceros, que podrá repercutir al gestor.

Obviamente, puede pactarse la garantía del gestor de obtener unos resultados mínimos, en cuyo caso se convertiría la obligación de medios en una obligación de resultado. Sin embargo, lo habitual no es pactar expresamente que la obligación del gestor sea de resultado, sino que se exijan al gestor unos objetivos concretos medidos con referencia al RevPAR, o el EBITDA escalados por años, y que su remuneración se calcule sobre estos datos concretos. Una retribución vinculada a los resultados obtenidos podría resultar relevante para determinar la existencia de una obligación de resultados,³⁹ pero no es un factor decisivo, pues debe interpretarse cuál fue la verdadera voluntad de las partes derivada del contrato. De todos modos, aun considerando que se tratara de obligación de medios, el incumplimiento de los objetivos fijados en el contrato permite presumir la culpa del gestor, invirtiendo la carga de la prueba, correspondiendo a la cadena hotelera la prueba de que fue diligente.

Diferente a la fijación de objetivos es la entrega de un presupuesto por parte de la cadena. En estos casos no puede entenderse que el gestor quede vinculado a unos cálculos que deben entenderse como meras previsiones. Así, la doctrina considera que la desviación del presupuesto anual, aunque haya sido sometido a la aprobación del propietario, no es causa de incumplimiento.⁴⁰ La jurisprudencia menor así lo ha entendido. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 87/2007, de 20 de febrero,⁴¹ considera válida la resolución del contrato por el titular del hotel, debido al incumplimiento de la cadena *Partner*, por malas prácticas directivas,⁴² que la alejaron de cumplir los objetivos del presupuesto anual. Siendo el factor decisivo la falta de diligencia y considerando la desviación de presupuestos un indicio de la misma.

³⁸ ALCOVER, “Aproximación al contrato de gestión hotelera ...”, *op. cit.*, p. 1022. Aunque no se trata de una cuestión pacífica en la doctrina. Pérez Moriones la considera una obligación de resultado.

³⁹ LOZANO, SÁNCHEZ y ENSEÑAT, “Naturaleza y estructura de los contratos...”, *op. cit.*, p. 643.

⁴⁰ LOZANO, SÁNCHEZ y ENSEÑAT, “Naturaleza y estructura de los contratos...”, *op. cit.*, p. 641.

⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 87/2007, de 20 de febrero. (caso Directorio Inmobiliario SA v. Partner Hotels and Inss, S.L.),

⁴² Compras conforme a manual de la cadena hotelera *Partner*, sin buscar otros proveedores mejores, suministros exagerados, lencería mal gestionada, falta de control de tiempos de limpieza, deficiente sistema de formación y mal sistema informático, venta de habitaciones por debajo del precio de mercado de 4 estrellas, (19 € pensión completa).

Finalmente, para evitar la polémica sobre el carácter de la obligación del gestor, aunque no sean decisivas por sí mismas, son frecuentes las cláusulas que manifiesten que esta es de medios, tales como la siguiente: “*Es obligación del gestor la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la mejor organización, más alto rendimiento y mayor prestigio del hotel cuya administración se encomienda*”.⁴³

El titular hotelero suele limitar la capacidad de gestión de la cadena hotelera.⁴⁴ Corresponde al titular hotelero aprobar el presupuesto anual, los gastos que superen un porcentaje determinado de la partida de gastos prevista en el presupuesto aprobado para el ejercicio, la suscripción de contratos de endeudamiento, los contratos cuya duración supere un tiempo mínimo establecido, la contratación de trabajadores que superen determinadas condiciones (sueldo, antigüedad, normalmente en un plazo de quince días), y los precios de las habitaciones, y de las comidas y bebidas.

2.7.2. Deber de fidelidad y lealtad

Como gestor del titular del hotel, la cadena hotelera debe actuar de buena fe. La buena fe debe aplicarse para interpretar e integrar los contratos, pues así lo dispone el art. 1258 CC.⁴⁵ Ello que se traduce en un deber de fidelidad y lealtad del gestor que se concreta en las siguientes obligaciones:

- Invertir correctamente el Fondo de maniobra y el Fondo de reparaciones. Su inversión inadecuada (por ejemplo destinada a cubrir falta de efectivo en otro hotel del grupo) da lugar a la obligación de restitución del capital más el interés legal más daños y perjuicios (art. 264 CCo), sin perjuicio de la posible tipificación penal como apropiación indebida.
- No aceptar otras remuneraciones derivadas de la gestión. Si se obtienen descuentos deben atribuirse al propietario. Las propinas del personal corresponden a este. El gestor sí puede ingresar por gestión no vinculada directamente con el hotel, por ejemplo, por el uso de su central de reservas por parte de los clientes del hotel.
- No integrar en la cadena un hotel que entre en directa competencia con el gestionado
- Prohibición de competencia, que no puede superar los 2 años (art. 20 LCA).
- Que la política de expansión de la cadena no perjudique al hotel gestionado. Por ejemplo, que la cadena no dé preferencia o desvíe clientela del hotel a otros hoteles de la cadena, o que en la gestión de los *overbooking* no se desvíen los clientes a hoteles de la cadena de peor calidad.
- Deber de secreto durante su gestión y tras finalizar las misma. Suele pactarse contractualmente, durante un plazo usual mínimo de 2 años.

⁴³ ALCOVER, “Aproximación al contrato de gestión hotelera ...”, *op. cit.*, p. 1017.

⁴⁴ LOZANO, SÁNCHEZ y ENSEÑAT, “Naturaleza y estructura de los contratos...”, *op. cit.*, p. 641.

⁴⁵ ALCOVER, “Aproximación al contrato de gestión hotelera ...”, *op. cit.*, p. 1017.

- Imposibilidad de adquirir el hotel por compra, aunque sea en subasta, por sí ni por persona intermedia (art. 1459.2 CC). Para adquirirlo el gestor necesitaría el consentimiento del titular del negocio. Suele articularse este consentimiento en el mismo contrato, al reconocer a favor del gestor un derecho de adquisición preferente a favor del gerente en caso de venta por el titular. El derecho de preferencia se concede al final del periodo a favor del gestor. Si el titular pretende arrendar el negocio u otro contrato de gestión a un competidor, debe comunicarlo al gestor, y el gestor podrá optar en idénticas condiciones, en el plazo pactado (normalmente preaviso de un mes y a ejecutar en dos), y comunicándolo fehacientemente (según lo pactado) al propietario.
- Llevanza de contabilidad independiente de cada uno de los titulares de los que tenga hoteles (art. 9.e LCA).
- Cumplir las órdenes del titular hotelero que no contradigan su modelo de gestión. No debe olvidarse que la gestión diaria la cede el titular no solo en su propio interés, sino también en el interés del gestor, que, además es el que conoce realmente su propio modelo de gestión exitoso.
- A falta de órdenes, la cadena debe gestionar el negocio “*conforme al uso de comercio, cuidando del negocio como propio*” (art. 258 CCo). En los casos en que el gestor sea una cadena hotelera, la voluntad de las partes es precisamente la de que el gestor cuide el negocio y lo gestione como el resto de hoteles de la cadena.

2.7.3. Representar al titular del hotel

Alcance del poder

Para poder representar al titular del hotel, este debe entregar al gestor un poder lo suficientemente amplio como para permitirle ejercitar todos los actos de gestión ordinaria del hotel, ya sean jurídicos como de hecho (organización contable, facturación y cobro, organización del trabajo, etc.). Así el gestor debe poder celebrar, en nombre y por cuenta del titular, contratos de hospedaje, de contingente, de suministro, laborales, o de seguros.⁴⁶ Esta función ofrece ventajas notables al titular, pues la capacidad de negociación de la cadena con agencias de viaje mayoristas, proveedores, sindicatos (convenios colectivos de empresa) y aseguradores es mucho mayor.

⁴⁶ En especial, suele pactarse la obligación de contratar y pagar en nombre y por cuenta del propietario, todos los seguros excepto los que cubran los daños sobre los activos del negocio, conforme a cláusulas como la siguiente: “*La Gerente (tomador) suscribirá en nombre y por cuenta del hotel (asegurado) y previa aprobación de la propietario las coberturas del seguro general de responsabilidad civil hacia terceros, excluyendo al personal del hotel, el de responsabilidad de automóviles, de daños contra pérdidas o responsabilidad por lesiones personales, fallecimientos o daños resultantes de la operación del hotel, además del de fidelidad y honestidad y contra cualquier otro riesgo de operación, excluyendo los activos fijos, mientras que la Titular suscribirá el seguro sobre los activos*”.

Este poder no incluye los actos de disposición (salvo los de suministro de bebida y comida), gravamen, o endeudamiento. Respecto a los contratos de arrendamiento, normalmente quedan excluidos, pero en ocasiones se incluyen cláusulas que permiten al gestor la celebración de contratos de alquiler de duración no superior a la duración del contrato de gestión.

Irrevocabilidad del poder

El poder debe ser irrevocable, pues no solo el titular del hotel, sino también la cadena hotelera que lo gestiona, tienen un interés en el ejercicio del mismo. La irrevocabilidad del poder conviene pactarla expresamente, pues la regla general es que el poder sea revocable salvo que expresamente se indique otra cosa (art. 279 CCo).

La jurisprudencia del TS reconoce que el pacto de irrevocabilidad del poder es válido si el apoderado tiene interés en el asunto,⁴⁷ pues la irrevocabilidad puede darse como contraprestación o como garantía, en cuyo caso no se da en exclusivo interés del apoderado. En este caso, el poder solo será revocable en los términos del contrato que lo creó, por ejemplo, por exclusiva voluntad del apoderado.

La cuestión de si puede entenderse tácitamente irrevocable el poder dado por el titular a la cadena hotelera gestora debe resolverse caso por caso. Es cierto que existe una justificación jurídico-económica a favor de esta posibilidad en los contratos de gestión hotelera. Esta es la de evitar que la relación quede a merced de una de las partes (lo que está prohibido por el art. 1259 CC). Es más, las cadenas hoteleras pueden haber incluido esta cláusula de irrevocabilidad en contratos previos firmados con el mismo titular, o con otros, de manera suficientemente reiterada como para que pueda considerarse un uso interpretativo o normativo.

En EE.UU., la regla es que el poder otorgado a la cadena hotelera es esencialmente revocable, y que para que pueda entenderse irrevocable es necesario que la cadena acredite un interés especial distinto al derivado del contrato de gestión hotelera.⁴⁸

⁴⁷ ALCOVER, “Aproximación al contrato de gestión hotelera ...”, *op. cit.*, p. 1020.

⁴⁸ GOVERNMENT GUARANTEE FUND OF THE REPUBLIC OF FINLAND v. HYATT CORPORATION US COURT OF APPEALS 3rd CIRCUIT. 95 F.3d 291; 1996 U.S. App. LEXIS 24010; 35 V.I. 483. 12 sept 1996. “Virgin Grand Hotel” o “Hyatt Regency” Resort case. *Hyatt* contrató con el promotor *Great Acres* un *hotel management agreement* de 30 años de duración, limitando el derecho del propietario de extinguir unilateralmente el contrato por pobres resultados (*poor performance*). *Great Acres* financió la obra con un préstamo de un fondo de inversión finlandés en el que este manifestó su conocimiento del contrato de gestión. *Great Acres* no pudo pagar al fondo el préstamo que pidió para construir el hotel, y, por su parte, el fondo quebró y fue rescatado por el gobierno finlandés. El fondo, en manos del gobierno finlandés ejecutó la hipoteca constituida sobre el hotel, y el rematante, *35 Acres*, dio por terminado el contrato, comunicándolo a *Hyatt*. *Hyatt* se resiste a abandonarlo, alegando que el poder es irrevocable porque se hizo no solo en interés del poderdante, sino también para proteger su imagen, su marca, y garantizar un periodo mínimo de retorno de la inversión que había realizado. La Corte considera que el poder es revocable porque *Hyatt* no ha probado que exista un interés específicamente protegido con el poder diferente al que es propio de cualquier contrato de *management* hotelero. En consecuencia, *Hyatt* debe entregar la posesión al propietario *35 Acres*. (Sin perjuicio de que esta sea ordenada y permita a *Hyatt* recuperar su inversión).

Vinculación del gestor a los contratos celebrados con los terceros

Siguiendo la regla general de la representación, si el gestor actúa en nombre propio, sin indicar el comitente, es responsable directo de los contratos firmados por él, y los terceros no tienen acción contra el comitente. Si la cadena hotelera gestora actúa en nombre del comitente, es decir, del titular del hotel, debe indicarlo por escrito, es responsable el comitente, aunque también el gestor mientras no pruebe la comisión, si el comitente la niega (arts. 245 a 247 CCo).

Ahora bien, el gerente debe tener cuidado con la apariencia: el nombre comercial que aparece externamente en soportes materiales del hotel o en documentación puede ser importante respecto a terceros, vinculando al gerente como factor notorio. Y precisamente esta será la situación habitual, pues, dado que la cadena hotelera tiene interés en comercializar el hotel como parte de la cadena, es habitual que en estos contratos se incluya una cláusula en la que el propietario autorice expresamente al gestor para que cambie el nombre comercial del hotel por el nombre elegido por el gestor, tanto en soportes materiales y documentales, así como promocionarlo con la marca y logotipo de la cadena hotelera. Los clientes del hotel, traídos por la cadena gracias a sus redes de comercialización, creen que la cadena es la propietaria, lo que hace a ésta responsable frente a ellos de los incumplimientos del hotel. Por ello, la cadena está legitimada pasivamente en demandas de responsabilidad civil derivadas de la explotación, sin perjuicio de su repetición al principal.⁴⁹

Permiso expreso al gestor para la autocontratación

Para evitar los problemas generados por la autocontratación, es preciso el permiso expreso del titular del hotel al gestor para que esta sea posible. Ello es necesario, puesto que en múltiples ocasiones lo que pretende la cadena (donde está su negocio) es una integración vertical, para lo que necesita que el hotel contrate con las agencias de viajes de su grupo hotelero los contratos de reserva de plazas en régimen de contingente. Es más, suele ser el mismo titular hotelero quien incluye la cláusula en el contrato que obliga a la cadena a comercializar su hotel a través de su red de agencias.

En los contratos de suministro la cadena también debe poder autocontratar, pues parte del negocio consiste en que la contratación se realice según manuales de la

⁴⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5ª), núm. 277/2006, de 12 junio (AC 2006\1158). Ponente Mateo Ramón Homar. (Caso Elena v. Hotetur Club SL). Se trata de una demanda de responsabilidad civil por una caída de un cliente del IMSERSO en una bañera que no tenía antideslizante ni agarradera. Hotetur era gestora de Airtours Resort Mallorca S.L. que, a su vez había absorbido a Hotel Don Pedro S.A., que era arrendataria del hotel propiedad de Hotel Fil de Ferro S.A. Entre otros argumentos señala que en los folletos entregados a los clientes aparece Hotetur como titular de los servicios, que el Hotel se publicita en su web también a efectos de reclamaciones, que en la prensa aparece la vinculación de Hotetur con el hotel, que el Director es empleado de Airtour pero contratado por Hotetur, y que en el contrato de gestión aparecen confusas las obligaciones que se reserva la principal, de lo que se deriva la cuando menos la gestión conjunta.

cadena que, en muchas ocasiones, como en el caso de las franquicias, exigen la compra de productos a determinados proveedores designados por la cadena hotelera (por ser los de la calidad exigida y por permitir a esta conseguir un incremento de pedidos que perita una reducción de precios unitarios). Al respecto, y cuando la cadena gestora no repercute esta reducción de precios en beneficio del titular del hotel, entendemos aplicable la jurisprudencia sobre franquicia, que permite al franquiciado (que en este caso sería equivalente al titular) la contratación con terceros siempre que los productos suministrados por estos tengan las mismas características que los del franquiciador, entendiendo nulas las cláusulas que imponen un determinado suministrador al franquiciado, por suponer un abuso de posición dominante, prohibido por el art. 3 de la Ley de Competencia Desleal.

2.7.4. Hacer uso de la marca

El titular tiene derecho a exigir que se use la marca de la cadena hotelera. En el caso de que esta tenga varias marcas, la marca usada debe ser la correspondiente a la calidad pactada con la cadena o, en su defecto, de similar calidad a la que tenía el hotel antes de la conclusión del contrato. Se trata de una cláusula relevante, en especial cuando existe una cesión del contrato por parte del gestor. También es posible la cláusula que permita a la cadena hotelera la eliminación o modificación de la marca. En los casos de modificación, salvo pacto, la nueva marca debe ser de la misma calidad, dirigirse al mismo tipo de turismo.⁵⁰

2.7.5. No ceder el contrato

El gestor se obliga a no ceder el contrato sin consentimiento del titular, pues el comisionista no puede delegar su encargo sin consentimiento del comitente (art. 261 CCo). El consentimiento puede prestarse en el contrato de gestión de manera anticipada.⁵¹ En caso de cesión autorizada, el gestor responde frente al principal de la

⁵⁰ Existen empresas de calificación de las marcas turísticas (*hotel rating agencies*) que permiten acreditar si la marca es de la misma calidad. *21C LLC v. WYNDHAM MANAGEMENT*. UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE WESTERN DISTRICT OF KENTUCKY. 2006 U.S. Dist. LEXIS 45298. June 29, 2006. En el HMA se permitía la eliminación de la marca de algunos inmuebles del hotel. Del resto, se mantenía de acuerdo con la clasificación de una *hotel rating agency*. El contrato incluía la siguiente cláusula: “[Wyndham Management] at any time and from time to time during the Term may determine to change the brand name under which some or all of the hotels currently operated under the “Wyndham” brand name are to be operated. In connection with such change, [21C LLC] agrees that [Wyndham Management] may change the brand name under which [21C] is operated without the consent of [21C LLC] so long as the new brand name is ranked by Smith Travel Research in the same category as, or a higher category than, that in which the “Wyndham” brand name is so ranked”.

⁵¹ ALCOVER GARAU, Guillermo. “Aproximación al contrato de gestión hotelera”, en *Revista de Derecho mercantil*. Nº 237, 2000, p. 1022.

actuación del cesionario elegido por él (art. 262 CCo), aunque cabe pacto exoneración.⁵²

2.7.6. Comunicaciones del gestor y rendición de cuentas

La cadena hotelera gestora debe rendir cuentas de su gestión. Dicha rendición debe ser tanto puntual como periódica (art. 263 CCo). La obligación de información puntual de la marcha de la explotación hotelera se refleja en el art. 262 CCo, y en el art. 9.b LCA. En virtud de ellos, el gestor debe enviar la información necesaria para casos en los que el titular deba dar su consentimiento (conforme al art. 10.3 LCA, debe hacerlo con una antelación de 15 días). En concreto, debe enviar:

- La comunicación de los precios de las habitaciones, o los precios de comida y bebida. La propuesta de precios se envía normalmente en enero (invierno) y mayo (verano del siguiente año natural). Es habitual pactar que si el titular no presta consentimiento en un mes, se prorrogan los precios de la temporada anterior. El gestor no puede reducir los precios para adaptarlos al mercado más de un 35% sin aprobación del propietario.
- Un presupuesto de explotación. Normalmente en agosto. Si en octubre no lo ha aprobado el titular del hotel, se prorroga el anterior actualizado (sumando IPC). Las decisiones que supongan una desviación negativa de más de un 5%, requieren plan de medidas correctoras y aprobación del titular del hotel.
- Un presupuesto de inversiones.

Con periodicidad, el gestor debe enviar al titular:

- Mensualmente debe enviar la cuenta de explotación, y una previsión de tres meses.
- La lista de ocupación y de personal.
- Mensualmente comunicar las reservas de temporada en curso y de la siguiente.
- Trimestral o mensualmente enviar el balance de comprobación.
- Anualmente debe enviar las cuentas anuales, que deben auditarse por un auditor externo nombrado por el propietario, según pacto. Los honorarios derivados de la contabilidad y de las comunicaciones se consideran gastos de explotación.

El titular tiene derecho de inspección contable, y lo llevará por medio de sus representantes, en horario comercial.

La cadena hotelera tiene obligación de llevanza de contabilidad independiente de cada uno de los titulares de los que tenga hoteles (art. 9.e LCA).

La llevanza de la contabilidad es esencial para el cumplimiento de esta obligación de rendición de cuentas. Es frecuente que, además de la contabilidad legal, se

⁵² 21C LLC v. WYNDHAM MANAGEMENT . UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE WESTERN DISTRICT OF KENTUCKY. 2006 U.S. Dist. LEXIS 45298. June 29, 2006. Posible incumplimiento por no avisar de la venta de la cadena a un fondo que separó inmuebles en otra marca y vendió la marca y cedió el resto de contrato de gestión del mismo propietario a otra cadena que no era de lujo.

pacte, en los contratos internacionales de gestión hotelera, la llevanza de la contabilidad conforme al Plan específico de contabilidad hotelera internacional: *Uniform System of Accounts of Hotels* publicada por la *American Hotel Association*, conforme a la cual se calculará la retribución de la cadena hotelera por su gestión.⁵³

2.7.7. Conservar y devolver el negocio hotelero

El gestor debe conservar y devolver el negocio hotelero sin minusvaloración (art. 266 CCo), con el equipamiento equivalente en cantidad y calidad, y en estado normal de desgaste. Normalmente se incluye un protocolo de guía de devolución. El gestor no está obligado a deshacer los cambios estructurales introducidos en el hotel con autorización del titular, y puede retirar las instalaciones no estructurales hechas a su costa.

2.7.8. Otras obligaciones del gestor

- Permitir al titular usar excedentes de tesorería si hay fondos para cubrir los pagos futuros.
- Realizar las reparaciones ordinarias derivadas del uso. El gestor no requiere la autorización expresa del propietario para realizar estas obras. Estas reparaciones ordinarias sí se consideran gasto para el cálculo del beneficio de explotación.
- Recibir reclamaciones de clientes (hechas a su costa 9.d LCA).
- Gestionar el software, que será el de la cadena hotelera (adaptaciones del SAP, Fidelio...).
- Llevar la gestión financiera, fiscal, jurídica y económico-contable.
- Llevar la política de personal, contratación, formación y dirección y asignación de funciones del personal. Se trata de una obligación que se mantiene durante la vigencia del contrato. Implica la entrega de manuales, la contratación de formadores, y el control de las funciones, como la de limpieza, etc.
- Suministrar bienes complementarios: bebidas y comida, productos de limpieza, etc. Los precios deben ser aprobados por el propietario. La reposición debe ser conforme a estándares de su clase. Diseñar y construir el mobiliario y el inmueble (buscando la estandarización con otros establecimientos de la misma cadena hotelera).
- Encargarse de la promoción (ofertas, programas de fidelización), publicidad, relaciones públicas (participación en ferias y convenciones de turismo, centro de negocios) y *marketing* del establecimiento hotelero. La comercialización del hotel se realizará en su caso, a través de las agencias de su grupo hotelero y siempre por medio de su central de reservas.

⁵³ Retribución y cumplimiento objetivos: All inclusive y Largas estancias, 90% es RevPAR = ingreso neto de habS (deducido los gastos de desayuno y comida, impuestos indirectos y descuentos)/ n° hab disponibles, o bien, average daily room rate (ADR) * % ocupación media diaria. Hoteles de 3 a 5 estrellas: 50 a 70 % es RevPAR, por lo que es mejor GOPPAR.

2.8. Extinción del contrato

El contrato de gestión hotelera se extingue por las causas generales de los contratos. Comentaremos las peculiaridades de la extinción en el caso de que la duración del contrato llegue a su fin, en los casos de denuncia unilateral, y de incumplimiento.

2.8.1. Duración

El contrato se extinguirá cuando llegue a su término. La duración pactada es larga, normalmente de 10 a 30 años.⁵⁴ Ello es lógico, pues integrar un hotel en una cadena hotelera de ámbito mundial puede tardar unos cinco años hasta que está en plena producción.⁵⁵ Es normal que los contratos sean prorrogables normalmente por plazos de cinco años. En la práctica, el preaviso se pacta de 1 año o 9 meses.

Si no se pacta plazo, debemos entender que el contrato lo es por tiempo indefinido (art. 23 LCA). Si no se ha pactado prórroga alguna, podríamos entender aplicable la tácita reconducción propia del contrato de arrendamiento, aplicada por la jurisprudencia como referencia general en los contratos de tracto sucesivo, conforme a la que, de no haber preaviso, el contrato se entendería prorrogado por un año, salvo que existiera un preaviso de quince días. Sin embargo, esta norma supletoria, en especial el breve plazo de preaviso, es inadecuada a la realidad y necesidades del negocio hotelero, que requiere una planificación de la temporada con tiempo suficiente. Entendemos que, para el contrato de gestión, es más adecuada la normativa del contrato de agencia, que, a falta de pacto, señala que la tácita reconducción lo sería por un tiempo indefinido (art.24.2 LCA), con unos plazos de preaviso legales no tan breves, de 1 mes a 6 meses (art.25 LCA). Con todo, estos plazos de preaviso son breves para poder preparar la temporada turística siguiente (donde la contratación de los cupos de habitaciones con las agencias de viaje se realiza como máximo con nueve meses de antelación). Por ello, es conveniente, y común, que el preaviso se pacte expresamente.

En ocasiones, se incluye un derecho de adquisición preferente al final del periodo a favor del gestor. Suele pactarse que la opción deba ejercitarla el gestor comunicándola de manera fehacientemente al titular (normalmente con preaviso de un mes).

2.8.2. Denuncia unilateral

La extinción por denuncia unilateral es habitual en tiempos de crisis: los titulares quieren reducir sus costes y las cadenas quieren mantener sus ingresos, y la calidad de

⁵⁴ ALCOVER, “Aproximación al contrato de gestión hotelera ...”, *op. cit.*, p. 1011.

⁵⁵ GOVERNMENT GUARANTEE FUND OF THE REPUBLIC OF FINLAND v. HYATT CORPORATION US COURT OF APPEALS 3rd CIRCUIT. 95 F.3d 291; 1996 U.S. App. LEXIS 24010; 35 V.I. 483. 12 sept 1996.

su marca a cualquier coste. Desde este punto de vista, si se pacta el carácter irrevocable del poder dado al gestor pone a este en una situación ventajosa para denunciar el contrato de manera oportunista. En todo caso, el gestor puede renunciar con preaviso (art.1736 CC). A falta de pacto de irrevocabilidad, el propietario puede denunciar unilateralmente el contrato en cualquier momento (art.279 CCo) sin necesidad de preaviso. El preaviso habitual en ambos casos suele pactarse de de 3 meses a 1 año.

También suele incluirse la posibilidad de extinguir el contrato cuando se extingan los contratos de contingente celebrados por el gestor con las agencias de viaje.

La buena fe atempera la regla general y exige del titular un preaviso (usualmente de tres meses): cuando la cadena hotelera haya realizado instalaciones que, en principio, deberá desinstalar; cuando la cadena hotelera haya formado trabajadores, por lo que tendrá que recibir una indemnización adecuada.

En caso de venta del hotel se exige al titular un preaviso, para que el gestor pueda ejercitar un derecho de adquisición preferente (si pactado) o pueda reclamar una indemnización (equivalente a percepciones desde venta hasta final).

No es necesario el preaviso, si la extinción tiene lugar por incumplimiento de una de las partes (art.26 LCA). Sin embargo, es discutible la aplicación del mismo artículo cuando afirma que el concurso dará lugar a la extinción automática del contrato. Esta disposición, que se aplica en los contratos de agencia, y que se entiende válida en los procesos concursales (art.63 de la Ley Concursal, en adelante LC), no la entendemos aplicable, pues entendemos que no puede interpretarse analógicamente una norma excepcional, puesto que debe entenderse como excepción el art.63 LC frente a la regla general del art.61.3 LC, que entiende por no puestas las cláusulas de resolución o extinción automática por declaración de concurso, y la del art.62 LC, que deja la finalización del contrato sinalagmático en manos del juez de lo mercantil competente.

2.8.3. Incumplimiento resolutorio

La extinción por incumplimiento sigue las reglas generales del art.1124 CC, que da a la parte que sufre el incumplimiento la facultad de resolución, que implica restitución, más daños y perjuicios. El incumplimiento debe serlo de una obligación principal, o un incumplimiento esencial de una obligación secundaria. En todo caso, en el contrato se suelen detallar las obligaciones consideradas esenciales cuyo incumplimiento pueda dar lugar a la resolución del contrato.⁵⁶ En cualquier caso, debe existir un incumplimiento

⁵⁶ Son cláusulas resolutorias típicas:

- la resolución de incumplimiento por no alcanzar un 80% del beneficio bruto presupuestado. Si el gestor no completa la diferencia en 60 días desde el informe de auditoría. La resolución se hace efectiva con el fin de la temporada turística. Salvo que el gestor acredite que la caída del beneficio es común en hoteles de semejante categoría o situación.
- la resolución por cambio de titularidad de la propiedad. El propietario saliente debe indemnizar honorarios de gestión esperados menos el 65% (por gastos de gestión no devengados) más intereses.
- Se suele pactar el derecho de subsanación por parte del incumplidor, salvo que el incumplimiento sea esencial. Quien sufre el incumplimiento debe dar un preaviso (normalmente se pacta un preaviso de 30 días), para la subsanación, transcurrido el cual, puede solicitar la resolución contractual. PLATINUM

grave, una circunstancia que haga imposible la ejecución, que suponga una desviación significativa de los objetivos de rentabilidad (tras otorgar un periodo de gracia). La desviación se obtiene comparando estos con: los objetivos pactados o los presupuestados y los obtenidos por explotaciones competidoras.⁵⁷

La indemnización suele pactarse expresamente. A falta de pacto, entendemos que parece razonable aplicar las reglas previstas para el contrato de agencia (art.28 LCA, sobre indemnización por clientela, y art.29 LCA, sobre amortización por inversiones) sin que puedan considerarse imperativas, pues están pensadas para un agente que esté en posición de inferioridad respecto del principal, cosa que no ocurre en la relación entre el titular del hotel y la cadena hotelera. En cualquier caso, el gestor mantiene su ventaja en caso de impago del titular: la retención del hotel hasta pago de los gastos no amortizados y de los daños y perjuicios derivados del retraso en su restitución al mandatario (arts.1728 y 1730 CC).⁵⁸

3. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE REFORMA DEL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

En el presente artículo hemos expuesto una de las principales formas jurídicas utilizadas por las cadenas hoteleras para expandirse: la gestión de negocios hoteleros de otros titulares. En el contrato de gestión hotelera la cadena hotelera gestiona la empresa hotelera en nombre y por cuenta de su titular a cambio de una contraprestación. Se trata de un contrato complejo, cuyo régimen jurídico no está regulado por la ley. Por ello suele ser un contrato con amplios clausulados. En defecto de cláusulas hemos integrado el contrato con los de comisión, de agencia y franquicia, siempre teniendo en cuenta que la cadena hotelera tiene una posición dominante. Es un contrato a largo plazo, prorrogable. En él, el titular de la empresa se obliga a entregarla con los elementos

PORTFOLIO, LTD., a Texas Limited Liability Partnership v. SUPERIOR LODGING, INC., an Arkansas Corporation. 3-03-CV-730-AH. UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF TEXAS, DALLAS DIVISION. 2004 U.S. Dist. LEXIS 11853. June 17, 2004, resolución por incumplimiento de rendición de cuentas, después de problemas con el director. Se debe pagar la remuneración del periodo cumplido, incluidos los 30 días.

⁵⁷ LOZANO, SÁNCHEZ y ENSEÑAT, “Naturaleza y estructura de los contratos...”, *op. cit.*, p. 642.

⁵⁸ La jurisprudencia española, en supuestos de contratos de gestión en los que el gestor no era una cadena hotelera se ha pronunciado aplicando las reglas de indemnización especiales del arrendamiento de servicios (art.1594 del Código Civil). La sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4ª), núm. 4/2008 de 3 enero (JUR 2008\333380). Hoteles Trébol Cantabria, S.A. v. Palacio de Soñanes, S.L. Ponente María José Arroyo García. Nos encontramos ante un contrato de arrendamiento de servicio en que la parte actora debía gestionar el personal, realizar la gestión hotelera propiamente dicha, realizar la gestión financiera, gestión de compras y por último la gestión comercial. El incumplimiento de la gestión comercial no se considera resolutorio. La gestión comercial era una más de las gestiones encomendadas a la entidad actora. En el Plan de Marketing del año 2005 no se acuerda exclusivamente incluir el hotel en el mercado gay, sino también en hoteles con encanto, bancotel, etc. Ahora bien, como el contrato de arrendamiento de servicio es un contrato basado en la confianza, el hecho de no haber notificado previamente a la entidad demandada su intención de introducir el hotel en el mercado gay, produjo la pérdida de confianza y el desistimiento unilateral del contrato, art. 1594 CC. El desistimiento unilateral exige la indemnización al arrendatario de todos sus gastos, trabajo, utilidad que pudiera obtener por el contrato, art. 1594 del Código civil. Se calcula la indemnización como el margen comercial del precio pactado por el tiempo que quedaba por cumplir. Considera un margen del 25%, aplicable al precio, que era el 3% RevPAR.

necesarios para su funcionamiento, incluyendo un fondo de maniobra, con los poderes suficientes (revocables salvo pacto) para que la cadena hotelera la gestione y la integre en su red de comercialización, bajo su marca. La representación del titular, el control de calidad, la gestión diaria y la contratación (incluida la autocontratación) recae principalmente en la cadena hotelera, pero para tomar las decisiones relevantes, la cadena debe obtener el consentimiento expreso o tácito del titular. La cadena percibe la remuneración por su gestión (consistente en un porcentaje de los ingresos brutos), puede obtener márgenes sobre los suministros que vende al titular, y percibir ingresos por el uso de la marca y de la central de reservas de la cadena. También percibe intereses por las cantidades que haya adelantado si el fondo de maniobra era insuficiente.

La Segunda Edición de la Propuesta de Código mercantil elaborada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación regula por primera vez este contrato, si bien, lo hace de manera meramente descriptiva e insuficiente, sin resolver los problemas que se generan en la práctica por lo confuso de su calificación, que son los que en este trabajo pretendemos resolver. Su art. 534-4 define la noción de contrato de gestión de establecimientos de alojamiento turístico,⁵⁹ sin diferenciar los dos contratos de diversa naturaleza que suelen calificarse como gestión hotelera:

- aquellos en los que el gestor es meramente un mero mandatario sin interés personal en el negocio, cuya actuación es más propia de un arrendador de servicios (al estilo del Derecho francés) o un agente (con la posición de inferioridad digna de protección jurídica del agente contenida en la LCA, que mantendría su imperatividad).
- los que se identifican en el tráfico mercantil hotelero como contratos de gestión, en los que las técnicas de gestión y los signos distintivos deben ser obligatoriamente aportados por el gestor, pues tiene interés en ello, al integrar el hotel en su cadena y permitirle su expansión. En este caso, debería aclararse su naturaleza de contrato de agencia, pero sin protección al agente (gestor) que es, en realidad, la parte dominante. Asimismo convendría aclarar si a este contrato se le aplica también el régimen del contrato de franquicia en todo o en parte.

La Propuesta tampoco aclara el carácter revocable o irrevocable del mandato del titular, ni si el respeto de la autonomía del gestor le permite autocontratar.⁶⁰ Se echa en falta el detalle de la obligación de información y rendición de cuentas, en especial, el del derecho de información puntual a instancias del titular del negocio hotelero.⁶¹ Tampoco especifica las obligaciones de cooperación, algunas tan típicas como la entrega del fondo de maniobra o el fondo de reparaciones extraordinarias, con lo que se

⁵⁹ Que es aquél en el que “*el empresario gestor se obliga a explotar un establecimiento de alojamiento, en nombre y por cuenta y riesgo de su titular, normalmente utilizando sus propias técnicas de gestión y signos distintivos, a cambio de una remuneración económica*”.

⁶⁰ El art. 534-5, enumera las obligaciones del empresario gestor: Su punto 1 establece que “*El empresario gestor se obliga a gestionar el establecimiento objeto del contrato, de acuerdo con las instrucciones del titular y respetando su autonomía*”.

⁶¹ El punto 2 del art. 534-5 señala: “*El empresario gestor está obligado a informar y rendir cuentas al titular del establecimiento gestionado en la forma y tiempo pactados, y, como mínimo, una vez al año*”.

podrá plantear si, a falta de pacto, se entienden o no incluidos.⁶² No especifica si el pago de la remuneración obedece a una obligación de medios o debe estar vinculada a unos resultados.⁶³ Y finalmente, tampoco resuelve otros problemas jurídico privados que plantea en la práctica la gestión de negocios de alojamiento, en caso de falta de pacto expreso, como la duración del contrato, o el conflicto que surge en la aplicación de normas mercantiles como la Ley Concursal.

⁶² Art. 534-6 afirma, en su punto 1: *“El empresario de alojamiento turístico gestionado asume la obligación de entregar al gestor la posesión del establecimiento, así como otras obligaciones de cooperación con el empresario gestor que resulten necesarias para el buen funcionamiento del establecimiento gestionado”*.

⁶³ El art. 534-6.2 recoge la obligación del empresario de alojamiento turístico gestionado de *“pagar la remuneración pactada y a reembolsar al empresario gestor los gastos en que hubiera podido incurrir por razón del desempeño de la gestión”*.

LA REGULACIÓN DE LA MOROSIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL *

LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO **

Resumen

El Libro Cuarto del Anteproyecto de Código Mercantil se ocupa de las obligaciones y los contratos mercantiles en general. Entre las materias que en él se abordan, el codificador mercantil del siglo XXI presta atención a la morosidad en el cumplimiento del contrato mercantil. Esta regulación diferencia dos regímenes jurídicos distintos: el aplicable a las relaciones jurídicas que no entran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de lucha contra la morosidad y los largos aplazamientos de pago del precio (arts. 418-1 a 418-3) y el aplicable a las relaciones jurídicas que sí entran dentro de dicho ámbito de aplicación (arts. 418-4 a 418-6). El presente trabajo se propone analizar y valorar críticamente ambos regímenes jurídicos con vistas a detectar sus principales fortalezas y debilidades. El análisis realizado lleva al autor a formular con ánimo constructivo varias propuestas de reforma de las normas sobre morosidad contenidas en el Anteproyecto.

Contenido

1. Propósito y plan. – 2. La regulación de la morosidad en la codificación mercantil decimonónica y en la legislación especial. – 2.1. En la codificación mercantil decimonónica. – 2.2. En la legislación especial. – 3. La regulación de la morosidad en el Anteproyecto de Código Mercantil. – 3.1. Preliminar. – 3.2. Normas aplicables a las relaciones jurídicas que no entran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de lucha contra la morosidad. – 3.2.1. Comienzo de la morosidad. – 3.2.2. Consecuencias del retraso en el cumplimiento. – 3.2.3. Efecto de la mora en las deudas dinerarias. – 3.3. Normas aplicables a las relaciones jurídicas que caen dentro del ámbito de aplicación de la normativa de lucha contra la morosidad. – 3.3.1. Un apunte previo sobre el ámbito de aplicación de la normativa antimorosidad en vigor. – 3.3.2. La opción seguida por el Anteproyecto al regular la morosidad en estas relaciones jurídicas. – 4. Valoración de la regulación de la morosidad en el Anteproyecto de Código Mercantil y reflexión final. – 4.1. Sobre la opción codificadora de fijar sólo reglas generales y remitir a la legislación especial en materia de lucha contra la morosidad. – 4.2. Sobre la opción codificadora de conferir un distinto tratamiento a las obligaciones pecuniarias en cuanto a si producen o no

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación de Excelencia del MICINN “*Contratación mercantil y competencia empresarial: nuevas tendencias reguladoras y propuestas de conexiones normativas*” (Referencia DER2013-43674-P), así como dentro del Proyecto de Investigación de Excelencia de la Junta de Andalucía “*La protección de los consumidores como ariete de la reforma de la empresa, las reglas de competencia y la cultura empresarial*” (Referencia: SEJ-P10-6073).

** Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Córdoba.

intereses por el mero retraso objetivo. – 4.3. Sobre la opción codificadora de diferenciar dos regímenes jurídicos distintos en materia de morosidad. – 4.4. Reflexión final.

1. PROPÓSITO Y PLAN

La mejor doctrina jurídica apela recurrentemente al legislador y al juez –y, en general, al intérprete de la norma– para que acometan un *aggiornamento* permanente de la *lege data* a fin de acomodarla a las cambiantes realidades reguladas. Entre los maestros del Derecho privado, cabría citar en este sentido al profesor Díez-Picazo, quien pone de manifiesto que todo ordenamiento está claramente condicionado por los cambios, frente a los que caben dos respuestas posibles: "acelerar la promulgación de un nuevo bloque legislativo o efectuar una interpretación de reajuste que partiendo de los criterios que operan en el ordenamiento jurídico, permita colmar las lagunas del Derecho que los cambios arrastran consigo"¹. En la misma dirección se pronunciaba algunos años antes el profesor Garrigues cuando en su ya antológica monografía *Nuevos hechos, nuevo Derecho de Sociedades Anónimas*, se valía de la expresiva fórmula "nuevos hechos, nuevo Derecho" para advertir de la imperiosa necesidad de que ante las transformaciones socioeconómicas (los *nuevos hechos*) se responda jurídicamente con normas provistas de la necesaria aptitud funcional (el *nuevo Derecho*)².

Naturalmente, desde 1885 –fecha de promulgación del vigente Código de Comercio– hasta nuestros días han sido muchas y de muy diverso calado las transformaciones sociales, políticas y económicas acaecidas. De ellas se hacen eco en el plano jurídico las numerosísimas leyes especiales promulgadas desde entonces en nuestro país, muchas de ellas en las últimas décadas y como consecuencia de la integración de España en la Unión Europea. Por eso no sorprende que ante un panorama legislativo como éste, muy disperso y desordenado y, por ende, escasamente compatible con unas elementales exigencias de seguridad jurídica, la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación haya reaccionado mediante la elaboración de una Propuesta de Código Mercantil que, tras algunas reformas, se ha convertido en la actualidad en el *Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*³. Se trata de una propuesta recodificadora ambiciosa, elaborada en un momento histórico en el que el movimiento codificador ya parecía superado y dotada de una doble cara como el Dios Jano. Por un lado, una cara novedosa, al regular materias hasta este momento carentes de regulación en nuestro Derecho. Por otro lado, una faz menos innovadora, ya que una buena parte de su contenido lo conforman normas ya vigentes en España e integradas en su mayor parte en leyes mercantiles especiales⁴.

¹ Vid. DÍEZ-PICAZO, *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado (dos esbozos)*, Ed. Cuadernos Civitas, Madrid 1979; en concreto, *vid.* el texto que figura en la contracubierta de la obra.

² Vid. GARRIGUES, *Nuevos hechos, nuevo Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1933; reeditada por la Ed. Civitas en 1998.

³ El texto del Anteproyecto de Ley está disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es /1215198252237/vALegi slativaP /1288774452773 /Detalle.html>

⁴ Vid. en esta dirección la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Mercantil: "El contenido del Código no es totalmente nuevo. Se incluyen en efecto normas legales que ya estaban en vigor

Una de las materias en relación con la cual el Anteproyecto de Código Mercantil contiene relevantes novedades es la relativa al Derecho de obligaciones y contratos. En concreto, a este importante sector del Derecho mercantil dedica el codificador del siglo XXI dos Libros completos. El primero (que es el Cuarto del Anteproyecto) regula *las obligaciones y los contratos mercantiles en general*, siguiendo para ello muy de cerca los trabajos ya realizados por UNIDROIT y UNCITRAL en este ámbito. En rigor, la regulación de este Libro se ciñe únicamente a las cuestiones fundamentales y, según confiesa el codificador en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, persigue asegurar “la homogeneidad de regulación en todo el mercado de unos mismos principios básicos contractuales, evitando que puedan plantearse regulaciones distintas en estas materias por razones de la normativa que rige subsidiariamente a las normas mercantiles”⁵. Por su parte, el Libro Quinto, relativo a *los contratos en particular*, presta atención a los que podríamos denominar tipos contractuales básicos, con inclusión entre ellos de muchos contratos carentes de regulación legal en nuestro Derecho, entre los que cabe mencionar aquí, *ad ex.*, los financieros o bancarios y los de prestación de servicios informáticos⁶.

La regulación de las obligaciones y los contratos en general (Libro Cuarto) presta atención a las distintas fases o etapas de la vida del contrato, desde la precontractual hasta la relativa a su extinción, pasando por la perfección, la modificación, la interpretación y el cumplimiento e incumplimiento contractuales. Junto a lo anterior, este Libro también se ocupa de *la morosidad en el cumplimiento del contrato mercantil*. La Exposición de Motivos del Anteproyecto ofrece alguna información sobre la orientación de política jurídica seguida por el codificador a la hora de regular este asunto, cuando afirma que en cuanto a la morosidad “se ha integrado dentro del Código Mercantil la normativa europea sobre la materia, ya incorporada a nuestro ordenamiento, bien es cierto que sin pretender sustituir a la ley que regula esta materia, ley a la que se remiten las disposiciones del Código”; añadiendo a lo anterior que “esa integración se ha efectuado sistemáticamente con los supuestos no cubiertos por la legislación europea, supuestos en los que también hay que regular las consecuencias de la morosidad”.

Como se infiere del título con que he bautizado estas páginas, el propósito principal que en ellas persigo consiste en ofrecer un primer análisis y valoración de la normativa sobre morosidad contenida en el Anteproyecto de Código Mercantil (*infra*, 3 y ss.). Con ello respondo muy gustosamente a la amable invitación que se me ha cursado desde la

anteriormente y que por lo tanto representan una innovación muy limitada, consistente en su introducción en el Código, lo que exige modificaciones limitadas a efectos de coordinar la integración de esas materias con el conjunto de las normas codificadas”. A lo anterior se añade, no obstante, que “la mayor parte del Código incluye la regulación de materias que carecían de normativa aplicable y que, por lo tanto, constituyen una innovación en el ordenamiento jurídico”.

⁵ *Vid.* una panorámica general del contenido del Libro Cuarto de la Propuesta de Código Mercantil (obligaciones y contratos en general: arts. 411 a 450-9) en VÉRGEZ SÁNCHEZ, “La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la Propuesta de Código Mercantil”, en RDM, núm. 292, 2014, pp. 11 y ss.

⁶ Una visión muy crítica de todas las normas que la Propuesta de Código Mercantil dedica a las obligaciones y contratos (Libros Cuarto y Quinto) *vid.* en GARCÍA RUBIO, “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil”, en *Revista de Derecho Civil*, vol.I, núm. 1, enero-marzo de 2014, pp. 7 y ss. (<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>).

Universidad Carlos III de Madrid para participar en el merecido homenaje que la Universidad española rinde a la vida y obra del profesor Illescas Ortiz a través de este libro colectivo con ocasión de su jubilación. No obstante, antes de entrar de lleno en este cometido, creo que puede ser interesante ofrecer una panorámica general del modo en que el legislador mercantil regula la *mora debitoris* en nuestros días, lo que exige aproximarnos, por un lado, a las normas que el viejo –aunque aún vigente– Código de Comercio dedica a este asunto (*infra*, 2.1) y, por otro, a la legislación especial antimorosidad promulgada en España en las últimas décadas en gran medida por exigencias de la Unión Europea (*infra*, 2.2).

2. LA REGULACIÓN DE LA MOROSIDAD EN LA CODIFICACIÓN MERCANTIL DECIMONÓNICA Y EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL

2.1. En la codificación mercantil decimonónica

La mora del deudor fue ya objeto de regulación en el primer Código de Comercio español de 1829. Según su art. 261, "[l]os efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles no comienzan sino desde que el acreedor interpelare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un juez, escribano u otro oficial público autorizado para recibirla". Para Sainz de Andino, por tanto, sólo cabía hablar de *mora debitoris* –y consecuentemente sólo podían desplegarse los efectos propios de esta institución– si el acreedor interpelaba al deudor por vía judicial, administrativa o notarial. A la vista de esta regulación, no sorprenden las críticas que parte de la doctrina de la época dirigió al art. 261, denunciando que esta norma "venía a echar por tierra la fatalidad de los plazos"⁷.

Pero esta regulación cambió sustancialmente con la aprobación del Código de Comercio de 1885. La distancia entre ambos Códigos se infiere de comparar el art. 63 del nuevo Código de 1885 con el art. 261 del Código de 1829. El mencionado art. 63 –único precepto que el Código dedica a la mora dentro de las disposiciones generales relativas al contrato y a la obligación– reza así: "Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán: 1º. En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por la voluntad de las partes o por la Ley, al día siguiente de su vencimiento. 2º. En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor interpelare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un Juez, Notario u otro oficial público autorizado para admitirla".

De la lectura del precepto se infieren dos ideas relevantes sobre la regulación de la institución realizada por el codificador de 1885. La primera estriba en su carácter parcial o sectorial, al ocuparse sólo de uno de los extremos de la mora cual es el momento en que empiezan a desplegarse sus efectos. La segunda consiste en que al

⁷ Vid. ÁLVAREZ DEL MANZANO/BONILLA/MIÑANA, *Códigos de Comercio españoles y extranjeros*, Madrid, 1914, t. V, p. 120.

regular este asunto se diferencian dos supuestos de hecho distintos: obligaciones con plazo de cumplimiento legal o convencional, por un lado, y obligaciones sin plazo de cumplimiento, por otro. Aquí interesa detenernos especialmente en esta segunda idea.

a) *La mora de las obligaciones mercantiles con plazo de cumplimiento*: Las divergencias más relevantes entre las regulaciones civil y mercantil de la mora afloran en el art. 63.1º, relativo a las obligaciones mercantiles con plazo de cumplimiento legal o convencional. Y es que frente al criterio del Código Civil según el cual la mora se inicia como regla general a partir del momento en que el acreedor interpela judicial o extrajudicialmente al deudor (*interpellatio morae*), la solución del Código de Comercio para estas obligaciones consiste en la supresión de la interpelación. En el ámbito mercantil rige, por tanto, como regla general el principio *dies interpellat pro homine* que, según la Exposición de Motivos del Código de 1885, obedece a que "en la realidad de la vida mercantil, los comerciantes nunca tienen improductivo su capital, reputándoseles siempre con la firme voluntad de cobrar lo que se les debe cuando se ha señalado día fijo para el cumplimiento de la obligación". En el fondo, detrás de este principio cabe vislumbrar la misma razón que la comunidad jurídica suele invocar como explicación de las normas que fijan las especialidades de las obligaciones mercantiles: las necesidades propias del tráfico mercantil masificado, que exige falta de formalidades, rigor y rapidez en la ejecución⁸.

A la vista del art. 63.1º, es posible concluir que la principal especialidad de la mora mercantil reside en que para las obligaciones que legal o convencionalmente tengan día señalado para su cumplimiento (tanto si el señalamiento es expreso como tácito) se adopta una solución favorable al acreedor, según la cual se considera que el deudor incurre en mora de modo automático a partir del día siguiente al vencimiento. La STS de 19 de diciembre de 1944 resaltó ya esta especialidad en los siguientes términos: "Una comparación entre el art. 63 del Código de Comercio y este art. [el 1100 del Código Civil] pone de relieve que, a efectos de constitución en mora, aquél deroga en una norma específica el principio de la interpelación judicial y lo sustituye por el del vencimiento de la obligación, cuando la Ley o el contrato lo determinaron, y a esa nota diferencial quedan reducidas (...) las características propias del primero de los cuerpos legales mencionados"⁹.

La anterior es, por cierto, una especialidad no sólo prevista en el art. 63.1º del Código de Comercio, sino plasmada también en otras disposiciones mercantiles. Así lo corroboran las normas siguientes: 1) El art. 341 del Código de Comercio sobre compraventa: "La demora en el pago del precio de la cosa comprada constituirá al comprador en la obligación de pagar el interés legal de la cantidad que adeude al

⁸ Aunque ciertamente ésta es la razón alegada por la comunidad jurídica para explicar las especialidades de las obligaciones mercantiles, la verdad es que en España faltó una delimitación sistemática de lo que es norma común o general y especial, así como una explicación o reflexión del fundamento de la norma especial. Así me pronuncié hace algunos años –siguiendo al profesor VICENT CHULIÁ– en MIRANDA SERRANO, "Las disposiciones del Código de Comercio sobre el contrato y la obligación mercantil en general", en MIRANDA SERRANO, VELA TORRES y PRÍES PICARDO, *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, t. 30 de la obra colectiva *Tratado de Derecho Mercantil* (dirs. OLIVENCIA, FERNÁNDEZ-NOVOA y JIMÉNEZ DE PARGA), Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, p. 159.

⁹ STS de 19 de diciembre de 1944 (R. 1436).

vendedor"¹⁰. 2ª) El art. 316 del Código de Comercio sobre préstamo: "Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso o, en su defecto, el legal"¹¹. 3ª) Y, por último, el art. 20.3 de la Ley del Contrato de Seguro: "Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro"¹².

b) *La mora de las obligaciones mercantiles sin plazo de cumplimiento*: Las diferencias entre las regulaciones civil y mercantil de la mora en lo que concierne a las obligaciones contempladas por el art. 63.2º del Código de Comercio, esto es, las carentes de plazo de cumplimiento legal o convencional, consisten en que mientras en el ámbito civil se admite que la *interpellatio morae* puede ser judicial o extrajudicial, considerándose válida la hecha en documento privado e incluso la realizada verbalmente¹³, en el ámbito mercantil, sin embargo, por influencia del Código de Comercio de 1829, se exige que la interpelación sea judicial, administrativa o notarial; de donde se sigue que, aunque al igual que en el Código Civil se admite tanto la judicial como la extrajudicial, empero, no se reconoce al acreedor libertad de forma o conducto para realizarla, resultando obligado a plantearla ante un notario u otro oficial público autorizado para ello. Ciertamente es, no obstante, que alguna jurisprudencia ha mitigado esta exigencia al considerar válida (*ex art. 63.2º*) la reclamación extrajudicial hecha en documento privado¹⁴.

En mi opinión, en esto divergen las regulaciones civil y mercantil de la mora obra del codificador decimonónico. No llega a convencerme la opinión de cierta doctrina minoritaria para la que el art. 62 del Código de Comercio relativo a las obligaciones puras deja sin sentido al art. 63.2º de ese mismo cuerpo legal, sobre la base de entender que nunca es posible que se dé el supuesto de hecho contemplado en este último precepto, toda vez que si no hay término de cumplimiento convencionalmente fijado, entra en acción lo dispuesto en el art. 62 del Código de Comercio y, por tanto, no

¹⁰ Que el art. 341 Código de Comercio establece una regla especial (frente a la general del art. 63 Código de Comercio) merced a la cual el vendedor incurre en mora automáticamente es asunto en el que insiste la jurisprudencia menor: *vid., ad ex.*, la SAP de Navarra de 16 de febrero de 2000 (R. 3478); la SAP de Soria de 20 de enero de 2000 (R. 3019); y SAP de Valencia de 31 de marzo de 2004 (R. 171088). También de interés la STS de 20 de febrero de 1986 (R. 691) y la SAP de Pontevedra de 26 de febrero de 1999, entre otras.

¹¹ *Ad ex.*, VICENTE Y GELLA reparaba ya en 1945 en esta especialidad del préstamo mercantil: *vid su Curso de Derecho mercantil comparado*, Zaragoza, 1945, t. II, p. 90.

¹² Este precepto se interpreta doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de que la mora del asegurador se origina sin necesidad de intimación por parte del acreedor de la indemnización: *vid., ad ex.*, LA CASA GARCÍA, *La mora del asegurador en la Ley de Contrato de Seguro*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 74 y 75 (n. 21).

¹³ *Vid., ad ex.*, HERNÁNDEZ GIL, "La intimación del acreedor en la mora *ex persona*", en ADC, 1962, p. 348; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La mora*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 63; Díez-Picazo Giménez, *La mora y la responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 31 y 538; MANRIQUE DE LARA MORALES, *La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer*, Centro de Estudios Registrales, 2001, pp. 240 y ss.

¹⁴ *Vid.* en este sentido la SAP de Barcelona, de 23 de diciembre de 2003 (R. 2004/30509).

procede aplicar el art. 63.2^o¹⁵. Como se sabe, según el art. 62 del Código de Comercio, las obligaciones mercantiles puras son exigibles a los diez días de contraídas si llevan aparejada acción ordinaria o al día inmediato en caso de que lleven aparejada ejecución. Del tenor del precepto se infiere sin excesiva dificultad cómo la norma se refiere a la *exigibilidad* de estas obligaciones y no a su *vencimiento*. Pues bien, desde mi punto de vista este dato es relevante y debe ser tenido en cuenta a la hora de ensayar una interpretación armónica de ambos artículos. A mi entender, dicha interpretación podría ser la siguiente: si la obligación es pura, los efectos de la morosidad se producen a partir del momento en que se interpele al deudor según lo previsto en el art. 63.2^o del Código de Comercio, aunque esta interpelación no podrá hacerse antes de que transcurran los días señalados por el art. art. 62 de ese mismo Código para la exigibilidad: diez si produce acción ordinaria y al día inmediato si lleva aparejada ejecución¹⁶.

2.2. En la legislación especial

A la legislación decimonónica reguladora de la *mora debitoris* se ha de añadir la legislación especial antimorosidad promulgada en España a impulso, en gran medida, de la Unión Europea. Se trata de normas con las que se persigue hacer frente a un doble problema. Por un lado, al problema de los largos aplazamientos de pago, porque está constatado desde hace ya algún tiempo que en nuestro tejido empresarial muchos pequeños proveedores se convierten demasiado a menudo en fuente de financiación de otras empresas de mayores dimensiones y de las Administraciones Públicas, al verse obligados a pactar largos aplazamientos de pago del precio que exceden con creces de lo que se conoce comúnmente como “crédito comercial”. Por otro lado, al problema de la morosidad, pues cuando llega el momento de pagar, los deudores de la obligación de pago del precio suelen retrasarse en el cumplimiento de ésta, demorando el pago de las facturas pendientes¹⁷.

De esta doble problemática se ocupan actualmente en nuestro Derecho dos leyes cuyo contenido plural –en parte mercantil y en parte administrativo principalmente– las hace merecedoras de un encuadramiento también plural en el conjunto del ordenamiento.

¹⁵ Ésta es la solución que propone ALONSO UREBA, "Voz Contrato mercantil", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Ed. Civitas, vol. I, p. 1650. A ella alude más tarde Díez-Picazo Giménez en *La mora...*, cit., pp. 550 y 551, y en "La Directiva 2000/35/CE sobre la *mora debendi* en las operaciones comerciales", en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, t. II, p. 1742.

¹⁶ Así me pronuncié ya en MIRANDA SERRANO, "Las disposiciones...", cit., pp. 165 y 166, y más tarde en *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 247. Conforme: PERALES VISCASILLAS, *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas*, Ed. Thomson/Civitas, Navarra, 2006, p. 131.

¹⁷ Sobre la necesidad de remediar ambos problemas como fundamentación político-jurídica de la normativa de lucha contra la morosidad *vid.* MIRANDA SERRANO, *Aplazamientos de pago...*, cit., págs. 74 y ss.; también, al respecto, en la misma dirección: MIRANDA SERRANO/PAGADOR LÓPEZ, "La reforma del régimen legal contra la morosidad: ¿un avance en la represión de las malas prácticas de pago?", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, págs. 215 y ss. Asimismo, aunque desde otros planteamientos sobre todo en cuanto a los plazos de pago: ALFARO ÁGUILA-REAL, "La nueva regulación del crédito comercial: una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad", en *InDret*, núm. 296, Barcelona, 18 julio 2005, págs. 1 y ss., disponible en: http://www.indret.com/pdf/296_es.pdf, y PERALES VISCASILLAS, *La morosidad...*, cit., págs. 31 y 32, 297 y ss., y 313 y ss.

La primera en el tiempo –no en importancia– es la Ley 7/1996, de 15 enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en lo sucesivo, LOCM) que, dado su contenido misceláneo, aunque se destina en su mayor parte a regular ventas al por menor concluidas entre los protagonistas del comercio minorista, aborda también otras cuestiones y, dentro de ellas, el asunto de los largos aplazamientos de pago y la morosidad, al que dedica el último capítulo de su Título primero, denominado "adquisiciones de los comerciantes" e integrado por sus arts. 16 y 17. La segunda ley, de mayor relevancia que la anterior dada su vocación de norma general en la ordenación de la materia que regula, es la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, LLCM), ampliamente modificada en 2010 (mediante la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la LLCM)¹⁸ y en 2013 (a través de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de Medidas de Apoyo al Emprendedor y de Estímulo del Crecimiento y la Creación de Empleo)¹⁹.

A la vista de lo anterior, cabe concluir que actualmente conviven en nuestro Derecho dos regímenes distintos en materia de aplazamientos de pago y morosidad entre empresas. El contenido en la LLCM tiene carácter *general* frente al de los arts. 16 y 17 LOCM que se presenta como un régimen *especial*. Lógicamente, la existencia de estos dos regímenes jurídicos plantea los problemas propios de los concursos de normas generales y especiales, que son resueltos por la disposición adicional 1ª de la LLCM de conformidad con el principio de especialidad (*lex specialis derogat generali*), de modo que las relaciones jurídicas que caen dentro de los arts. 16 y 17 LOCM se rigen preferentemente por este régimen especial y sólo de manera supletoria por el general²⁰. Más adelante habrá ocasión de abordar –al menos en sus extremos esenciales– el modo en que el legislador delimita los ámbitos de aplicación de ambos regímenes jurídicos (*infra*. 3.3.1). Además, se hará también alusión al contenido principal de estas normas al analizar

¹⁸ Analizan la reforma acometida por la Ley 15/2010: MIRANDA SERRANO, "La Ley 15/2010, de modificación de la normativa de lucha contra la morosidad, y su incidencia sobre el régimen de pago a proveedores de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 8, 2011, págs. 15 y ss.; GÓMEZ LIGÜERRE, "El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales", en *Indret.*, 4/2011, Barcelona, 25 de octubre de 2011, págs. 1 y ss., disponible en: http://www.indret.com/pdf/864_es.pdf; GARCÍA MANDALONIZ, "La honda de la legislación antimorosidad para evitar la declaración de concurso", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 17, 2012, págs. 67 y ss.; CASTILLO PLAZA, "Los plazos de pago de la Ley 15/2010: incidencia de la Directiva 2011/7/UE y efectos en el comercio minorista", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 10, 2012, págs. 109 y ss.; CARRIÓN REAL, "¿Se pueden pactar en las operaciones comerciales plazos de pago superiores a 60 días?", en *Diario La Ley*, núm. 7932, 2012, págs. 1 y ss.; DE LA VEGA JUSTRIBÓ, "El *dies a quo* en la ley de morosidad", en AA.VV. (dir. CANDELARIO MACÍAS), *Estudios e interpretación práctica de la legislación sobre morosidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 89 y ss.; LLAMAS POMBO/MARTÍNEZ RODRÍGUEZ/TORAL LARA, "Aspectos civiles de la Ley de lucha contra la morosidad", en AA.VV. (dir. BLANCO-MORALES LIMONES), *Medidas de lucha contra la morosidad*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, págs. 124 y ss.

¹⁹ De la modificación de la LLCM en 2013 nos hemos ocupado en MIRANDA SERRANO/GARCÍA MANDALONIZ, "Morosidad y Ley 11/2013 de Medidas de Apoyo al Emprendedor", en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 20, 2014, pp. 93 y ss.

²⁰ Vid. más información en MIRANDA SERRANO, *Aplazamientos de pago...*, cit., pp. 60 y ss.; PERALES VISCASILLAS, *La morosidad...*, cit., pp. 103 y ss. Más recientemente se muestran conformes con esta interpretación, *ad ex.*, LLAMAS POMBO, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ y TORAL LARA, "Aspectos civiles...", cit., pp. 132 y 133.

las múltiples remisiones que a ellas realiza el codificador del siglo XXI en el Anteproyecto de Código Mercantil (*infra*, 3.3.2).

3. LA REGULACIÓN DE LA MOROSIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

3.1. Preliminar

Como indiqué al principio de estas páginas, el Anteproyecto de Código Mercantil regula la morosidad en su Libro Cuarto destinado a los contratos y las obligaciones mercantiles en general. En concreto, de esta institución se ocupa el Capítulo VIII del Título I de dicho Libro, bajo la rúbrica “De la morosidad en el cumplimiento de los contratos mercantiles”. Como también anticipé más arriba, la Exposición de Motivos del Anteproyecto avanza –al menos en parte– la orientación de política legislativa seguida por el codificador mercantil en esta materia, al señalar, por un lado, que se ha optado por integrar en esta normativa la regulación antimorosidad proveniente de la Unión Europea, aunque sin reemplazar a la legislación especial reguladora de este asunto –a la que los preceptos del Anteproyecto se remiten en varias ocasiones–, y, por otro, que esa integración se ha realizado de forma sistemática con la regulación de los supuestos no cubiertos por dicha normativa antimorosidad pero en relación con los cuales es necesario también regular las consecuencias derivadas de la mora del deudor.

En coherencia con lo señalado por la Exposición de Motivos, los preceptos que el Anteproyecto de Código Mercantil dedica al asunto de la morosidad contienen dos regímenes jurídicos diferentes. De un lado, el aplicable a las relaciones jurídicas que no entran dentro del ámbito de aplicación de la normativa antimorosidad contenida en la LLCM y en los arts. 16 y 17 LOCM, toda vez que el codificador ha considerado –a mi juicio, con buen criterio– que el ordenamiento mercantil español ha de contar con una normativa general sobre morosidad aplicable a las relaciones jurídicas que no cumplen los requisitos necesarios para la activación del régimen antimorosidad introducido en nuestro Derecho por exigencias de la Unión Europea (*infra*, 3.2). De otro lado, el aplicable a las relaciones jurídicas que entran dentro del ámbito de aplicación de las normas antimorosidad: la LLCM y los arts. 16 y 17 LOCM (*infra*, 3.3).

3.2. Normas aplicables a las relaciones jurídicas que no entran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de lucha contra la morosidad

Integran este primer grupo de normas tres preceptos del Anteproyecto de Código Mercantil: los arts. 418-1, 418-2 y 418-3, destinados respectivamente a regular el comienzo de la morosidad (*infra*, 3.2.1), las consecuencias del retraso en el cumplimiento (*infra*, 3.2.2.) y el efecto de la mora en las deudas dinerarias (*infra*, 3.2.3). Todos ellos se insertan en la Sección 1ª del Capítulo VIII del Título I del Libro Cuarto, intitulada “Disposiciones generales”.

3.2.1. Comienzo de la morosidad

En lo que respecta al comienzo de la morosidad, el Anteproyecto de Código Mercantil reproduce prácticamente las mismas soluciones que el Código de Comercio de 1885, si bien con algunas modificaciones en determinados extremos en los que la literalidad de la norma decimonónica ha sido objeto de una interpretación correctora por parte de un sector de la doctrina y de la jurisprudencia. Basta comparar el art. 63, apdos. 1º y 2º, del Código de 1885 con el proyectado art. 418-1 del Anteproyecto para corroborar la certeza de la anterior afirmación.

Tanto el art. 63 apdo. 1º del Código vigente como el art. 418-1 letra a) del Anteproyecto de Código Mercantil sientan la regla de que en las obligaciones mercantiles que tuviesen día señalado para su cumplimiento por la voluntad de las partes o por la ley, los efectos de la morosidad empiezan a desplegarse a partir del día posterior a su vencimiento. Las diferencias entre las regulaciones civil y mercantil se hacen aquí evidentes: frente al criterio del Código Civil (art. 1100) según el cual la mora se inicia como regla general a partir del momento en que el acreedor interpela judicial o extrajudicialmente al deudor (*interpellatio morae*), la solución mercantil para estas obligaciones consiste en suprimir la interpelación, rigiendo para ellas como regla general el principio *dies interpellat pro homine* que, como señalé más arriba, se explica por las exigencias de celeridad propias del tráfico mercantil, frente al ritmo mucho más lento del tráfico civil.

Por su parte, el art. 63 apdo. 2º del Código vigente se corresponde sustancialmente con el art. 418-1 letra b) del Anteproyecto de Código Mercantil, al disponer ambas normas que en las obligaciones mercantiles que no tengan fijado día de vencimiento los efectos de la morosidad comienzan desde el día en que el acreedor interpelare al deudor o le intimare la protesta de daños y perjuicios. Existe, no obstante, una diferencia entre ambos preceptos. Como se expuso *supra*, por influencia del Código de Comercio de 1829, el art. 63 apdo. 2º del Código de 1885 exige que en estos casos la interpelación sea judicial, administrativa o notarial, lo que se ha venido interpretando en el sentido de que, pese a admitirse tanto la judicial como la extrajudicial, sin embargo, no se reconoce al acreedor libertad de forma o conducto para realizarla. En cambio, la Propuesta de nuevo Código Mercantil suprime la exigencia de que la interpelación tenga que ser canalizada necesariamente por vía judicial, notarial o administrativa. A mi juicio, esta supresión ha de valorarse positivamente, pues no tiene sentido que en las relaciones civiles, de ritmo lento, el acreedor pueda interpelar al deudor para que cumpla por el conducto que estime conveniente y, en cambio, en las mercantiles, de ritmo mucho más rápido, sólo pueda hacerlo por la triple vía a la que se refiere el art. 63 apdo. 2 del Código de Comercio vigente.

3.2.2. Consecuencias del retraso en el cumplimiento

En cuanto a las consecuencias de la morosidad, el art. 418-2 apdo. 1 del Anteproyecto de Código Mercantil comienza disponiendo que "[e]l retraso del deudor en el cumplimiento de una deuda pecuniaria sea o no imputable a él le obliga a satisfacer el

interés legal del dinero a no ser que en el contrato se haya dispuesto otra cosa". Con esta norma –que tiene la misma redacción que el art. 71 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad, también elaborada por la Comisión General de Codificación²¹– el codificador mercantil del siglo XXI da la razón, al menos en el ámbito de las deudas pecuniarias, a quienes vienen sosteniendo que la productividad de intereses por el mero retraso objetivo constituye una característica de la obligación mercantil²². Y es que en ella se opta por una concepción puramente objetiva de la mora, al vincularse la producción de sus efectos al mero hecho objetivo del retraso²³. A los efectos de esta norma, el interés legal a satisfacer ha de entenderse que es el interés legal del dinero fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En realidad, esta solución ha sido ya avanzada en el ámbito de la contratación internacional por los Principios UNIDROIT (art. 7.4.9 apdo. 1) y por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías –CNUCCIM– (art. 78), textos ambos de gran importancia por residenciarse en ellos buena parte de las nuevas tendencias del Derecho de obligaciones y contratos²⁴. Igualmente acogen esta solución los Principios de Derecho Europeo de Contratos (art. 9:508) que, como se sabe, tienen reconocida por nuestra mejor doctrina una gran relevancia en el entendimiento y la interpretación del Derecho de contratos vigente (art. 9:508)²⁵. También nuestro Tribunal Supremo viene manifestándose en esta misma

²¹ Esta Propuesta puede consultarse en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2006, págs. 203 y ss.

²² En esta dirección cabe citar, *ad ex.*, a GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, t. III, vol. 1, *Obligaciones y contratos mercantiles*, Ed. Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1963, pp. 12 y 13, a quien siguen posteriormente otros autores como, entre otros, ALONSO UREBA, "Voz Contrato...", cit., p. 1650.

²³ Sobre las concepciones objetiva y subjetiva de la mora *vid.* MIRANDA SERRANO, *Aplazamientos de pago...*, cit., pp. 261 y ss., y PERALES VISCASILLAS, *La morosidad...*, cit., pp. 209 y ss. Más recientemente: VICIANO PASTOR, "La morosidad en las obligaciones pecuniarias en las operaciones comerciales entre empresas", en AA.VV. (dirs. PALAU RAMÍREZ/VICIANO PASTOR), *Tratado sobre la Morosidad*, Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 401 y ss.

²⁴ El apdo. (1) del art. 7.4.9 de los Principios de UNIDROIT prevé el derecho del acreedor de dinero al cobro de intereses "sea o no excusable la falta de pago". En la misma dirección se inserta el art. 78 CNUCCIM ("si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin perjuicio de toda acción de indemnización de los daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74"), que se interpreta por la mejor doctrina en el sentido de que, de conformidad con él, el deudor no podrá exonerarse de la obligación de pagar los intereses con fundamento en el art. 79 CNUCCIM, que exonera de responsabilidad al incumplidor si demuestra que la falta de cumplimiento de debió a un "impedimento ajeno a su voluntad": *vid.* PANTALEÓN PRIETO, "Comentario al art. 78 CNUCCIM", en AA.VV. (dir. y coord. DÍEZ-PICAZO), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 630 y 631. En general, sobre la regulación de la morosidad en estos textos del Derecho Uniforme del Comercio Internacional *vid.* PALAU RAMÍREZ/CORBERÁ MARTÍNEZ, "La morosidad en los instrumentos internacionales", en AA.VV. (dirs. PALAU RAMÍREZ y VICIANO PASTOR), *Tratado...*, cit., pp. 25 y ss.

²⁵ El art. 9:508 de los Principios dispone que "cuando se produzca un retraso en el pago de una cantidad de dinero, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses devengados por esa suma desde el momento en que vencía la obligación hasta el momento efectivo del pago". Para evitar posibles dudas en su interpretación, los *Comentarios* a este precepto aclaran que el deudor ha de asumir la obligación de pagar los correspondientes intereses "tanto si el impago se encuentra justificado o no conforme al art. 8:108", con remisión al precepto

dirección en una línea jurisprudencial, al sostener que en las obligaciones pecuniarias el deudor no queda eximido del pago de los intereses moratorios por falta de conducta imputable, al ser el simple retraso determinante de su responsabilidad²⁶. Además, en el plano interno contamos con algunas normas mercantiles que acogen un sistema de productividad de intereses *ipso iure*, con independencia de que el retraso en el cumplimiento de la obligación sea debido o no a la culpabilidad del deudor. Este es el caso, por ejemplo, del art. 171 del Código de Comercio, que obliga al socio que por cualquier causa no cumpla con su obligación de entrega en el tiempo establecido a abonar a la masa común el interés legal del dinero y a indemnizar los daños y perjuicios causados²⁷; o de los arts. 58.2 y 59.2 de la Ley Cambiaria y del Cheque, que obligan al deudor cambiario a pagar intereses en determinados supuestos en los que no se exige la concurrencia de culpabilidad²⁸.

La regla del art. 418-2 apdo. 1 del Anteproyecto de Código Mercantil se completa con otra relativa a las obligaciones pecuniarias cuya finalidad sea indemnizar el incumplimiento de una obligación no pecuniaria. En relación con estas otras obligaciones (p. ej., la que nace de una cláusula penal impuesta a una obligación de hacer) se decreta igualmente el devengo automático de intereses desde el momento del incumplimiento, con independencia de que éste sea o no imputable al deudor incumplidor (concepción puramente objetiva de la mora). Y a lo anterior se añade que los intereses serán calculados sobre el valor de mercado de la obligación no pecuniaria incumplida. De modo que la productividad de intereses por el mero retraso objetivo alcanza también plenamente a estas otras obligaciones.

3.2.3. Efecto de la mora en las deudas dinerarias

Por último, el art. 418-3 del Anteproyecto de Código Mercantil se ocupa de otro efecto derivado de la morosidad en las deudas dinerarias: el derecho del acreedor a reclamar al deudor una compensación razonable por todos los costes de cobro que haya sufrido a

de los Principios en el que se establece que una parte queda liberada del cumplimiento de su obligación si prueba que el incumplimiento se debió a un suceso fortuito que no le es imputable: *vid.* AA.VV., *Principios de Derecho Contractual Europeo*, edición española a cargo de BARRES BENLLOCH, EMBID IRUJO y MARTÍNEZ SANZ, Colegios Notariales de España, Madrid, 2013, pp. 665 y 666.

²⁶ Así lo subraya la generalidad de la doctrina civilista que analiza las obligaciones pecuniarias. A modo de ejemplo, baste citar aquí a RIVERA FERNÁNDEZ, "Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", en RdP, núm. 6, 2001, págs. 519 y ss., quien pone de manifiesto que "en pocas ocasiones, por no decir ninguna, nuestro Tribunal Supremo ha negado los intereses moratorios por falta de conducta imputable al deudor en el supuesto de mora de deudas pecuniarias" (p. 522).

²⁷ El tenor del art. 171 Código de Comercio es muy claro: "El socio *que por cualquier causa* retarde la entrega total de su capital, transcurrido el término prefijado en el contrato de sociedad o, en el caso de no haberse prefijado, desde que se establezca la caja, abonará a la masa común el interés legal del dinero que no hubiese entregado a su debido tiempo y el importe de los daños y perjuicios que hubiere ocasionado con la morosidad".

²⁸ Según el art. 58.2 LCCH, "el tenedor podrá reclamar a la persona contra quien ejercite su acción: (...) 2.º Los réditos de la cantidad anterior devengados desde la fecha de vencimiento de la letra calculados al tipo de interés legal del dinero incrementado en dos puntos". Por su parte, el art. 59.2 LCCH dispone que "el que hubiere reembolsado la letra de cambio podrá reclamar de las personas que sean responsables frente a él: (...) 2. Los intereses de dicha cantidad, calculados al interés legal del dinero, aumentado en dos puntos, a partir de la fecha de pago".

causa de la morosidad. Ahora bien, para que este derecho pueda hacerse efectivo dicho precepto exige la concurrencia acumulativa de varios requisitos: 1º) El primero consiste en que el deudor no esté en condiciones de probar que no es responsable del retraso, pues si demuestra tal circunstancia queda exonerado del pago de la compensación. A nuestro juicio, lo que tiene que probar el deudor para quedar exonerado de esta obligación de compensación no es el empleo por su parte de la diligencia debida, sino la existencia de un caso fortuito en sentido objetivo. 2º) El segundo estriba en el respeto de los principios de transparencia y proporcionalidad²⁹. Estamos aquí ante dos criterios-guía dirigidos principalmente a los jueces y árbitros que son quienes normalmente valoran o enjuician la determinación de los costes de cobro. La necesidad de transparencia hay que enlazarla con la exigencia de que los costes de cobro estén debidamente acreditados. Por su parte, el principio de proporcionalidad requerirá una adecuación entre la compensación fijada y la deuda incumplida³⁰.

3.3. Normas aplicables a las relaciones jurídicas que caen dentro del ámbito de aplicación de la normativa de lucha contra la morosidad

3.3.1. Un apunte previo sobre el ámbito de aplicación de la normativa antimorosidad en vigor

Como señalé con anterioridad, el redactor del Anteproyecto de Código Mercantil prevé en su articulado un conjunto de disposiciones aplicables a las relaciones jurídicas que caen dentro del ámbito de aplicación de la legislación especial sobre morosidad (la LLCM y los arts. 16 y 17 LOCM). En consecuencia, estas relaciones jurídicas se regirán primeramente por dichas disposiciones del Anteproyecto y sólo con carácter supletorio –esto es, en aquello carente de regulación en esta normativa– por las disposiciones generales ya analizadas (arts. 418-1, 418-2 y 418-3 del Anteproyecto), siempre naturalmente que se trate de obligaciones de naturaleza mercantil. Estas otras disposiciones integran la Sección 2ª del Capítulo VIII del Título I del Libro Cuarto del Anteproyecto, intitulada “De la morosidad en operaciones entre empresarios y operadores del mercado”. Su análisis debe comenzar por la delimitación del ámbito de aplicación de las normas antimorosidad, pues sólo así conoceremos en qué casos hay que acudir a estas disposiciones del Anteproyecto (Sección 2ª) y prescindir de las disposiciones generales ya analizadas (Sección 1ª).

El ámbito de aplicación de la LLCM (*régimen general* frente al *especial* de los arts. 16 y 17 LOCM, como se expuso más arriba) puede concretarse –muy sintéticamente– del modo siguiente: 1ª) Personal o subjetivamente se aplica a relaciones jurídicas trabadas entre empresas o entre éstas y la Administración, debiéndose entender el término “empresa” en sentido amplio como comprensivo tanto de los empresarios mercantiles y civiles como de los profesionales liberales. 2ª) Material u objetivamente se aplica a deudas

²⁹ “Dichos costes de cobro respetarán los principios de transparencia y proporcionalidad respecto de la deuda de que se trate”, dice textualmente el art. 418-3, párr. 1º, *in fine*.

³⁰ En el art. 418-3 de la Propuesta de Código Mercantil se aprecia una notable influencia del art. 8 LLCM en su redacción inicial, que también exigía la aplicación de los principios de transparencia y proporcionalidad en la determinación de los costes de cobro.

dinerarias surgidas a título de contraprestación de contratos relativos a la entrega de bienes o a la prestación de servicios. Pese a la muy desafortunada regulación de esta materia, las exigencias de orden material u objetivo que han de concurrir en un contrato para que pueda ser considerado fuente de las obligaciones de pago del precio disciplinadas por estas normas pueden concretarse en las tres siguientes: a) El contrato ha de ser sinalagmático y, por tanto, ha de generar obligaciones recíprocas para los contratantes. b) En concreto, de él han de nacer dos obligaciones principales: para una de las partes, la de entrega de un bien o prestación de un servicio, y para la otra, la de pago de un precio (bien entendido que es esta obligación de pago del precio –y no el contrato en su conjunto– lo que resulta disciplinado por esta normativa). c) La tercera y última exigencia alude al significado de los términos "bien" y "prestación de servicios", que han de interpretarse más en clave económica que jurídica: así, el término "bien" abarca no sólo las mercaderías, sino cualesquiera cosas muebles aun cuando no puedan ser considerados propiamente mercaderías (caso, p. ej., del dinero); y algo similar ocurre con la expresión "prestación de servicios", con la que no sólo se alude a los contratos de prestación de servicios en sentido estricto, sino a obligaciones de hacer y no hacer y a combinaciones de estas modalidades de obligaciones³¹.

A la vista de lo anterior, es necesario concluir que el círculo de contratos sometidos a la LLCM es muy amplio, abarcando incluso los negocios de financiación (como el préstamo bancario) y de colaboración empresarial (franquicia, concesión, agencia, etc.)³². En realidad, sólo se excluyen del campo de aplicación de la LLCM contratos muy singulares y específicos como el de sociedad (que difiere por su singular naturaleza de los contratos sinalagmáticos de cambio) o los que entran dentro de las categorías de los contratos reales, gratuitos y unilaterales, cuya celebración será muy excepcional en la práctica, ya que desde hace algún tiempo la doctrina dominante no ve ningún inconveniente en que los contratos otrora reales, unilaterales y normalmente gratuitos (como, p. ej., el préstamo y el depósito) puedan configurarse *de facto* como consensuales, bilaterales y sinalagmáticos.

El ámbito de aplicación de los arts. 16 y 17 LOCM (*régimen especial*) es considerablemente más limitado que el de la LLCM (*régimen general*). Personal o subjetivamente estas normas se aplican a las relaciones jurídicas celebradas entre los comerciantes y sus proveedores, debiéndose entender el término comerciante desde 1999 como comprensivo tanto del minorista como del mayorista. Material u objetivamente dichos preceptos se aplican exclusivamente a los contratos de compraventa y afines tales como el de suministro y el estimatorio³³.

³¹ *Ad ex.*, defienden este significado de los términos "bien" y "prestación de servicios" a efectos de la LLCM, PERALES VISCASILLAS y MIRANDA SERRANO en sus monografías ya citadas. Sin embargo, VICIANO PASTOR, "La morosidad...", cit., p. 277, sostiene que no existe impedimento alguno para extender el ámbito de aplicación de la LLCM a los contratos onerosos que den lugar a la entrega de bienes inmuebles.

³² En particular, sobre la aplicación de la LLCM a los contratos de financiación, *vid.* MIRANDA SERRANO/PAGADOR LÓPEZ, "Contratos de financiación y morosidad", en *RDBB*, núm. 119, 2010, pp. 167 y ss.; más recientemente, también: PALAU RAMÍREZ, PASTOR I VICENT y CORDERO BARZALLO, "La mora en los contratos bancarios", en AA.VV. (dirs. PALAU RAMÍREZ y VICIANO PASTOR), *Tratado...*, cit., pp. 525 y ss.

³³ Ampliamente, sobre el ámbito de aplicación de esta legislación antimorosidad (LLCM y arts. 16 y 17 LOCM) *vid.* PERALES VISCASILLAS, *La morosidad...*, cit., p. 19 y ss.; MIRANDA SERRANO,

3.3.2. La opción seguida por el Anteproyecto al regular la morosidad en estas relaciones jurídicas

Aclarado lo anterior, interesa poner de manifiesto que al regular esta materia el redactor del Anteproyecto de Código Mercantil se contenta con fijar una serie de reglas generales, remitiéndose en aquello que no está expresamente regulado (como ocurre, por ejemplo, en un asunto tan relevante como la duración máxima de los plazos de pago) a lo que al respecto disponga la ley vigente. Así se infiere tanto de las remisiones a la legislación antimorosidad que realizan estas normas en varios de los extremos por ella regulados, como de lo dispuesto en el apdo. 1º del art. 418-4 del Anteproyecto, que reza así: “*Sin perjuicio de la aplicación de las normas previstas en la ley por la que se establecen medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales, se someten a las disposiciones de esta Sección los pagos de las deudas dinerarias nacidas de operaciones comerciales, realizadas entre operadores del mercado*”. La ley a la que reenvía el Anteproyecto de Código Mercantil en estos preceptos abarca tanto la LLCM (régimen general) como los arts. 16 y 17 LOCM (régimen especial), pues el Anteproyecto no menciona ninguna de estas normas en su disposición derogatoria única³⁴.

Las reglas principales que sientan en esta materia los arts. 418-4 a 418-6 del Anteproyecto de Código Mercantil pueden concretarse en las siguientes:

Primera: En las obligaciones a las que aquí nos referimos (obligaciones de pago del precio nacidas de operaciones mercantiles realizadas por operadores del mercado y que dan lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios) la mora se configura de forma automática, de modo que se incurre en morosidad por el mero incumplimiento de los plazos de pago, sin necesidad de aviso de vencimiento (art. 418-4, primer párrafo). El origen de esta primera regla se encuentra en la normativa antimorosidad proveniente de la Unión Europea, tras cuya entrada en vigor ya no es posible concebir la *mora debitoris* en sentido clásico, esto es, como la muestra Ihering en “*El cielo de los conceptos jurídicos*”, donde la representa como una figura que normalmente está tumbada en un rincón, de modo que “si no se le sacudiera mediante la interpelación, no se movería siquiera”³⁵. En nuestros días, la “sacudida” que supone la *interpellatio morae* ha dejado de ser un requisito de la *mora debitoris* en la mayoría de los casos. Así ha ocurrido por cuanto que el legislador contemporáneo ha terminado por entender que dicha exigencia tenía sentido en una economía agrícola o preindustrial ya superada en la que el recurso al crédito se hacía ordinariamente para satisfacer necesidades vitales (*favor debitoris*), pero no en una economía como la actual de intercambio masivo de bienes y servicios en la que el

Aplazamientos de pago..., cit., pp. 117 y ss.; VICIANO PASTOR, “La morosidad en las obligaciones...”, cit., pp. 255 y ss.

³⁴ Sin embargo, sí se mencionaba expresamente la LLCM pero no los arts. 16 y 17 LOCM en la disposición derogatoria única de la Propuesta de Código Mercantil. A menos que se tratara de un descuido del codificador (lo que no parecía demasiado probable, pues dicha disposición derogatoria mencionaba expresamente la LOCM con el propósito de derogar sus arts. 50, 51, 52 y 57 a 62, pero omitiendo toda referencia a los arts. 16 y 17), esto significaba que su propósito consistía en mantener un régimen especial sobre morosidad y aplazamientos de pago en el sector de la distribución comercial. En el Anteproyecto, sin embargo, ya no se alude ni a la LLCM ni a los arts. 16 y 17 LOCM en la disposición derogatoria única.

³⁵ Vid. IHERING, “En el cielo de los conceptos jurídicos. Fantasía”, en IHERING, *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de ROMÁN RIAZA, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 279.

factor tiempo adquiere una relevancia fundamental (*favor creditoris*). Con ello viene a darse la razón a autores como, por ejemplo, Benatti³⁶ en Italia y Díez-Picazo³⁷ y Díez-Picazo Giménez³⁸ entre nosotros, que desde hace ya algunos años vienen postulando la necesidad de conferir relevancia jurídica al mero retraso³⁹.

Segunda: Los plazos de pago no podrán superar en ningún caso los límites previstos en la ley, y se computarán desde la fecha de entrega de los bienes o de prestación efectiva de los servicios, o bien desde su aceptación en aquellos casos en que por la ley o por el contrato estuviesen sometidos a un procedimiento de comprobación (art. 418-4, segundo párrafo). Fácilmente se aprecia que en un asunto tan relevante como éste –plazos de pago– el Anteproyecto de Código Mercantil remite a la legislación especial, actualmente contenida en la LLCM (régimen general) y en el art. 17 LOCM (régimen especial). En concreto, la LLCM establece un plazo de pago supletorio de 30 días naturales (contados desde la fecha de recepción de los bienes o de prestación de los servicios), aplicable cuando las partes no hayan dispuesto nada en el contrato en cuanto a la fecha de pago, y al mismo tiempo faculta a las partes para fijar plazos de pago superiores al plazo supletorio de 30 días referido (contados también desde la fecha de recepción de los bienes o de prestación de los servicios), pero "sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales". No obstante, la declaración legal de que "en ningún caso" pueden pactarse aplazamientos superiores a 60 días queda desmentida por la propia LLCM, que en ciertos supuestos permite aplazamientos de 68 y 90 días, e incluso genera dudas razonables en torno a si es o no posible pactar aplazamientos superiores a los anteriores (p. ej., de 120, 160 o más días) mediante la elaboración por las partes de calendarios de pago a plazos, en los términos a los que se aludirá más adelante. Por su parte, el art. 17 LOCM dicta las siguientes reglas en materia de plazos de pago para las relaciones jurídicas que entran dentro de su ámbito de aplicación: 1ª) A falta de pacto expreso sobre la duración de los plazos de pago, los comerciantes han efectuar el pago del precio antes de que transcurran 30 días contados a partir de la fecha de la entrega de las mercancías. 2ª) No excederán en ningún caso de 30 días los aplazamientos de pago relativos a productos de alimentación frescos y perecederos. 3ª) No excederán en ningún caso de 60 días a partir de la fecha de la entrega de las mercancías los aplazamientos de pago relativos a los productos de alimentación que no sean frescos y perecederos. 4ª) No excederán de 60 días –salvo que en los contratos se estipulen cláusulas que prevean compensaciones económicas equivalentes al mayor aplazamiento y de las que sea beneficiario el proveedor, en cuyo caso nunca podrán ser superiores a 90 días–, los aplazamientos de pago relativos a los

³⁶ Vid. *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, *passim*.

³⁷ Vid. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, t. II, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 621.

³⁸ Vid. *La mora y la responsabilidad...*, cit., *passim*.

³⁹ Sobre los nuevos caracteres que conforman la renovada faz de la *mora debitoris* en el Derecho antimorosidad (entre ellos, la equiparación entre mora y retraso del que se hace eco el art. 418-4 del Anteproyecto de Código Mercantil) vid. las consideraciones que realizamos en MIRANDA SERRANO, *Aplazamientos de pago...*, cit., pp. 248 y ss. También al respecto: PERALES VISCASILLAS, *La morosidad...*, cit., pp. 120 y ss.

productos de gran consumo. 5ª) Si los aplazamientos de pago se refieren a productos que no entran en las categorías anteriores, esto es, que no son de alimentación ni de gran consumo, han de cumplirse las siguientes exigencias: a) cuando su duración sea superior a 60 días contados desde la fecha de entrega y recepción de las mercancías, el pago deberá quedar instrumentado en documento que lleve aparejada acción cambiaria con mención expresa de la fecha de pago indicada en la factura; b) cuando exceda de 90 días, el documento cambiario que instrumente el pago habrá de ser endosable a la orden, debiéndose emitir o aceptar por los comerciantes en todo caso dentro del plazo de 30 días a contar desde la fecha de recepción de la mercancía, siempre que la factura haya sido enviada; c) y finalmente, cuando sea superior a 120 días, el vendedor está facultado para exigir que queden garantizados los pagos mediante aval bancario o seguro de crédito o caución⁴⁰.

Tercera: El interés moratorio a pagar por el deudor en los casos en que el retraso le sea imputable será el fijado en el contrato y en su defecto el tipo aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de refinanciación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate (tipo de referencia) más los puntos porcentuales que establezca la ley (margen) (art. 418-5 apdo. 1). Acoge aquí el Anteproyecto de Código Mercantil la regla que, originaria de la primera Directiva de lucha contra la morosidad promulgada en la Unión Europea, fue introducida en nuestro ordenamiento por la LLCM. Tras la reforma de esta Ley realizada en 2013 por la Ley de Medidas de Apoyo al Emprendedor, esta materia ha permanecido inalterada en la LLCM salvo en lo que respecta al tipo de interés moratorio, consistente ahora en el aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación pero incrementado en 8 puntos porcentuales (art. 7.2 LLCM). De modo que éste es el interés legal aplicable a todas las relaciones obligatorias que entren dentro del ámbito de aplicación de la LLCM, siempre que en ellas los sujetos que ocupen las posiciones deudora y acreedora no hayan fijado convencionalmente un interés que resulte admisible por superar el control de abusividad del art. 9 LLCM. Por tanto, es posible afirmar que respecto de todas estas relaciones obligatorias sometidas a la LLCM el interés del art. 7 LLCM viene a reemplazar al interés legal, que a partir de la Ley 24/1984, de 29 de junio, aparece fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Ahora bien, para las relaciones jurídicas que entren dentro del ámbito de aplicación del régimen especial contenido en los arts. 16 y 17 LOCM habrá de tenerse en cuenta que, según la ley, el tipo de interés aplicable en estos casos será el establecido en el art. 7 LLCM o, en su caso, el que fijen las partes contratantes. Bien entendido que la libertad de éstas para fijar tipos diversos del concretado en la LLCM tiene límites importantes, toda vez que el tipo acordado "en ningún caso" podrá ser "inferior al señalado para el interés legal incrementado en un 50 por 100" (ex art. 17.5 LOCM)⁴¹.

Cuarta: Además del interés moratorio, el acreedor tendrá derecho a cobrar una cantidad fija señalada en la ley, que se añadirá a la deuda principal sin necesidad de

⁴⁰ Más información sobre la regulación de este extremo en la legislación especial vigente *vid.* en MIRANDA SERRANO/GARCÍA MANDALONIZ, "Morosidad y Ley 11/2013 de Medidas de Apoyo al Emprendedor", cit., pp. 104 y ss. (sobre la LLCM) y pp. 114 y ss. (sobre los arts. 16 y 17 LOCM).

⁴¹ *Ibidem*, pp. 100 y 101 (acerca de la LLCM) y p. 116 (acerca de los arts. 16 y 17 LOCM).

petición expresa. Lo anterior, sin embargo, no le impedirá reclamar al deudor una indemnización por todos los costes de cobro debidamente acreditados que haya sufrido como consecuencia de la mora deuditoris y que superen la cantidad antes referida (art. 418-5 apdo. 2). Esta regla también tiene su origen en las Directivas antimorosidad promulgadas en la Unión Europea, para las que el devengo de los intereses de demora no es el único efecto dimanante de la morosidad. A él añaden la atribución al acreedor de la facultad de exigir al deudor moroso una indemnización por los costes de cobro que le haya ocasionado la morosidad. En la actualidad, la normativa antimorosidad vigente en España (LLCM) establece que el acreedor tiene derecho a una cantidad fija de 40 euros en concepto de indemnización por los costes de cobro, lo que no le impedirá, además, reclamar aquellos otros costes que superen dicha cantidad (p. ej., gastos para sufragar la contratación de un abogado o de una agencia de gestión de cobro) (art. 8.1 LLCM). Naturalmente, para que el acreedor pueda reclamar con éxito los costes de cobro que excedan de la cuantía fija de 40 euros, tendrá que probar, por un lado, que son reales y, por otro, que se corresponden con la deuda cuyo cumplimiento se reclama. Además, se requiere que el deudor no esté en condiciones de probar que no es responsable del retraso, pues si demuestra dicha circunstancia queda exonerado del pago de la indemnización (art. 8.2 LLCM). En cuanto a qué costes pueden reclamarse, en principio, es posible pensar en todo tipo de costes dimanantes del retraso en la obligación de pago del precio: gastos telefónicos, cartas certificadas, abogados y procuradores, costes financieros y un largo etcétera⁴².

Quinta.- Cabe la posibilidad de que las partes acuerden distintos plazos para los pagos, de manera que en tales casos cuando alguno de dichos plazos no se satisfaga en la fecha acordada, los intereses y las compensaciones por costes de cobro se calcularán únicamente sobre la base de las cantidades vencidas (art. 418-5 apdo. 3). En rigor, esta regla fue incorporada a nuestro ordenamiento por el Real Decreto-ley 4/2013 que añadió al art. 6 LLCM un nuevo párrafo cuyo origen está en el art. 5 de la Directiva 2011/7/UE. Dicho párrafo –que no se vio afectado por la Ley de Medidas de Apoyo al Emprendedor– dispuso lo siguiente: "En caso de que las partes hubieran pactado calendarios de pago para abonos a plazos, cuando alguno de los plazos no se abone en la fecha acordada, los intereses y la compensación previstas en esta ley se calcularán únicamente sobre la base de las cantidades vencidas" (art. 6 *in fine* LLCM). Aun cuando literalmente esta previsión sólo se refiere a intereses moratorios y compensaciones por costes de cobro, sin embargo, se asienta en el presupuesto implícito de la licitud y admisibilidad de que las partes interesadas acuerden lo que la ley llama "calendarios de pago para abonos a plazos", y esto es algo que concierne a la duración de los plazos de pago. Desde luego, la admisibilidad de estos calendarios de pago a plazos *ex art. 6 LLCM* resulta *prima facie* incoherente con la decisión legal terminante de no admitir "en ningún caso" plazos de pago superiores a 60 días, pues un período máximo de 60 días parece demasiado poco para permitir a las partes pactar calendarios de pago a plazos que les resulten útiles en sus relaciones comerciales. De modo que utilizando este

⁴² *Ibidem*, pp. 101 y ss.

art. 6 LLCM y con el propósito de eludir el límite máximo de los aplazamientos de pago, sería posible convertir en "papel mojado" la categórica previsión legal del art. 4 LLCM. Así ocurriría, p. ej., si fijasen un pago aplazado en tres plazos de 50 días de duración cada uno, lo que daría lugar a un aplazamiento global de 150 días. En realidad, sucede que la previsión de acuerdos entre las partes consistentes en "calendarios de pago" se explica y tiene encaje en el sistema diseñado por la Directiva comunitaria, ya que ésta sí admite –a diferencia de nuestro legislador– aplazamientos superiores a 60 días siempre que no sean manifiestamente abusivos para el acreedor. No lo tiene y es incoherente, sin embargo, en nuestra LLCM, donde tras la reforma de 2013 se establece incondicionalmente la prohibición de aplazamientos superiores a 60 días (art. 4), con independencia de que sean o no manifiestamente abusivos para el acreedor. El problema es que, por errada que parezca, se trata de una norma en vigor en relación con la cual entiendo que cabría realizar dos interpretaciones distintas. 1ª) La primera consistiría en conferir al art. 4 LLCM primacía sobre el art. 6 LLCM, de modo que sobre la base de este último las partes tan sólo podrían acordar lo que expresivamente cabría designar como "calendaritos de pago a plazos" o con una duración total igual o inferior al plazo máximo de 60 días, esto es, caracterizados por que el pago se efectúe en distintos plazos pero en un período total nunca superior a 60 días. Es ésta una interpretación respetuosa de la letra de la Ley, pero que conduce a un resultado que no parece lógico ni razonable. Para ese "viaje" no hacen falta estas "alforjas". 2ª) La segunda consistiría en defender que la LLCM establece como plazo general de pago el de 60 días (art. 4), pero admitiendo al mismo tiempo de forma excepcional plazos de pago superiores acordados por las partes a través de calendarios de pago a plazos (art. 6), siempre que dichos calendarios cuenten con las correspondientes justificaciones desactivadoras del juicio de abusividad del art. 9 LLCM y, en consecuencia, no puedan reputarse abusivos. Naturalmente, si se acepta esta segunda solución, el nuevo párrafo del art. 6 LLCM resultante de la reforma de 2013 no dejaría un margen tan reducido a la autonomía de la voluntad de las partes para la fijación de calendarios de pago a plazos como el que deriva de la pura letra del art. 4 LLCM. Aunque el asunto es opinable y ofrece bastantes dudas, no parece razonable defender que el art. 4 LLCM tiene primacía sobre el art. 6 LLCM y, en consecuencia, que los calendarios de pago a plazos no pueden ser superiores a 60 días. Quizá sea más sensato considerar que, pese a su enérgica dicción ("en ningún caso"), la LLCM establece el de 60 días sólo como plazo general de pago (art. 4), permitiendo a la vez de modo excepcional plazos de pago superiores acordados por las partes a través de calendarios de pago a plazos (art. 6), siempre que dichos calendarios cuenten con la necesaria justificación desactivadora del juicio de abusividad y, en particular, no resulten manifiestamente abusivos para el acreedor. Ahora bien, para no convertir el art. 4 LLCM en "papel mojado" habrá que estar muy atentos a que dichos calendarios de pago a plazos no sean abusivos para el acreedor ni se conviertan en un instrumento para la perpetración de un fraude de ley (art. 6 Cc), para lo cual habrán de tenerse en cuenta al analizarlos todas las

circunstancias a las que alude el art. 9 LLCM y al art. 418-6 del Anteproyecto de Código Mercantil al que seguidamente me refiero⁴³.

Sexta.- Finalmente, se incluye una última regla bajo la rúbrica "nulidad de cláusulas pactadas modificando lo anterior" (art. 418-6) de conformidad con la cual se declara la nulidad de las cláusulas pactadas entre los contratantes sobre la fecha de pago o las consecuencias de la demora que difieran en cuanto a los plazos de pago y al tipo legal de intereses moratorios de los establecidos en los preceptos anteriores, siempre que tengan un contenido manifiestamente abusivo en perjuicio del acreedor. Para determinar si la cláusula es o no abusiva se han de tener en cuenta todas las circunstancias del caso y, entre ellas especialmente, los usos de comercio, la naturaleza del producto y la prestación por parte del deudor de garantías adicionales. Por último, se presume que es abusiva la cláusula que excluye la indemnización por costes de cobro. Esta última regla tiene origen en el art. 9 LLCM, evocador en gran medida de la tesis de la parcial inderogabilidad de las normas de Derecho contractual dispositivo, incorporada a nuestra cultura jurídica por Federico De Castro, de conformidad con la cual se entiende que las normas dispositivas sobre contratos "no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados"; antes bien, al ser expresivas de la regulación normal aplicable a los contratos, tienen un cierto carácter imperativo, por lo que "no pueden ser reemplazadas sin una razón suficiente"⁴⁴. Y es que aunque la LLCM parte de conferir autonomía a los operadores económicos para decidir de mutuo acuerdo las reglas sobre plazos de pago, intereses de demora y compensaciones por costes de cobro a aplicar en sus relaciones negociales, no obstante, aporta un modelo de regulación de tales materias del que dichos sujetos no pueden separarse a menos que exista una causa justificada. En rigor, lo que dispone el art. 9 LLCM no es que son nulas e ineficaces por ilegales las cláusulas contractuales que se desvíen del modelo de regulación legal (esto sería un control de legalidad de relativamente sencilla aplicación), sino que lo son –por abusivas– las que se separen de la regulación legal sin una justificación suficiente y en perjuicio del acreedor⁴⁵. La Ley de Medidas de Apoyo al Emprendedor ha modificado el tenor de dicho precepto tal como resultó de la redacción que le había dado en primera instancia la Ley 15/2010 y más tarde el Real Decreto-ley 4/2013. El resultado es que el art. 9 LLCM ya no considera nulas las cláusulas pactadas entre las partes sobre la fecha de pago que

⁴³ *Ibidem*, pp. 109 y 110; no obstante, se exponen aquí algunos argumentos normativos de cierto peso e interés favorables a la otra solución a la que se hace referencia en el texto.

⁴⁴ *Vid.* DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Ed. Civitas, Madrid, 1975; ÍDEM, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor", en ADC, octubre-diciembre de 1982, pp. 987 y ss.

⁴⁵ *Vid.* ampliamente MIRANDA SERRANO, *Aplazamientos de pago...*, cit., pp. 221 y ss.; ÍDEM, "La Ley 15/2010...", cit., pp. 37 y ss.; PERALES VISCASILLAS, *La morosidad...*, cit., 261 y ss.; ALBIEZ DOHRMANN, "El control de contenido de las cláusulas de morosidad en las operaciones comerciales. (A propósito del artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre)", en RDBB, núm.103, julio-septiembre de 2006, pp. 228 y ss.; PAGADOR LÓPEZ, "El control de contenido en materia de aplazamientos de pago y morosidad: el art. 9 de la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", en AA.VV. (dirs. FONT GALÁN/MIRANDA SERRANO), *Morosidad, aplazamientos de pago y empresa familiar*, Academia Sevillana del Notariado, Sevilla, 2010; RUIZ MUÑOZ, "Cláusulas abusivas y morosidad en las operaciones comerciales", en AA.VV., *Estudios e interpretación práctica de la legislación sobre morosidad* (dir. CANDELARIO MACÍAS), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 273 y ss.; VICIANO PASTOR, "La morosidad en las obligaciones...", cit., pp. 438 y ss.; entre otros.

difieran en cuanto al plazo de pago de los plazos "establecidos con carácter subsidiario" por la LLCM, al haberse suprimido la referencia al "*carácter subsidiario*" de los plazos legales. En principio, esta modificación se presenta como inevitable, ya que venía exigida por la naturaleza cogente de la norma que impone que los aplazamientos de pago no superen "en ningún caso" 60 días (art. 4.3 LLCM). Cosa distinta es la ya advertida existencia de fisuras entre la admisión de calendarios de pago a plazos (último párrafo del art. 6 LLCM) y la limitación imperativa de los aplazamientos de pago a un máximo de 60 días (art. 4.1 LLCM), por un lado, y el control de abusividad en materia de plazos de pago (art. 9.1), por otro. Porque sucede que a pesar de la supresión de la referencia a los plazos de pago fijados "con carácter subsidiario" por la LLCM en los términos que acabamos de apuntar, y a pesar también de la nueva redacción dada al art. 9.1 letra c) (que ahora sólo se refiere –como circunstancia a tener en cuenta para valorar la abusividad– al hecho de que el deudor tenga una "razón objetiva" para apartarse del tipo de interés legal de demora y de la cantidad fija en que consiste la indemnización por costes de cobro, pero no del plazo de pago en los términos fijados por la LLCM), no podemos olvidar que el art. 9 LLCM comienza fijando un control de abusividad que alcanza también a los plazos de pago. En efecto, según este precepto será nula una cláusula o práctica "relacionada con *la fecha o el plazo de pago*, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro" en los casos en que "resulte manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor". La interpretación coherente de este enjambre de preceptos escasamente cohesionados entre sí termina siendo cosa de locos. Ha habido quien ha sostenido que en el actual estado de cosas el art. 9.1 LLCM sólo resulta aplicable a los plazos de pago no superiores a 60 días, pues los que superen este límite son nulos de pleno derecho sin más por ilegales, sin tener que entrar a juzgar acerca de su carácter justificado o abusivo. El problema, en todo caso, puede alcanzar cierta relevancia dependiendo del modo en que se interprete la referencia del art. 6 LLCM a los calendarios de pago a plazos (*ex art. 6 LLCM*)⁴⁶.

4. VALORACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA MOROSIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL Y REFLEXIÓN FINAL

Expuestas las soluciones sobre morosidad por las que se decanta el codificador mercantil del siglo XXI en el Anteproyecto de Código Mercantil, es el momento de valorarlas. Un primer análisis de estas normas me lleva a realizar las siguientes consideraciones:

⁴⁶ *Vid.* más información en MIRANDA SERRANO/GARCÍA MANDALONIZ, "Morosidad y Ley 11/2013 de Medidas de Apoyo al Emprendedor", cit., pp. 110 y ss. También al respecto: CARRIÓN REAL, "La Ley de Lucha contra la Morosidad tras su reforma en 2013: persisten dudas interpretativas sobre los plazos de pago", en *Diario La Ley*, núm. 8167, 2013, pp. 1 y ss.

4.1. Sobre la opción codificadora de fijar sólo reglas generales y remitir a la legislación especial en materia de lucha contra la morosidad

En mi opinión, no merece una valoración positiva la opción del Anteproyecto de fijar sólo reglas generales en cuanto a plazos de pago y morosidad, remitiéndose a la legislación especial para la concreción de los aspectos no expresamente regulados. Como se sabe, las razones que justifican la necesidad de un Código Mercantil son expuestas con meridiana claridad por el legislador en la Exposición de Motivos del Anteproyecto. Entre otras cosas, puede allí leerse cómo el Código de Comercio de 1885 no ha perdido vigencia pero sí vigor. Su inadecuación a la nueva realidad política y económica ha tratado de salvarse mediante la promulgación de leyes que en algún caso han modificado su articulado y en otras –las más numerosas– han regulado materias no contempladas por él, o han derogado parte de su articulado. Ello ha dado como resultado la convivencia en nuestro Derecho de un Código inadecuado a la realidad junto a numerosísimas leyes especiales desgajadas de él, con efectos muy negativos para la seguridad jurídica. Con el nuevo Código Mercantil se trata, por tanto, de poner remedio a esta situación, integrando en un único cuerpo legal dicha normativa mercantil actualmente tan dispersa. Y todo ello, además, teniendo muy en cuenta las exigencias derivadas del principio de unidad de mercado (“un mismo Código para un mercado único en todo el territorio nacional”, como dice la Exposición de Motivos del Anteproyecto).

A la vista de lo anterior y pese a tratarse de un asunto opinable, no parece la mejor de las soluciones posibles la opción codificadora consistente en fijar en materia de lucha contra la morosidad sólo las reglas generales, realizando continuos reenvíos a la legislación especial para su concreción y desarrollo. Sobre todo por tratarse de una solución inadecuada para poner fin a los problemas de la dispersión normativa –tan negativos para la seguridad jurídica– de los que habla el codificador en la Exposición de Motivos del Anteproyecto como razón justificadora de la promulgación de un nuevo Código.

Una solución más atinada habría sido que el propio articulado del Código regulara expresa y directamente cuestiones tan importantes en esta materia como los límites máximos de los plazos de pago, el tipo de interés moratorio a aplicar en defecto de pacto entre las partes o el ámbito de aplicación de la normativa de lucha contra la morosidad. Es verdad que estos extremos habrían de modificarse tan pronto en la Unión Europea se reformase la Directiva sobre la materia, pero no menos cierto es igualmente que si así ocurriese bastaría con promulgar una ley que modificase el contenido de los singulares preceptos del Código Mercantil alcanzados por la reforma de la norma comunitaria. Si de lo que se trata con el nuevo Código es de lograr un mayor grado de seguridad jurídica –actualmente bastante menoscabada–, la solución del Anteproyecto consistente en remitir reiteradamente a una ley especial no parece la más recomendable.

Da la impresión de que al regular el asunto de la lucha contra la morosidad y los aplazamientos de pago abusivos el legislador del Anteproyecto se encontraba excesivamente fatigado. De ahí que haya renunciado a ofrecer una regulación completa y se haya contentado con dictar sólo reglas generales que exigen la inexcusable colaboración de la legislación especial. Habría sido mejor que se hubiera esforzado en fijar dicha regulación en su totalidad, poniendo especial atención en aclarar asuntos relevantes que,

pese a su importancia, están regulados de forma muy confusa por la legislación especial desde 2004, año en el que fue promulgada la LLCM. Así ocurre, por ejemplo, con la declaración de no aplicación de la LLCM a los intereses relacionados con la legislación en materia de títulos valores, asunto reiteradamente denunciado por la doctrina y en relación con el cual se han venido defendiendo interpretaciones no siempre coincidentes⁴⁷. Y algo similar acontece con los plazos de pago. Desde la entrada en vigor de la Ley 15/2010, de modificación de la LLCM, un sector doctrinal ha puesto de manifiesto –no sin razón– la falta de claridad legal en torno a si son o no admisibles plazos de pago superiores a 60 días, sobre todo a la vista del tenor escasamente clarificador del art. 9 LLCM. Y aunque es cierto que la Ley de Medidas de Apoyo al Emprendedor ha modificado la redacción de este precepto, no menos cierto es que al mismo tiempo ha introducido en el art. 6 LLCM una norma sobre calendarios de pago a plazos que, como he apuntado más arriba, origina dudas razonables en torno a la duración posible de los plazos de pago pactados por las partes⁴⁸.

4.2. Sobre la opción codificadora de conferir un distinto tratamiento a las obligaciones pecuniarias en cuanto a si producen o no intereses por el mero retraso objetivo

Tampoco merece una valoración positiva un extremo que surge de comparar los dos regímenes jurídicos sobre morosidad contenidos en el Anteproyecto: el aplicable a las relaciones jurídicas que no entran dentro del ámbito de aplicación de la normativa antimorosidad (Sección 1ª) y el aplicable a las relaciones jurídicas que sí entran dentro de dicho ámbito de aplicación (Sección 2ª). Como se expuso más arriba, entre los preceptos que el Anteproyecto incluye dentro del primero de los regímenes jurídicos mencionados, el art. 418-2 sienta la regla de la productividad de intereses por el mero retraso objetivo en las deudas pecuniarias, incluso cuando se trate de deudas de esta naturaleza cuya finalidad consista en indemnizar el cumplimiento de una obligación no pecuniaria.

Una primera lectura del art. 418-2 podría llevar a pensar que, en realidad, esta regla no encierra una verdadera novedad en nuestro Derecho, al estar ya formulada en la normativa de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles (LLCM y arts. 16 y 17 LOCM). Sin embargo, dicha conclusión no sería correcta. Es cierto que la normativa antimorosidad no se inclina por una concepción subjetiva de la mora, según la cual se entiende que ésta tiene lugar cuando el retraso ha sido voluntario o doloso o ha obedecido a culpa o negligencia del deudor, sino por una concepción objetiva. Ahora bien, la concepción acogida no se corresponde con un sistema puramente objetivo, sino con lo que cabría denominar sistema objetivo no absoluto, al admitirse causas de exoneración de responsabilidad como el caso fortuito, cuya operatividad práctica exige la oportuna prueba o demostración de su acaecimiento por parte del deudor.

⁴⁷ En MIRANDA SERRANO, *Aplazamientos de pago...*, cit., pp. 178 y ss., hubo oportunidad de detallar las distintas opciones e interpretaciones doctrinales en torno a esta exclusión legal. *Vid.* igualmente del mismo autor: "La morosidad de los pagos instrumentados en títulos-valores: situaciones concursales y extraconcursoales", en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 10, 2009, pp. 117 y ss.

⁴⁸ *Vid. supra*, epígrafe 3.3.2.

Para que el sistema de la mora en las normas antimorosidad pudiera considerarse puramente objetivo, la situación de morosidad y sus efectos tendrían que haberse vinculado al mero hecho objetivo del retraso, de manera que la simple producción de éste colocara al deudor en situación de morosidad y le hiciera responsable del abono de los correspondientes intereses moratorios. Y esto es precisamente lo que establece el art. 418-2 del Anteproyecto: el retraso del deudor en el cumplimiento de una deuda dineraria, "sea o no imputable a él", le obliga a pagar los correspondientes intereses moratorios, a no ser que en el contrato se haya dispuesto otra cosa. Ahora bien, este precepto no es aplicable a las obligaciones dinerarias nacidas de operaciones mercantiles entre operadores del mercado, esto es, a las obligaciones de pago del precio que caen dentro del ámbito de aplicación de las normas de lucha contra la morosidad, pues para ellas el art 418-5 del Anteproyecto dispone que el acreedor tiene derecho a los correspondientes intereses moratorios "cuando el retraso sea imputable al deudor", lo que supone optar por una solución idéntica a la que actualmente se contiene en la normativa antimorosidad (LLCM y arts. 16 y 17 LOCM), es decir, por un sistema objetivo no absoluto en los términos anteriormente expuestos.

A mi juicio, el distinto tratamiento jurídico de unas y otras obligaciones pecuniarias por el que se inclina el Anteproyecto de Código Mercantil carece de fundamento. Si la responsabilidad objetiva de las obligaciones pecuniarias –fundada sobre una larga tradición– obedece al hecho de tratarse de obligaciones genéricas en las que nunca puede darse la imposibilidad absoluta y objetiva, pues el objeto de la prestación consiste en una suma de dinero⁴⁹, no hay razón para decantarse por la productividad de intereses por el mero retraso objetivo en algunas de ellas (las de la Sección 1ª) pero no en otras (las de la Sección 2ª). Por otra parte, el fundamento de esta solución no puede encontrarse en la Directiva 2011/7/UE de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, pues aunque dicha norma se inclina también por un sistema objetivo no absoluto, permite, no obstante, a los Estados miembros "mantener o establecer disposiciones que sean más favorables para el acreedor que las necesarias para cumplir la presente Directiva" (art. 12.3); y naturalmente la opción por un sistema objetivo pleno no hay duda de que constituye una medida inspirada en el principio del *favor creditoris* y, por ende, más favorable para quienes ocupan la posición acreedora dentro de las relaciones obligatorias.

Sobre la base de lo anterior no puedo sino manifestarme a favor de la conveniencia de que el nuevo Código Mercantil confiera a la totalidad de las obligaciones pecuniarias (y no sólo a las reguladas en la Sección 1ª) la característica de la productividad de intereses por el mero retraso objetivo. De lo contrario, el deudor va a poder exonerarse del pago de los intereses moratorios en algunas obligaciones pecuniarias si prueba que el retraso se debió a un impedimento objetivo ajeno a su esfera de control, mientras que en otras tendrá siempre que cargar inexorablemente con el pago de dichos intereses. Esta diferencia de trato sería admisible si existieran razones que la justificasen. Pero en este caso creo no equivocarme al afirmar que dichas razones son inexistentes.

⁴⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, t. II, cit., pág. 585.

Si el codificador del siglo XXI optara finalmente por modificar el articulado del Código en la dirección que aquí se propone, cabría concluir que el nuevo Código termina aceptando las dos características más importantes que desde hace ya algún tiempo un sector de la doctrina mercantilista viene reclamando como propias de las obligaciones mercantiles: la solidaridad y la productividad de interés por el mero retraso objetivo⁵⁰.

4.3. Sobre la opción codificadora de diferenciar dos regímenes jurídicos distintos en materia de morosidad

Por último, he de valorar positivamente la solución del Anteproyecto de diferenciar dos regímenes jurídicos distintos en materia de morosidad, uno para las relaciones jurídicas no incluidas en el ámbito de aplicación de las normas antimorosidad (Sección 1ª) y otro para las que sí caen dentro de dicho ámbito de aplicación. Aunque es cierto que el ámbito de aplicación de la normativa antimorosidad es muy amplio, hay relaciones jurídicas que quedan fuera de él y en relación con las cuales es necesario establecer unas reglas especiales sobre morosidad, siempre naturalmente que se trate de relaciones de naturaleza mercantil, pues en caso contrario se han de someter a las normas sobre morosidad del Código Civil. Desde esta perspectiva, parece justificada la solución codificadora de dictar unas disposiciones específicas en la Sección 1ª para las obligaciones a las que no se aplica la normativa antimorosidad.

No obstante, hay ciertas cuestiones relativas al primer grupo de estas normas que no llegan a entenderse del todo bien. Así ocurre, por ejemplo, con la rúbrica de algunos de estos preceptos. Y es que no se justifica que el art. 418-2 se intitule “Consecuencias del retraso en el cumplimiento” y el art. 418-3 se denomine “Efecto de la mora en las deudas dinerarias”, cuando ambos preceptos regulan las consecuencias de la mora – equiparada al retraso– en las deudas de carácter dinerario: el pago de los correspondientes intereses moratorios, por un lado (art. 418-2) y el pago de la compensación por los costes de cobro que sea exigida por el acreedor, por otro (art. 418-3).

Otras soluciones de este primer grupo de normas (Sección 1ª) merecen, sin embargo, una valoración positiva. Así ocurre, como ya anticipé, con la supresión de la exigencia de que la interpelación tenga que realizarse por vía judicial, notarial o administrativa en el caso de obligaciones mercantiles sin fecha de vencimiento, toda vez que dicha exigencia no se concilia nada bien con el ritmo rápido del tráfico mercantil.

4.4. Reflexión final

A la vista de lo expuesto, cabe proponer algunas reformas de las normas sobre morosidad contenidas en la Anteproyecto de nuevo Código Mercantil. La primera consistiría en incluir en el articulado del Código la totalidad de la regulación, sin remisiones a la

⁵⁰ A propósito de la solidaridad: MIRANDA SERRANO/PAGADOR LÓPEZ, “La Propuesta de Código Mercantil consagra la solidaridad como característica de las obligaciones mercantiles”, disponible en <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=63>.

legislación especial en asuntos de tanta trascendencia como los plazos máximos de pago admitidos, el margen aplicable al tipo de referencia para calcular el tipo de interés de demora, la cuantía fija a cobrar por el acreedor como compensación por los costes de cobro o el ámbito de aplicación de esta normativa especial de lucha contra la morosidad. La segunda estribaría en conferir a la totalidad de las obligaciones pecuniarias (y no sólo a las que no entran dentro del ámbito de aplicación de las normas antimorosidad provenientes de la Unión Europea) la característica de la productividad de intereses por el mero retraso objetivo, toda vez que, según he tratado de explicar más arriba, no existen razones para imputarla a un sector de las obligaciones pecuniarias pero no a al otro. Al mismo tiempo, es muy recomendable que el codificador se esfuerce en ofrecer una regulación más clara de algunas materias extraordinariamente confusas, como son la exclusión de los pagos instrumentados en títulos valores o la determinación de si en el régimen general caben o no aplazamientos de pago superiores a sesenta días.

Junto a lo anterior, sería también deseable que el legislador se decidiese por derogar los arts. 16 y 17 LOCM. La existencia en la legislación especial de dos regímenes distintos en materia antimorosidad –uno general (LLCM) y otro especial (arts. 16 y 17 LOCM)– permite afirmar que el panorama normativo frente al que se encuentra el jurista en esta materia es bastante complejo y no excesivamente respetuoso con unas elementales exigencias de seguridad jurídica. Los arts. 16 y 17 LOCM fueron pioneros en la lucha contra la morosidad en nuestro país. Tuvieron su momento y cumplieron su papel. Pero desde el año 2004 son una “china” en el “zapato” del Derecho antimorosidad. De ahí que haya que lamentar que durante la tramitación parlamentaria de la Ley de Medidas de Apoyo al Emprendedor no hayan prosperado las enmiendas que solicitaban la supresión de este régimen especial. Si quieren establecerse algunas peculiaridades aplicables a las relaciones de los comerciantes con sus proveedores (por ejemplo, en lo relativo a la duración máxima de los aplazamientos cuando los contratos versan sobre productos de alimentación frescos y perecederos), éstas deberían residenciarse en el texto de la LLCM y, de conformidad con las propuestas aquí realizadas, tendrían que incluirse en el articulado del nuevo Código Mercantil. La seguridad jurídica lo agradecerá.

PRÉSTAMO DE DINERO

DAVID MORÁN BOVIO *

Resumen

Los preceptos sobre el contrato de préstamo de dinero en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil constituyen una sustantiva novedad frente a los del Código de comercio vigente. Las normas proyectadas conforman el objeto de este trabajo. Se pretende señalar, qué dicen esas disposiciones preparadas para sustituir a las del Código más que centenario y cómo se apartan de éstas. Se prefiere, en consecuencia, centrarse en la norma proyectada, para abarcar el mayor número de sus disposiciones y trabajar al compás de ellas.

Contenido

1. Preámbulo: motivo e indicación metodológica. – 2. Noción [del préstamo mercantil]. – 3. Obligación del prestamista. – 4. Obligaciones del prestatario. – 5. La devolución de la suma prestada. – 6. Contenido de la obligación de restitución del prestatario. – 7. El interés en el préstamo. – 8. Devengo y pago del interés. – 9. La mora y el incumplimiento del prestatario. – 10. El anatocismo. – 11. Préstamo participativo. – 12. Usura – 13. Apunte conclusivo

1. PREÁMBULO: MOTIVO E INDICACIÓN METODOLÓGICA

RAFAEL ILLESCAS ORTIZ. Nombrarlo evoca gratísimos recuerdos. Y expresarlo aquí, implica la gratitud a sus primeros discípulos catedráticos por tan atinada iniciativa. El bosquejo de mi relación con el homenajeador se antepone, pues explica cuanto sigue.

El Profesor ILLESCAS impartió Derecho Mercantil III a nuestra promoción. Entonces conoció el Profesor OLIVENCIA mi deseo de dedicarme al *Derecho privado del mercado*. Una de sus indicaciones consistió en que hablase con mi profesor. Éste en septiembre se marchó a Zaragoza, de donde se trasladó a la Universidad de Cádiz un par de años después. Concluyó ese periplo con su retorno a Sevilla, el cual acabaría al integrarse en el claustro constituyente de la Universidad *CARLOS III de Madrid*.

Desde que regresó a Andalucía volví a consultarle mis planes. A él debo la propuesta, aplaudida por el Profesor OLIVENCIA, de trabajar acerca de los *Empresarios de Terminales de Transporte*, tarea que me condujo a las demás de UNCITRAL. El acrónimo atesora capítulos decisivos en las relaciones mutuas. Se enriquecen con la elaboración de las *Reglas de Rotterdam*.

* Catedrático de Derecho Mercantil, Departamento de Derecho Mercantil, Universidad de Cádiz.

Múltiples hitos marcados por diferentes trabajos y ocasiones compartidas, a veces también con MATILDE y alguna con RAFAEL ILLESCAS (junior). En conjunto componen la admirable obra de un Artista cuya labor reconozco enteramente. Su hilo conductor: mi paulatino descubrimiento de un andaluz feliz con lo importante: la familia, los suyos y lo suyo, capaz de ocultar bajo esa sonriente y fresca apariencia, un empeño tan repleto de libertad como de rigor en la búsqueda de la verdad.

Entre las lecciones que intento aprender de él (quien tampoco busca impartirlas), desatiendo aquí una: RAFAEL me repitió la conveniencia de “*trabajar sobre el BOE*”, en el buen entendido de ocuparse en disposiciones llamadas a ser efectivas. ¡Ni con el *BOCG* nos ocupamos!

Además – adelanto mi opinión – el capítulo del contrato de préstamo mercantil (por subordinación a la primera, también la sección segunda), más que carecer de viento favorable, manifiesta sustantivas carencias de navegabilidad. La vecindad del astillero invita a exponer sumariamente imperfecciones en la obra viva y, eventualmente, alguna forma de repararlas.

Ello marca objetivo e implicaciones metodológicas: la aspiración a examinar cuanta más superficie del casco (en secuencia con la analogía), unida a la limitación editorial, impone concisión, así como no entrar en cuestiones que igual habrían de integrar la sección (¿una disposición acerca de los intereses no debidos y pagados?, en línea con el 1756 Cc). Se dejan para otro momento discusiones, generalmente amplias, acerca de las decisiones de política legislativa y de técnica normativa. Como efecto: se prescinde de las notas al pie.

Organiza la tarea la secuencia de los preceptos (y su denominación, salvo un par de excepciones) proyectados (el atributo “*en proyecto*” también se omite). Sin subepígrafes se tratan de explicar motivos, carencias y, en su caso, hipotéticas mejoras. Todo con brevedad, en favor de la amplitud y anuencia sobre la mengua de profundidad (explícita: préstamo e intereses conducen a Aristóteles y al Deuteronomio, de entrada).

De resulta: las pautas del artículo 3.1 del Cc se usan limitadamente. Apenas cabe la textual. La de precedentes para indicar las rupturas con el régimen vigente. De la sistemática (que reclamaría un jugoso contraste con el conjunto del texto) sólo se emplea la vertiente de la coherencia en la sección (salvo rareza). El criterio axiológico y el teleológico, junto al sociológico, aparecen más, pero de modo comparativo con los pasajes paralelos del Cco.

El Código Mercantil constituye una obra monumental. Me siento incómodo al censurar un pequeñísimo grupo de sus preceptos. El ejercicio se justifica en parte con el título del capítulo V de mi tesis doctoral: *la obligación de intereses en las diversas modalidades de préstamo* [p.251-311 en el original que, gracias al Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, se halla a disposición del lector escribiendo en el buscador: *La obligación de intereses en el Derecho Mercantil español*]. Mi profesor de Quinto integró aquel tribunal. Desde lustro y pico después me ocupo del capítulo sobre el préstamo en otra de las obras que me alegra compartir con el Profesor ILLESCAS.

2. NOCIÓN [DEL PRÉSTAMO MERCANTIL DE DINERO]

Por el contrato mercantil de préstamo el prestamista se obliga a entregar al prestatario una determinada suma monetaria, para que éste le devuelva, dentro del plazo pactado, la cantidad recibida, incrementada con el correspondiente interés.» [573-1]

La norma señala al menos seis parámetros: la singularidad del préstamo mercantil (diverso al civil), su carácter obligacional (frente al real acostumbrado), la suma de dinero como objeto de la entrega (la de «otros bienes fungibles» se acomoda en la segunda sección de igual capítulo), el aplazamiento pactado para la devolución, el principio nominalista que la rige, y los intereses como deuda adicional.

Menos el primero (un préstamo mercantil separado y distinto), los demás elementos se estudian en los siguientes preceptos. Toca pues detenerse en la diversidad de regulaciones para el préstamo mercantil y el civil.

Se trata de una cuestión general, compartida por los contratos del Código Mercantil regulados en el Código Civil. El respeto a los límites del préstamo mercantil aconseja dejar a un lado la materia de la unificación del derecho de obligaciones y contratos.

Sin entrar en ella, cabe apuntar que la regulación separada para el préstamo civil y mercantil resulta de muy difícil fundamentación. Porque encontrar algún aspecto que distinga esencialmente a uno de otro se antoja imposible (fuera de las contingencias de la política legislativa).

Y si, por el motivo que sea, ha de existir tal dualidad, la regulación del contrato de préstamo Civil y Mercantil habrá de guiarse con criterio unitario. De otro modo se activan muy complejos problemas con imposible solución: el Derecho Privado entraría en una especie de *esquizofrenia*. Resultaría más sencillo evitarla sometiendo a unidad de razón sus manifestaciones (si fuese evidente que han de ser separadas). Tan grave escisión se siembra mediante la regulación del contrato de préstamo según figura en el Código Mercantil (como se irá viendo).

3. OBLIGACIÓN DEL PRESTAMISTA

1. El prestamista está obligado a poner a disposición del prestatario la suma monetaria objeto del préstamo en el tiempo, forma y condiciones convenidas. Salvo pacto en contrario la entrega del capital se llevará a cabo desde luego y en el domicilio del prestamista.
2. Salvo que del contrato resulte el reconocimiento por el prestatario de haber recibido la suma prestada, con detalle del modo y forma en que se haya verificado la entrega de la misma, corresponderá al prestamista acreditar que ha cumplido su obligación. [573-2]

La opción en pro de someter el préstamo a la naturaleza obligacional, exige dotar de contenido normativo al deber del prestamista. Esa singularidad («el deber del prestamista») recién manifestada, choca con el título en plural para el precepto (que inspira la rúbrica del presente apartado).

En el prestamista, según la elección obligacionista del Código Mercantil, cabe advertir un deber (único): facilitar al prestatario la suma convenida. Lo demás constituye algo complementario, las circunstancias en su prestación singular.

Objeto de convenio en el mutuo con relación a la cantidad, ha de ser la determinación de ésta. El momento (no sólo el día) y lugar (el cual habrá de poseer la determinación que con ese extremo se busca) para su transmisión, el modo (líquido, mediante títulos, total o parcial, etc.), las otras condiciones y la forma en que se practicará la transmisión, resultan accidentes para la prestación. La última frase del 573-2.1 posee alternativa a la ausencia de pacto sobre las condiciones tópicas y crónicas de la entrega: el domicilio del prestamista y la inmediatez («desde luego»).

En la dualidad: “*entrega / puesta a disposición*”, el 573-2.1 prefiere el segundo término. Así dota de eficacia una transmisión (del prestamista) sin recepción (del prestatario), y permite dar por cumplido su deber al prestamista, porque puso la suma a disposición del prestatario, sin que el cumplimiento de aquél pueda ser obstaculizado por la incomparecencia o escasa contribución de éste.

El carácter exclusivo de la obligación para el prestamista de entregar lo convenido, queda más patente en el 573-1.2: si el prestatario no reconoce la recepción con los pormenores de la transmisión, el prestamista habrá de probar el cumplimiento de *su* obligación. La falta de pluralidad en esos deberes queda así exhibida [con apunte al ocioso «de la misma» en ese precepto, y gratitud al Profesor OLIVENCIA por otra de sus enseñanzas].

Implícito en el 573-2 se halla el deber de cooperación entre los protagonistas del contrato para lograr la transmisión patrimonial pretendida. Quizá hubiese de ser explícito y reflejar en el 573-2 el deber general del 415-4.

Dicho *deber de cooperación* acentúa la insuficiencia en las prestaciones si dejan al acreedor insatisfecho injustificadamente (conforme a la regla de lo razonable). Enlaza con el deber contractual conducente al despliegue de la diligencia esperada (el estándar en la prestación tipo). Facilita una transmisión patrimonial efectiva. La referencia al deber de cooperación entre prestamista y prestatario clarifica la alternativa tradicional entre *entrega* y *puesta a disposición*. La supera y contribuye a la praxis contractual y a la aplicación judicial.

Deber de cooperación entre prestamista y prestatario que auspicia el ingreso en el haber de éste de la suma objeto del préstamo, y resulta primordial, si se parte de la ausencia (cada vez más común) de permanente relación física entre los protagonistas del contrato. La dificultad, por ejemplo, con una clave tempestivamente transmitida que vuelve a ser requerida, puede acabar haciendo impracticable la entrega, la puesta a disposición y cualquier tipo de transmisión. ¿Habrá cumplido el prestamista si guarda silencio ante la nueva solicitud de la clave de marras por parte del prestatario para hacerse con la suma? ¿Podrá excusarse el prestamista probando ante el árbitro o el juez que no es imputable a quien ya remitió la clave dichosa el desorden del prestatario?

Lo expresado acerca del deber de cooperación puede servir para redondear o rehacer la norma. Pero antes conviene plantearse: ¿debe insertarse en el Código Mercantil el deber del prestamista de ingresar la suma prestada en el haber del prestatario? Las disposiciones sobre el contrato de préstamo llevan siglos sin semejante

norma y han ordenado satisfactoriamente la operación (y con tal carencia está construido el préstamo en el Cc, así que podríamos estar frente a uno de esos casos de falta de unidad en el Derecho Privado).

La opción de establecer un deber del prestamista dirigido a que el prestatario llegue a poseer la suma prestada, parece demandar una norma acerca del incumplimiento del prestamista (en paralelo al contenido normativo para la hipótesis de incumplimiento por parte del prestatario de su deber de devolución): si el prestamista no entrega tempestivamente la suma convenida ¿acrecen los intereses sobre la suma debida?, ¿en qué tipo?, ¿cabrá pedir daños y perjuicios adicionales?, ¿se aplican los preceptos acerca de la mora del prestatario al prestamista?, ¿hay lugar para el anatocismo? Sin que la norma ofrezca respuesta a esos interrogantes, parece imprudente mantener el precepto que impone al prestamista el deber de entrega (o de puesta a disposición) de la suma. Así se evitará que el texto reciba la acusación de ingenuidad (como mínimo), porque deja de considerar un supuesto de hecho tan normal como la ausencia de cumplimiento perfecto.

Junto a lo anterior, siempre cabría la consignación [sólo en este pasaje se aludirá a ella, si bien convendría cierta amplitud al considerarla en el contexto del préstamo] de la cantidad comprometida por parte del prestamista. La afirmación la respalda el artículo 1176 y ss. Cc. Conviene entonces inquirir acerca de la tripleta que se ofrece al prestamista para el cumplimiento de su deber. Entre *entrega* y *consignación*, la *puesta a disposición* se revela como opción intermedia. Menos onerosa para el prestamista, pues sólo implica la mera declaración por su parte, sin que exija desapoderamiento de una suma ni recurso a cualquiera de las garantías que, normalmente, habrá de abonar el prestamista al contratarlas (con independencia de que luego se puedan repetir *ex art.1179 Cc*).

Pero entonces ¿quién recurrirá a la consignación, si la puesta a disposición ofrece idénticos efectos (porque se la hace coincidir con la entrega, *ex 573-4.1*) y resulta menos onerosa? Puede responderse que, en virtud del 573-4.2, la puesta a disposición también ha de ser evidenciada por el prestamista. Puede llegarse entonces al absurdo: el prestamista pone la suma a disposición, el prestatario no la retira (igual por un prolongado problema de clave) ¿habrá de pagar intereses por el préstamo que no disfrutó? La pregunta parece exponer que, al menos en ese punto, la construcción obligacional del préstamo (presentada en la sección) plantea más problemas de los que resuelve.

4. OBLIGACIONES DEL PRESTATARIO

El prestatario está obligado a devolver la suma recibida en el tiempo, lugar y condiciones convenidos. También ha de satisfacer el correspondiente interés. [573-3]

La dualidad de obligaciones para el prestatario se expone en la norma: devolución del *tantúmdem* y pago de los intereses. La naturaleza imprescindible de la primera se percibe en el esquema más simplificado del préstamo: si me prestan dinero, he de

devolverlo. La segunda resulta dudosa: ¿puede existir un préstamo gratuito? La respuesta negativa se detalla ulteriormente (*sub* 7). Ahora conviene insinuar: la imposición de la onerosidad para el préstamo ¿no se antoja un atentado a la libertad de pactos? Por supuesto en el préstamo mercantil: ¿nadie puede pensar en un préstamo de dinero que sea gratuito? ¿Resulta forzosa la retribución para el préstamo? O, ¿no cabe considerar un préstamo oneroso en el que el deber para el prestatario consista en una prestación distinta al interés? De nuevo la peligrosa disociación (v. arts. 1740, 1755, 1756 Cc).

El deber del prestatario de devolver la suma prestada, permite reproducir lo apuntado en la sección anterior acerca de la obligación de entrega por parte del prestamista. Aquí ha de verificarse también el deber de colaboración entre las partes.

En paralelo con el deber del prestamista de entregar la suma convenida o ponerla a disposición, se echa en falta la puesta a disposición al ordenar los deberes del prestatario. ¿No podrá satisfacer su deber de devolución mediante la puesta a disposición? En caso de respuesta negativa, ¿por qué? Si fuere positiva: ¿por qué no aclararlo en la norma?

Lo anterior conduce a la conveniencia de especificar que el deber de devolución puede realizarlo el prestatario mediante la entrega o con la puesta a disposición, salvo que alguna importante razón sea expuesta para justificar un trato diferenciado entre prestamista y prestatario ante idéntico supuesto: el deber de desembolso.

5. LA DEVOLUCIÓN DE LA SUMA PRESTADA

1. La obligación de devolución nace cuando el prestamista entrega o pone a disposición del prestatario la suma monetaria convenida, pero no será exigible hasta que llegue el plazo fijado, salvo que concurriese alguna de las circunstancias que anticipan su vencimiento.
2. Si no se hubiese establecido plazo o éste fuese indeterminado, el prestamista no podrá exigir la restitución de la suma debida sino pasados cuarenta días desde la fecha en que se hubiese requerido notarialmente de pago al deudor.
3. Podrá fragmentarse la restitución del préstamo en función de los vencimientos temporales que las partes convengan. [573-4]

Los tres párrafos merecen consideración separada, pues tratan cuestiones diversas, siempre respecto al deber devolución del prestatario: nacimiento y exigibilidad de ese deber, ausencia o indeterminación en su plazo, fragmentación para el cumplimiento.

El 573-4.1 distingue entre el nacimiento y la exigibilidad de la obligación de devolución del prestatario. El nacimiento lo vincula a la entrega o a la puesta a disposición de la suma por parte del prestamista. La exigibilidad de la devolución queda enlazada a la llegada del plazo acordado (salvo en la hipótesis de vencimiento anticipado).

Acerca del nacimiento del deber de reintegro conviene subrayar la identidad entre entrega y puesta a disposición. La ecuación: *puesta a disposición* igual a *entrega*, o viceversa, y el arranque de deberes (devolución e intereses) para el prestatario desde entonces, puede resultar excesivo. El exceso se manifiesta con la tacha en el deber de

cooperación del prestamista: estima que ya cumplió tempestiva y completamente, y se niega a una contribución adicional que engloba una enojosa superación. Entonces quizá existiría *puesta a disposición* difícil de identificar con *entrega*. Ésta no se culmina físicamente, a causa de que quien la prepara puede ser acusado de falta de solicitud (para sintetizar su obstinación, renuencia o lo que sea).

Probablemente la mejor prueba de la injusta identidad entre *puesta a disposición* y *entrega* para determinar el origen del deber de devolución del prestatario, consiste en advertir la ausencia de similitud al perfilar la forma en que el prestatario puede cumplir su deber de devolución: la *puesta a disposición* se ausenta.

La segunda frase del 573-4.1 merece reconocimiento por iluminar el carácter crediticio del préstamo que, naturalmente, ha de contar con un aplazamiento (el acordado). La exigibilidad (de la obligación de devolución) sólo existe a partir de la llegada del término convenido.

Causa algo de extrañeza que inmediatamente después se recuerde la hipotética anticipación del vencimiento, que desembocaría en una exigibilidad anterior a la esperada. ¿A qué viene la memoria en ese lugar de una cuestión general para el derecho de obligaciones y contratos? ¿Se repetirá la regla del 1129 Cc siempre? Parece que no: al menos entre los deberes del prestamista está ausente un mandato semejante al que cierra el 573-4.1. Por eso quizá fuese preferible suprimir ese aserto.

Tal es la importancia del aplazamiento en el deber de devolución por parte del prestatario de la suma prestada, que el 573-4.2 ordena una norma por si los contratantes dejan de pactar plazo para la devolución o queda indeterminado. Disposición antigua de conocido origen: cuando los intereses moratorios gozan de mejor prensa que los del aplazamiento, se entrega el objeto del préstamo y se reclama la devolución enseguida, para tener derecho a los intereses por falta de pago tempestivo. Con esa idea, entre otras, el plazo de cuarenta días se antoja reducido (aunque haya ampliado en diez al precedente): en un préstamo de esas características: sin plazo o con éste indeterminado, cuarenta días para la devolución de la totalidad del importe parece escaso (y quizá poco fundado). Parece preferible mantener el plazo en meses y abogar por seis.

El 573-4.3 ordena algo bastante insustancial: la posibilidad de que, cuando se acuerde, el prestatario pueda cumplir su deber escalonadamente en los plazos convenidos. Poco sustantivo porque: ¿cabría dudar de un acuerdo de voluntades con tal objetivo?, ¿quién podría considerar que el deber de devolución por parte del prestatario no puede sustanciarse en plazos? Rara disposición. Si su presencia se mantuviese, se impondría otra norma semejante para el deber del prestamista, por lo menos, porque en los demás contratos de crédito habría de trasladarse algo similar.

El cotejo del 573-4 y el 573-2 suscita alguna otra ausencia remarcable en cuanto al deber de devolución por parte del prestatario: lugar para el cumplimiento en caso de falta de pacto (puestos a reordenar la institución, por qué no revisar tal extremo).

6. CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN DEL PRESTATARIO

1. El prestatario habrá de devolver la misma suma monetaria nominal recibida. La devolución se hará en la especie pactada o, en defecto de pacto o en caso de imposibilidad, en la moneda de curso legal en España.
2. Si, por disposición normativa o por cualquier otra circunstancia, la moneda en que hubiera de hacerse la devolución fuese distinta de la entregada por el prestamista, la suma a restituir será la que, en el momento de dicha devolución, represente en aquella moneda el contravalor del nominal de la especie monetaria con que se hubiese entregado el préstamo, salvo que se hubiese convenido otra cosa. [573-5]

Como ocurre con su precedente, sorprende la primera frase del 573-5.1: entre los preceptos del préstamo se halla el nominalismo: un principio universal del Ordenamiento que enlaza con la soberanía monetaria del 149.1.11^a CE, compartida desde 2001 con el regulador europeo. Pues en eso, nada nuevo bajo el sol. Y puestos a reservar un lugar, el de la determinación del montante en el deber de restitución por parte del prestatario parece adecuado (al menos ahí lleva más de un siglo entre nosotros).

Quizá sea censurable la reiteración: «la misma suma monetaria nominal». Podría emplearse únicamente el último vocablo («el nominal», también en otros lugares de la sección), o el que viene siendo usado en todos los preceptos: «suma monetaria» (gracias a alguna corrección intermedia beneficiosa para el texto). Si al recién apuntado se le acompaña con «la misma» y con «nominal», se genera recargamiento. Ante la elección, parece preferible el barroquismo de «suma monetaria nominal». Posee marcado carácter didáctico (aunque entonces habría que verificar si ese espíritu aleccionador se mantiene en el texto). [Entre corchetes, al menos, habría que denunciar el ocioso «misma»].

La dicción «suma monetaria» suele conducir a la noción «deuda de suma», opuesta a «deuda de valor». La primera se somete por entero al principio nominalista, según el cual el euro (de 2002) es igual al euro (de 2015) sin reparar en cualquier alteración del poder adquisitivo. La deuda de valor, como su nombre pretende reflejar, carece de la estabilidad y seguridad de la deuda de suma, porque garantiza que el acreedor recibirá un valor idéntico al debido por el deudor, pues la obligación de éste se ciñe a reembolsar una cantidad dineraria que, en el momento de la devolución, equivalga a la que recibió, para lo que resulta determinante igualar el poder adquisitivo de ambas, con lo que la noción de poder adquisitivo, o valor, queda antepuesta a todas.

El aplauso (recortado por las censuras expuestas) a favor de la primera frase del 573-5.1, no puede ser mantenido para el resto de ese precepto ni para el 573-5.2. El motivo es sencillo: ese conjunto normativo atañe al préstamo de dinero con unidades diferentes a las de curso legal. Y el préstamo cuyo objeto consista en moneda diversa (entre nosotros) al euro, ya en la entrega por el prestamista, o en la devolución por el prestatario, o en ambas, sólo puede ser considerado un préstamo en especie, pues deja de estar concernido por el principio de soberanía monetaria (el Estado no puede tener competencia sobre otra moneda). Tampoco la seguridad jurídica está comprometida de igual modo que cuando el objeto del préstamo se fija en moneda de curso legal.

Lo anterior se verifica en la solución a la hipótesis planteada en el precepto: devolución con distinta moneda. Entonces, después de afirmar el nominalismo, protege el acuerdo de los contratantes acerca de los valores de cambio. La expresión de cierre, «salvo que se hubiere convenido otra cosa» [al nominalismo], evidencia, desde luego, una imperfección normativa: aunar el principio nominalista y su contrario.

El error deriva de la pretensión de aplicar el nominalismo con monedas sobre las que se carece de competencia normativa, por muy estables, seguras y previsibles que se las considere. El principio nominalista puede ser sustentado por un ordenamiento que también regule la moneda a la que tal principio se refiere. Si no es de ese modo, las partes dispondrán de libertad para determinar el régimen de cambio (salvo que se desee asistir a, por injustas, penosas situaciones, de las que la historia económica nos ofrece un buen muestrario, cuyo posible incremento ha de ser rigurosamente considerado).

En consecuencia, lo preferible sería dejar reducido el precepto a la primera frase del 573-5.1. El resto podría pasar (si procede) a otro lugar. Probablemente su ubicación idónea se encuentre junto al préstamo de especie del 573-12 y 573-13.

7. EL INTERÉS EN EL PRÉSTAMO

1. El interés es la retribución efectiva que ha de pagar el prestatario por la utilización del dinero prestado que en cada momento se adeude. El interés compensa, además, la eventual depreciación de la suma prestada, así como los riesgos y costes que asume el prestamista.
2. El interés puede fijarse mediante el establecimiento, o combinación, de una tasa o porcentaje cierto o variable. En este último caso habrán de establecerse claramente los parámetros para su determinación, que en todo caso habrán de ser ciertos y objetivos, sin que sobre ellos tenga capacidad de influencia, directa o indirecta, ninguna de las partes.
3. La aplicación del tipo de interés sobre la suma adeudada irá referida a periodos anuales, sin perjuicio de que en todo caso se haya de dejar constancia de su coste efectivo anual.
4. Cuando nada se hubiese pactado sobre la retribución del préstamo, se aplicará el interés legal del dinero establecido por la Autoridad competente. [573-6]

El 573-6 se dedica a cuatro aspectos del interés en el préstamo: su justificación o motivo, en el número 1; el tipo y sus modalidades, en el número 2; la referencia temporal, en el 3 y el tipo subsidiario, por último. Los números 1 y 4 son los más revolucionarios con respecto a los precedentes. Después de éstos vendrán los otros dos.

El artículo 1753 Cc ordena: «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad». Conviene recordarlo aquí para señalar la separación que introduce el 573-6.1. Pues frente a que el prestatario haga suyos los bienes prestados, noción del Cc, el Mercantil ordena el abono de intereses como «retribución por la utilización del dinero prestado». Pero si el dinero prestado es del prestatario, carece de sentido cualquier retribución (retribuir ¿a quién y por qué?). Y si el prestatario no hace suya la suma recibida, habría de devolver ésta con sus frutos, si los tuviera, pero que la ley los imponga sin que hayan existido, parecerá injusto. También será arbitraria cualquier medida para ellos.

¿Qué sentido tiene manifestar una justificación para el devengo del interés por el aplazamiento? ¿Por qué no decir, sencillamente, «interés es la retribución efectiva que

ha de pagar el prestatario»? Cuando el tema es estudiado con cierto detenimiento, resulta que la más probable justificación para el interés reside en la situación crediticia del prestamista. A ello se unen los factores del daño emergente, el lucro cesante y el peligro de la suerte que a ese crédito rodean y en cuya virtud oscila el tipo.

Pero tampoco parece preciso expresarlo en forma normativa. Porque si se hace, surgen las cuestiones. A ellas invita la segunda frase del 573-6.1 al formular otros motivos para los intereses además de «la utilización del dinero prestado»: «la eventual depreciación de la suma prestada» ... ¿pero no se acaba de afirmar el sometimiento al principio nominalista, según el cual la depreciación no cuenta? Y «los riesgos y costes que asume el prestamista». Ahí sí parece acertar en el motivo para el interés. Pero entonces la interrogación resulta que atañe al 573-6.4: ¿y si el prestamista afirma no haber sufrido riesgo o coste alguno? ¿Por qué habrá de pagar el prestatario un interés y si nada se pacta el legal?

Lo último apuntado, la imposición de un interés para la falta de pacto, significa una deficiencia de economía o técnica contractual. Se comprueba al comparar el 573-6.4 con la situación vigente. Ésta permite, ciertamente, el préstamo gratuito (que a tantos escandalizó). Pero el 573-6 tampoco impide (afortunadamente) el pacto de un interés de un céntimo por cien. Puede llegarse a ese ridículo pacto para eludir el juego del 573-6.4.

Por eso puede sentenciarse: si los contratantes desean pactar unos intereses, ellos sabrán en qué medida. Si no desean acordar interés alguno, ¿a qué imponerles un tipo que puede desembocar en tan ridículo convenio? Parece poco serio. Produce cierta grima pensar en la firma de ese contrato. Quizá resulte preferible, sencillamente, suprimir el 573-6.4: quien desee acordar un tipo de interés, ya cuidará de hacerlo. Quien no, bastará con el silencio. Así se impide ese risible convenio con un tipo de interés de 0,1 por cien (el cual puede reducirse más a base de seguir poniéndole ceros antes del uno y después de la coma) con la finalidad de eludir el obligatorio tipo del interés legal aplicable por defecto de pacto.

Si se desea que el préstamo sea retribuido siempre, dígame. Y hágase de un modo técnicamente adecuado (si bien ya se advierte cuán mal se llevan la libertad y la imposición en este punto). Habrá que empezar por renunciar a vocablos sobrantes que sólo introducen problemas de compleja solución, si llegan a tenerla. Y se ha de evitar el pronunciamiento con expresión de justificaciones dudosas ante siglos de historia (casi tantos como de humanidad) ricos en densas reflexiones.

El 573-6.2 posee el acierto de elegir el término «tasa» para aludir a un tipo de interés que acaba siendo determinado entre los extremos de una banda. Que tal rango sea ajeno a la voluntad de los contratantes, la orden del segundo párrafo del 573-6.2, ha de recibir también plácemes: concreta el principio general del 1256 Cc, acogido en el 1449 Cc para la compraventa. En efecto la libertad que rige la materia de la fijación de un tipo de interés, permite cualquier combinación, siempre que se halle fuera de los límites de la arbitrariedad. Ésta, ciertamente, se encuentra allende los linderos de lo libre.

En el 573-6.3 se ordenan un par de mandatos con un común denominador: la anualidad: tanto como referencia para el interés como para manifestar su efectivo coste. Se trata, en definitiva, de preferir los tipos de interés anuales. Y pudiendo existir varios

en el año (hasta el tipo de interés legal puede cambiar en ese tiempo), se ordena, en todo caso, que sean los doce meses la medida para averiguar el importe explícito en razón de los intereses.

8. DEVENGO Y PAGO DEL INTERÉS

El interés comienza a devengarse desde el momento en que se produce la entrega o puesta a disposición del capital al prestatario. Su pago será exigible cuando expire el plazo fijado al efecto o cuando venza, total o parcialmente, la obligación de restitución. [573-7]

En el esquema establecido para los preceptos del préstamo en el Código proyectado, el 573-7 parece lo más razonable. Pero cuando se reflexiona con alguno de los enfoques sugeridos más arriba, quizá resulte dudoso cuanto ambas frases ordenan.

Por una parte, que el interés madure a partir de la puesta a disposición, puede cuestionarse, porque la propia puesta a disposición (como fórmula equivalente a la entrega de la cantidad prestada) ha sido antes objeto de reprobación.

Por otra, sin salir de la primera frase, el devengo automático del interés desde la entrega o la puesta a disposición, arranca de estimar la producción mecánica de los intereses, ajena en su origen a la voluntad de las partes. Tampoco esa idea goza del universal consenso que una norma ha de poseer. Introduce además otros problemas. Si éstos quedan irresueltos, deslegitiman la universal y generalizada producción de intereses: ¿se descontará siempre el interés ante un pago anticipado, o el transcurso del tiempo sólo juega a favor de la producción y no en la anticipación? ¿Tendrán algún valor las cláusulas que prohíban el descuento en la hipótesis de anticipación en el desembolso? Hasta que se ofrezca una respuesta a esas preguntas, todo el esfuerzo normativo tendente a la producción de intereses por el aplazamiento, aunque no haya pacto en tal sentido, o bien será injusto, o le acompañará la sospecha de serlo.

En la segunda frase del 573-7 se disocian enteramente abono del principal y de los intereses. Al ordenar la exigibilidad del pago de los intereses en el plazo específico («fijado al efecto») siembra esa posible separación. Se advierte plenamente con la disposición por defecto: serán exigibles los intereses al vencimiento total o parcial «de la obligación de restitución». Por un lado puede ir el deber de pagar los intereses, por otro el del principal.

La reserva a tal provisión brota si se piensa en el pacto para el pago anticipado de los intereses: ¿de qué sirve, por ejemplo, el mandato para la evaluación del coste anual de los intereses (573-6.3), si cabe su abono anticipado? Se pacta un interés (normal) pero se cobra nada más iniciarse el préstamo. Con esa operación se multiplica por dos, al menos, el tipo de interés efectivo. Además, la anticipación en el pago de los intereses vulnera la justificación del interés (573-6.1), que deja de responder a «la utilización del dinero prestado», pues el interés se adeuda, pero la suma aún no se empleó. La norma no sólo no lo impide, sino que parece facultarlo sin obstáculo alguno.

Y, en realidad, carece de problema: el momento para el pago de los intereses puede ser objeto de acuerdo. Pero ese factor, para cuándo se acuerda el pago de los

intereses, ha de integrarse en el cálculo del coste total en concepto de intereses, en particular mediante la evaluación de la anticipación en el pago, cuando ésta se haya pactado. Por otra parte, si se mantiene el favor para el acuerdo sobre el pago anticipado para los intereses, se contaría con otro motivo para ignorar la justificación de los intereses asentada en la utilización del dinero prestado.

9. LA MORA Y EL INCUMPLIMIENTO DEL PRESTATARIO

1. El prestatario incurre en mora si no cumpliera cualquiera de sus obligaciones de pago en la fecha convenida, salvo que se hubiese pactado que no se produciría aquella hasta que hubiese mediado un requerimiento de pago o hasta transcurrido un plazo desde éste.
2. Si el prestatario incurriese en mora está obligado a resarcir los daños y perjuicios causados al prestamista. No obstante es válido el pacto de determinación anticipada de la indemnización por tal concepto, que podrá consistir en un porcentaje del capital, o una tasa moratoria, aplicable por una duración determinada y susceptible de adicionarse a los intereses retributivos a que se refiere el precepto anterior, o de sustituir a los mismos. En defecto de pacto, se satisfará el interés legal, si fuese superior al retributivo.
3. También puede convenirse una indemnización que corresponderá al prestamista en caso de incumplimiento, total o parcial, del prestatario y que podrá determinarse mediante una tasa del capital entregado. Esta indemnización será acumulable a las anteriores. [573-8]

Antes que otra cosa conviene recordar el apunte que se realizó acerca del desequilibrio que el 573-8 evidencia al referirse a la mora y al incumplimiento del prestatario: el prestamista ¿no puede ser moroso ni puede incumplir su deber de entrega y de puesta a disposición? Ahí aparece la primera reserva al precepto, el cual podrá ser criticado por la ausencia de equidad, de no introducirse la oportuna reparación.

Si se deja atrás lo anterior, destacando su evidente importancia, cabe centrarse en el 573-8. La materias de que se ocupan los tres números del precepto pueden agruparse en dos: la determinación de la mora para el prestatario, primero, y sus consecuencias, después.

El 573-8.1 resuelve la noción de mora con lo que me parece una imperfección gramatical y con una rareza de cuestionable coherencia. La primera es una concordancia entre los dos verbos primeros: puede tratarse de una manía del aquí firmante (igual que lo anterior y lo siguiente), pero la secuencia del presente de indicativo («incurre») para fijar la consecuencia, y del futuro de subjuntivo («cumpliera» y «hubiera») como medio de indicar el supuesto de hecho, no me suena bien (quizá porque figure sólo en ese precepto entre los de la sección), por lo que he de mencionarlo.

Más alcance posee la singularidad aludida, también porque se aleja de lo establecido en la parte general del propio Código Mercantil, donde se mantiene la regla tradicional del *dies interpellat pro homine* para los casos con fecha para la prestación (418-1.a). En el 573-8.1 ese acostumbrado efecto que sigue a la llegada del día acordado para el cumplimiento, cabe modificarlo por acuerdo de las partes: «salvo que se hubiese pactado que no se produciría aquella [la mora] hasta que hubiese mediado un requerimiento de pago o hasta transcurrido un plazo desde éste», hay que repetir, mientras viene la interrogación acerca de los motivos para la infrecuente expresión. Subráyese que se trata de un supuesto ajeno al préstamo sin fecha para la devolución,

porque en ese no cabe otra que la interpelación, debiéndose señalar al paso que para dicha hipótesis no se aclara cuándo arrancará la mora del prestatario. La construcción «salvo que» no parece admitir muchas dudas, acerca de su condición de hipótesis alternativa a la formulada en primer lugar y que deshace sus efectos.

La máxima consiste en otorgar una facultad para que los contratantes se alejen de la interpelación automática que sigue a la llegada del término acordado. Algo extraño resulta un convenio, cuando determina un momento para realizar la prestación y, a la vez, la previsión de que la morosidad (que precisamente sirve a la falta de cumplimiento tempestivo que no impide el cumplimiento ulterior) dependa de la intimación al deudor.

Una de las dificultades introducidas por esa nueva modalidad moratoria reside en su relación con el elemento de la culpabilidad en el retardo. En la mora automática se desvanece el elemento de la culpa del deudor en el retraso: el acaecimiento de éste despliega los efectos de la mora. En la solución novedosa ¿se hace desaparecer la culpa? Dicho de otro modo: se acuerda un término para el deber de devolución del prestatario, y también que la llegada del día señalado no producirá los efectos de la mora, sino que éstos se harán depender de la eventual interpelación del prestamista o de que medie un plazo desde ésta. Si se produce la interpelación a la llegada del vencimiento acordado, ¿nacerán los efectos de la mora sin que quepa atender a la existencia (o no) de la culpa en el retraso por parte del prestatario?

Tengo para mí que, en tal hipótesis acaece aquello que en la mora automática se esfuma (por imperio de la propia norma): la trascendencia del caso fortuito y del hecho inevitable, ¿podrá sancionar el juez el efecto de la mora ante la imposibilidad de la prestación (por mucha interpelación que se haya ejercitado)?

El anterior pasaje quizá requiera (desde luego para mí) una discusión más detenida, pero ha de ser abandonada, dejando remarcado lo antes señalado sin mayor comentario: la norma carece de previsión para el inicio de la morosidad en los préstamos sin término de vencimiento. Esa omisión ha de ser corregida, quizá mediante la fórmula que se emplea con carácter alternativo para el inicio de la morosidad en los contratos con día fijo de vencimiento.

Los dos números siguientes del 573-8 resuelven acerca de las consecuencias de la mora. Fijan un principio general en el 573-8.2, primera frase: el deber de abonar los daños y perjuicios irrogados al prestamista a resultas de la mora del prestatario. Esa afirmación se desgaja en cuatro frases, dos para cerrar ese número, otras dos para el siguiente. Por esa vía se afirma la ley general (indemnización de daños y perjuicios) y diferentes aplicaciones que, a modo de ejemplo, ofrecen algunas modalidades entre un universo de posibles.

Conviene destacar el acierto del enfoque: la consecuencia de la mora del prestatario consiste en la indemnización de los daños y perjuicios que origine. La cuantificación de tal merma sobre el patrimonio del acreedor insatisfecho, se ha facilitado tradicionalmente con intereses y cláusulas penales que no exigen prueba alguna ni impiden la evidencia del “*mayor daño*”. Ese principio ha de afirmarse nuevamente (de la mano de los artículos 1101 a 1108 Cc), antes de entrar en el pormenor en que los preceptos lo concretan.

Semejante orientación cabe reconocerla como una de las posibilidades hermenéuticas en la locución («[n]o obstante»), mediante la que se introduce el pacto para el acuerdo acerca del daño, y así permitir que la dicción deje de parecer superflua.

La primera posibilidad que el 573-8.2 ofrece para fijar los daños y perjuicios es un porcentaje del capital (debido, ha de entenderse): una cantidad absoluta, determinable al aplicar un tanto por ciento al montante de la deuda pendiente. Una cifra que carece de relación con la amplitud del tramo moratorio, tanto que al iniciarse éste, ya resulta adeudada. Lo expresado la aproxima a una cláusula penal para el caso de retraso en el cumplimiento de la obligación de devolución.

El segundo de los ejemplares entre las fórmulas indemnizatorias del 573-8.2, según el orden de éste, figura como alternativa a la recién aludida y se expresa (¿con incorrección?) como una «tasa moratoria». Es probable que se trate de un tipo moratorio, en cuanto se enlaza a una duración (al adjetivo *determinada* que la sigue, cabe interpretarlo también como tipos que se incrementen según los tramos de mora, quizá con aumento en los guarismos en tanto se alejen del momento previsto para el pago). La norma prevé que el acuerdo que se refiera a éstos disponga tanto su adición a los propios del aplazamiento, como que sustituya a éstos.

La frase de cierre para el 573-8.2 alberga una norma por defecto: si el préstamo careciese de acuerdo sobre la indemnización de daños y perjuicios, se aplicará el interés legal, siempre que no fuese inferior al pactado para el aplazamiento. Se trata de una idea vetusta formulada ahora con menor simplicidad (v. art. 316 Cco, primer párrafo).

El 573-8.3 añade otra posibilidad a las mencionadas: una nueva tasa y que será acumulable a las anteriores. Quizá nos hallamos ante una cláusula penal suplementaria, cuya singularidad radica en que la base para el cálculo se encuentra en la totalidad del capital recibido por el prestatario, no en el afectado por su retraso en el pago. Ese factor tiende a pensar en la fórmula del porcentaje, pero nada impide que se trate de un tipo suplementario, añadido a los que antes fueron descritos.

Las predeterminaciones contractuales para la indemnización de los daños y perjuicios, conviene advertirlo, han de cumplir con el mandato del artículo 573-6.3: el coste efectivo anual ha de ser manifiesto, de modo que resulte patente, desde luego, el importe satisfecho por el aplazamiento, pero igualmente el que corresponde a la mora del prestatario. Para evitar la reiteración de ese mandato y la duda exegética, probablemente convenga proceder a una reubicación de tal precepto.

10. EL ANATOCISMO

1. Los intereses vencidos y no pagados no devengarán nuevos intereses. No obstante, mediante pacto expreso que conste por escrito podrá convenirse que los intereses devengados y no satisfechos se acumulen al principal, de modo que la suma de ambas cifras produzca a su vez intereses.
2. La capitalización de los intereses sólo podrá hacerse anualmente, o por periodos superiores de tiempo. Si se hubiere pactado un plazo más breve para la devolución del principal, o se tratase de préstamos a interés variable cuyos intereses se calcularan y devengaran por periodos pactados contractualmente, la capitalización se hará coincidiendo con el plazo más breve entre

el previsto para la devolución del principal o con el cierre de cada uno de los periodos de intereses que resulten impagados

3. Interpuesta una demanda, no procederá la acumulación del interés al capital para exigir nuevos réditos.

4. En todo caso, la validez del pacto de anatocismo, requiere que se deje constancia en el contrato del coste efectivo anual del interés a pagar, según las previsiones contractuales. [573-9]

El artículo 573-9.1 comienza con la prohibición del anatocismo: los intereses adeudados y no satisfechos no pueden generar intereses. Éstos sólo se reconocen al principal. Pero el resto de ese primer número y los tres siguientes giran entorno al pacto de anatocismo: su finalidad y el modo de realizarlo, el esquema temporal al que ha de sujetarse, la imposibilidad de combinar demanda y anatocismo, para acabar con la previsión general acerca de la necesidad de distinguir el coste efectivo derivado del interés.

En su esquema principal el precepto modifica poco el precedente (artículos 317 y 319 del Cco), en tanto que el Derecho vigente permite la capitalización de los intereses y prohíbe el anatocismo a partir del inicio del pleito. La ventaja del 573-9 deriva de su riqueza técnica: precisa cómo ha de ser el pacto, qué ha de respetar.

En el 573-9.1 se determina cuáles son los intereses considerados por el pacto de anatocismo y las características de tal convenio. El anatocismo sólo cuenta para los intereses que habiéndose debido pagar, no lo fueron. Da igual su naturaleza retributiva o moratoria. Ambos se añaden al principal para generar nuevos intereses.

Tras esa declaración de libertad se marcan restricciones. La exigencia de pacto por escrito figura la primera (con saludable reiteración: «expreso por escrito»). En el 573-9.2 constan los límites para dicho convenio. Se ciñen al tiempo requerido para la capitalización de los intereses: queda concretado en la anualidad, con carácter mínimo, pudiéndose acordar un tiempo superior. La contemplación de préstamos con vencimiento inferior al año o con intereses variables, conducen al legislador a sustituir la exigencia de anualidad para la capitalización. Entonces opta por el menor plazo entre el otorgado para la devolución del préstamo, y el acordado para la vigencia del tramo de interés variable no satisfecho que sea más reducido.

La complejidad en que pueden devenir los pactos de anatocismo para préstamos con aplazamiento inferior al año, o para aquéllos con intereses variables por trimestres, por ejemplo, entre otras hipótesis, determina que convenga señalar enseguida el contenido del 573-9.4. Éste acomoda una regla semejante a la que obra en el 573-6.3, cuya síntesis podría ser: cualquier pacto ha de ser presentado en forma que facilite su coste anual efectivo. Y tal presentación constituye un requisito para la validez del pacto de anatocismo.

Habría que aludir al contenido del 573-9.3 mediante el cual todo el tiempo del proceso sobre el préstamo queda fuera del anatocismo (lo cual, lógicamente, no impide que, en ciertos casos, las leyes de enjuiciamiento ordenen la producción de intereses sobre el importe de las decisiones judiciales que sean objeto de recurso). Este número quizá sería más idóneo que cualquier otro para cerrar el precepto, no sólo porque se refiere a algo diferente a los otros tres, sino porque éstos despliegan la materia del pacto de intereses, ajena en cierto modo al lapso considerado en el 573-9.3.

11. PRÉSTAMO PARTICIPATIVO

1. Por convenio expreso de las partes podrá establecerse que la retribución del prestamista consista, en todo o en parte, en un porcentaje del beneficio que obtenga el prestatario en la actividad para la que se destinen los fondos prestados, o de su volumen de negocio, o en un margen del aumento de valor que experimente el patrimonio de éste, en un determinado plazo. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.
2. Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos.
3. En el caso de que el prestatario sea una compañía mercantil cuyo tipo social limite la responsabilidad de sus socios, los capitales que reciba a título de préstamo participativo con carácter subordinado, postergando su rango al de los demás acreedores, presentes o futuros, tendrán la consideración de patrimonio neto de la entidad prestataria a los efectos de distribución de beneficios, de la reducción obligatoria del capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas. El pago de su retribución se antepondrá al cobro de los dividendos, de cualquier clase, que pudieren corresponder a sus socios.
4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, los préstamos participativos tendrán la calificación de crédito ordinario para el supuesto de que el prestatario fuere declarado en concurso de acreedores, cuando así se hubiese pactado expresamente por las partes en el préstamo participativo en el momento de su otorgamiento. [573-10]

Por primera vez acompaña el préstamo participativo a las disposiciones generales sobre préstamo, donde siempre hubo de encontrarse. Pero el Cco carecía de previsión para especialidad tan novedosa. El precepto es ordenado con cuatro números que se dedican, sucesivamente, a precisar la noción del préstamo participativo, el primero, a ordenar la hipótesis de amortización anticipada, el segundo, y los dos últimos a encajar la institución en hipótesis más problemáticas, el concurso del prestatario entre ellas.

La noción conserva en su totalidad los rasgos del precedente, si bien aumenta el catálogo para la participación. El 573-10.1, en efecto, ordena el pacto expreso para que se dé lugar a un préstamo participativo. El contenido de tal pacto reside, entre otros aspectos de la operación (ha de integrar, por ejemplo, buena parte de los previstos para el préstamo), en la clarificación de la retribución para el prestamista: un porcentaje (una participación) en las actividades empresariales del prestatario más, eventualmente, un tipo de interés fijo.

La participación del prestamista se puede medir también mediante la evolución general de las actividades empresariales del prestatario: su volumen de negocio, el incremento general en el valor de sus activos (pero nada impide una combinación de los anteriores que albergue también al tradicional: los resultados de la actividad a que se dedique el importe del préstamo recibido). Ese carácter abierto, natural en la retribución para el prestamista y que tanto contribuye al atractivo de esta especialidad de préstamo, podría quedar más patente en el 573-10.1, pues en la dicción actual cabe dudar si la facultad introducida por el «podrá establecerse» inicial, cabe referirla tanto a la existencia del préstamo participativo como a las modalidades en su retribución.

Ninguna objeción merece la cláusula de cierre en ese número que permite la adición de un fijo en intereses ajeno a la marcha de los negocios para el prestatario.

El 573-10.2 comprende una previsión defensora, tanto para los planes del prestamista al concebir la operación, como para los de los demás acreedores del prestatario: permite la inserción de una cláusula penal para la anticipación en el reembolso. El caso en que no se despliega esa hipotética sanción (ampliación en el patrimonio neto del prestatario con importe igual al del préstamo devuelto antes del vencimiento), así como el excluido en igual contexto (que ese incremento sea extraño a una actualización de activos), da razón para la cláusula penal: se desea impedir que el prestatario, con el argumento de una reducción en sus cargas, desmejore la composición de su patrimonio.

Tal carácter de estable y duradera contribución patrimonial para el prestatario que la institución posee, su orientación a servir de instrumento para la refinanciación, justifica igualmente la orden del 573-10.3: la posibilidad de que el préstamo participativo sea concebido (desde su origen o con posterioridad: no se impide esta posibilidad, aunque también podría aclararse) como subordinado (en la calificación concursal de los créditos). Entonces quedará contablemente integrado en el patrimonio neto del empresario (que sea una sociedad con responsabilidad limitada para sus socios) a los efectos de: la distribución de beneficio, la reducción imperativa del capital social y la disolución por pérdidas. Lo anterior no quita el deber de retribuir al prestamista antes de repartir dividendo alguno.

La modalidad recién mencionada constituye una de las alternativas. La otra consiste en que el crédito derivado del préstamo participativo posea la calificación concursal de crédito ordinario (573-10.4). Para ello se requiere pacto expreso y, aquí sí, necesariamente desde el momento de la escritura.

12. USURA

1. Podrán pactarse los intereses del préstamo sin limitación alguna, siempre que, atendidas las circunstancias de mercado y el riesgo que asume el prestamista, el préstamo no resulte usurario.
2. En todo caso se reputará usurario el préstamo en que se declare recibida mayor cantidad que la efectivamente entregada. [573-11]

La entradilla del 573-11 quizá podría ser más explícita. La usura constituye el límite absoluto para los intereses. Pero hay otras fronteras: subjetivas, desde luego, tanto activas como pasivas: en el sentido de no estar dispuesto a proponer o a aceptar una determinada operación. Pero también existen términos objetivos: los que alude, sin ir más lejos, el 573-11.1: el estado del mercado en que se trabaja y el, así denominado por los clásicos, *periculum sortis*, el peligro de la suerte, las posibilidades de infortunio en la operación. Pero todo ello y lo que falte, conduce a la usura como exclusivo confín para el pacto de intereses. Lo demás (las aludidas y otras) conforman las circunstancias para evaluar la distancia a la que un pacto se halla de la usura (ya dentro de ese terreno o aún sin llegar a él). De hecho la norma sólo ofrece indicios para la calificación del pacto como usurario, pero no habla de *límites al pacto de intereses*. La primera

propuesta, consecuentemente, consiste en cambiar la entradilla, de modo que diga, sencillamente, *usura*.

La segunda, antes de cualquier otra cosa, consiste en advertir que el Código Mercantil sólo emplea el término *usura* en el 573-11. Esto invoca una cuestión: ¿cuál será la consecuencia de la calificación? ¿Va a dejarse vigente la Ley de 23 de mayo de 1908, la famosa Ley Azcárate? Parece lo más normal. Por un lado, no aparece registrada en la disposición derogatoria del Código Mercantil. Por otro, la usura no es algo exclusivo del préstamo, tampoco del mercantil. La pregunta, no obstante, tiene su motivo en el propio 573-11, que toma algunos elementos de esa Ley (y deja otros fuera). Con la Ley Azcárate vigente bastará un 573-11 bastante más breve.

El 573-11 viene dividido en dos epígrafes diferentes. El primero acoge los polos de la materia: el de libertad para el pacto de intereses y el de prohibición de la usura. El número dos da entrada a un supuesto absoluto de usura.

La libertad de pacto para los intereses responde a la derogación del precepto contrario del Cco 1829, gracias a la Ley de 14 de marzo de 1856. Ésta acabó siendo recibida en el 315 Cco. Desde entonces regula el ámbito de libertad que registra la primera frase del 573-11.1. Ese campo conoce su extremo (donde la libertad se transforma en instrumento de daño a terceros) mediante la Ley de represión de la usura.

El 573-11-1 exhibe los dos extremos del eje retributivo del préstamo: libertad de pactos para los intereses y usura. Pero introduce un par de circunstancias que llevan de un extremo al otro. Esa dualidad puede ser adjetivada, desde la perspectiva la Ley de usura, como incompleta y cambiante.

Frente a la Ley de usura, las «circunstancias del mercado» y «el riesgo del prestamista» agrupan un conjunto incompleto, pues falta la referencia al, así llamado, préstamo de necesidad. También cambiantes: introduce, por una parte, la novedad del *riesgo del prestamista* como elemento para el análisis: trueque poco atinado, salvo que la dicción sea interpretada como *riesgo de la operación*. Pero en tal caso habría de preferirse esa segunda expresión (y otra cuestión al paso: ¿quién hará el escrutinio al riesgo del prestamista?). Otra sustitución es la de las circunstancias *del caso* por las *del mercado*, cuyo parangón arroja a favor de la dicción de la Ley de usura, una mirada más atenta al prestatario, que es lo que se pretende.

Bastaría (con palabras del 573-11.1) lo siguiente: «Podrán pactarse los intereses del préstamo sin limitación alguna, siempre que [...] el préstamo no resulte usurario». Así se reenviaría la calificación como usurario a la Ley específica. La vigencia de ésta deja sin sentido el pasaje suprimido [y si se piensa en su derogación, se impone la exigencia de completar esas menciones].

El 573-11.2 alberga el supuesto de hecho del segundo párrafo del artículo 1 de la Ley Azcárate. Eso sí, ligeramente mermado. La nueva reiteración (de los mandatos de la Ley de represión de la usura en el Código Mercantil) siembra la duda acerca de la pretensión del legislador sobre las vigencias.

Por ello debe acentuarse, por un lado, la pervivencia de la Ley de 1908 y, por otro, la reducción del 573-11 a la frase entrecomillada en el párrafo anterior, porque el 573-11.2 también puede suprimirse (pues lo que expresa está dicho mejor en la Ley de represión de la usura).

13. APUNTE CONCLUSIVO

El objetivo inicial parece haber sido cumplido: las secciones precedentes logran mirar cada uno de los preceptos de la Sección 1ª, del préstamo de dinero, en el capítulo III, del contrato de préstamo mercantil, correspondiente al Título VII, de los contratos financieros, del Libro Quinto, de los contratos mercantiles en particular, en el Anteproyecto de Código Mercantil.

La tarea se destina a homenajear al Profesor Illescas. Confío que pueda disfrutar con ella (y ya dirá si tiene alguna indicación,).

En cuanto al repaso de los preceptos de la sección, me viene la idea de un conocido libro: cualquiera puede derribar muros de un edificio, mientras que construir requiere maestros. Casi veo el ejercicio como un intento de derribo. Por eso he de regresar al símil naviero: el casco, la obra viva de ese conjunto de disposiciones presenta carencias. Habían de ser denunciadas. Es cuanto se ha pretendido.

La singladura del Anteproyecto aún ha de cubrir importantes tramos. Continúa bastante abierta en el sentido de poco determinada. Igual que en los seriales, habrá que permanecer atentos a los siguientes capítulos.

LAS NORMAS SOBRE EL CONTRATO DEL SEGURO COMO LEY GENERAL IMPERATIVA: LÍMITES Y EXCEPCIONES, EN PARTICULAR, LA REFERIDA A LOS SEGUROS DE GRANDES RIESGOS. UNA APROXIMACIÓN AL ART. 581-2 DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

MARÍA JOSÉ MORILLAS JARILLO*

Resumen

La aplicación del Título VIII del Libro Cuarto del Anteproyecto de Código Mercantil gravita sobre las reglas que contiene el art. 581-2, que configura la regulación del contrato de seguro como ley general y como ley supletoria. El mismo precepto dispone, a la vez, la naturaleza imperativa de este régimen legal, aunque no de forma absoluta o sin fisuras, sino sometida al límite de la admisión de cláusulas más beneficiosas para el asegurado, y con excepciones, ya puntuales, como la previsión legal de posibles pactos en contrario en ciertos preceptos, ya absolutas, en el caso del reaseguro y los contratos de seguros de grandes riesgos. Constituyen estos últimos una realidad presente de forma transversal en el Derecho de seguros, español y europeo, a la que el Anteproyecto presta muy escasa atención, por lo que deja sin resolver los problemas de interpretación que se han suscitado en la práctica y sobre los que se han pronunciado en diversas ocasiones los Tribunales.

Contenido

1. Introducción. – 2. La naturaleza de las normas sobre el contrato de seguro del Anteproyecto de Código Mercantil. – 2.1. La regulación del contrato de seguro como ley general y como ley supletoria. – 2.2. El juego de la supletoriedad en el interior del propio Título VIII del Anteproyecto de Código Mercantil. – 2.3. El Título VIII del Libro Cuarto del Anteproyecto de Código Mercantil como la ley aplicable al contrato de seguro. – 3. La imperatividad de la regulación sobre el contrato de seguro. Sus excepciones y límites. – 3.1. Las disposiciones sobre contrato de seguro del Anteproyecto de Código Mercantil como normas imperativas – 3.2. Las excepciones y los límites a la imperatividad. – 3.2.1. La admisión expresa de pactos o de la posibilidad de decisión unilateral. – 3.2.2. El límite del beneficio del asegurado. – 3.2.3. La excepción de los contratos de seguro de grandes riesgos. – 3.2.3.1. Su formulación. El “concepto” de seguro de grandes riesgos. – 3.2.3.2. Consecuencias de la calificación de un contrato de seguro como gran riesgo. – 3.2.4. La excepción del contrato de reaseguro.

* Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid.

1. INTRODUCCIÓN

El Anteproyecto de Código Mercantil (ACM) mantiene en gran medida la estructura y sistemática de la vigente LCS. El Título VIII de su Libro Cuarto se articula en cuatro capítulos que llevan por rúbrica “Disposiciones generales”, “De los seguros contra daños”, “Del seguro de personas” y al que, es la novedad, se añade un Capítulo IV, “De la mediación en la contratación de seguros”.

Según la Exposición de Motivos del ACM (VI-112), el Título VIII se ocupa “del régimen jurídico de los contratos de seguro y de mediación en seguros, ambos de naturaleza inequívocamente mercantil, con el fin de evitar la dispersión normativa vigente de dos contratos mercantiles que, por su naturaleza, está (*rectius*, están) íntimamente vinculados; eso sí, tratando en esta sede únicamente los aspectos jurídico-privados, distinguiéndolos claramente de las normas de ordenación y supervisión de carácter administrativo”.

Contrasta la insistencia en la naturaleza mercantil del contrato de seguro (que desde siempre hemos tenido clara, por su condición de contrato de empresa) con el olvido del prelegislador de que, en el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre (LOSSP) y en su Reglamento de desarrollo, el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre (ROSSP), se contienen también normas de Derecho privado, algunas de las cuales no se ha considerado oportuno traspasar a este texto, como ocurre con el especial régimen de nulidad con el que se sanciona la celebración de contratos de seguro realizados con entidades no autorizadas de forma debida, que se contiene en el art. 4 LOSSP¹; las indicaciones sobre la información precontractual -ley aplicable, autoridad de supervisión y procedimientos de reclamación extrajudicial- que se encuentran actualmente en los arts. 60.1 LOSSP y 104 ROSSP y que sí integraba en su articulado la Propuesta de Código Mercantil de 2013 [art. 591-8.2, a) e i)]; o la referencia al boletín de adhesión en los seguros colectivos de vida al que alude la legislación vigente, concretamente los arts. 106 y 107 ROSSP, y cuyo empleo junto con la póliza impone el art. 76.4 ROSSP. Ninguna de esas tres materias puede considerarse, desde luego, normas de ordenación de carácter administrativo, sino que son, bien al contrario, puras normas de Derecho privado que deberían tener su sitio el Código Mercantil. Sí que se incardina en él (art. 581-5.3 ACM) una materia que se contempla en la actualidad en el art. 76.2 ROSSP, la referencia a las copias y duplicados de la póliza: en ambos preceptos, vigente y proyectado, se establece la obligación del asegurador de expedirlas “en caso de extravío de la póliza”, sin que, sin embargo, y es criticable, se haya contemplado en el ACM de forma más amplia y flexible el derecho a obtenerlos, puesto que en otros casos (destrucción y sustracción) pueden estar igualmente justificadas la solicitud del tomador o, en su defecto, del asegurado o beneficiario, y la correlativa obligación del asegurador.

¹ Esta regulación se mantiene en los arts. 117 del Anteproyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados de 22 de diciembre de 2010 y 97.1 de la versión de la Junta Consultiva de Seguros y Fondos de Pensiones de 8 de mayo de 2012.

2. LA NATURALEZA DE LAS NORMAS SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

2.1. La regulación del contrato de seguro como ley general y como ley supletoria

Dentro del Capítulo I, el art. 581-2 ACM se ocupa de regular el “régimen aplicable a las distintas modalidades del contrato de seguro” y dispone que las disposiciones del Título VIII se “aplicarán a las distintas modalidades de contrato de seguro, en defecto de ley especial que les resulte aplicable”.

No hay modificación alguna respecto del contenido del actual art. 2 LCS, en su primera frase: “Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley (...)”.

Lo dispuesto en el Título VIII ACM será de aplicación, en defecto de Ley especial (mantiene el ACM la mayúscula)², a los contratos que se califiquen como de seguro (los definidos en el art. 581-1 ACM), en todas sus modalidades³, y en todos los ámbitos de aseguramiento. No habría estado de más una específica referencia al carácter supletorio de la regulación sobre seguro (terrestre) del ACM respecto de los seguros marítimo y aéreo, regulado el segundo de ellos de forma tan precaria en la actualidad, cuestión que, después de unos inicios titubeantes y contradictorios, sobre todo en cuanto a la aplicación al seguro marítimo de los intereses de demora del art. 20 LCS, clarifica la jurisprudencia, concretamente la STS (Sala de lo Civil, Pleno) 12 enero 2009 (RJ 2009, 1743) que, en su loable labor de aclaración del régimen de fuentes de los seguros marítimos, aplica la LCS con preferencia sobre los principios generales de Derecho marítimo⁴.

En este sentido que indicamos se pronuncia el art. 406.1 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, que establece la sujeción a dicha Ley de los

² Por lo tanto, debe seguir interpretándose como ley en sentido formal, como disposición con ese rango, como propugnaba SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 2”, en VV.AA., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), 4ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 76 y 77. Ello no obstante, como veremos, de forma novedosa, el propio ACM invoca en el art. 582-46.2 la aplicación preferente de las disposiciones específicas reguladoras de los seguros obligatorios (sin precisar el rango de éstas) y determina en este caso la subsidiariedad del ACM.

³ En el sentido de clases o tipos de seguros, como bien indicaba SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 2”, op. cit., pp. 72-76.

⁴ Sobre esta Sentencia, de la que destaca la ventaja que supone desde el punto de vista de la seguridad jurídica, por la falta de consenso sobre la existencia y contenido de estos pretendidos principios, MARTÍN OSANTE, J. M., “Seguros marítimos: cuestiones de actualidad”, en VV.AA., *El régimen jurídico de los seguros terrestres y marítimos y su reforma legislativa*, GIRGADO PERANDONES, P. (dir.), Comares, Granada, 2012, pp. 160-164. Por el contrario, se muestran partidarios de agotar con carácter previo las posibilidades de autointegración antes de recurrir a la LCS, GABALDÓN GARCÍA, J. L. y RUIZ SOROA, J. M., *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, p. 796. En general, sobre la aplicabilidad de la LCS al seguro marítimo, RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *Los seguros marítimos y aéreos*, en *Tratado de Derecho Mercantil*, OLIVENCIA, M., FERNÁNDEZ NOVOA, C. y JIMÉNEZ DE PARGA, R. (dirs.), vol. 5, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 40-46. En particular, de las líneas jurisprudenciales en torno a la aplicación del art. 20 LCS al seguro marítimo, trató RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., “La aplicabilidad de los intereses moratorios del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro al Seguro Marítimo”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XI, 1994, pp. 403-425.

contratos de seguro que tienen por objeto indemnizar los daños producidos por los riesgos propios de la navegación marítima y que aclara que, en lo no previsto en ella, será de aplicación la LCS. Por su parte, el apartado 2 añade: “Los seguros obligatorios de embarcaciones dedicadas al deporte o recreo se regirán por lo dispuesto en la Ley de Contrato de Seguro, sin que valga pacto en contrario”. Olvida la Ley de Navegación Marítima en este apartado que el seguro obligatorio de embarcaciones deportivas y de recreo cuenta con una regulación especial propia: el art. 254 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (antiguo art. 78 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante), desarrollado por el Real Decreto 607/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria para embarcaciones de recreo o deportivas. Precisamente, la Disposición Adicional Única de este Real Decreto establece que el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria, “se regirá, además de por las disposiciones de este Reglamento: a) Por las disposiciones de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. b) Por lo preceptuado en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro”. De tal manera que la aplicación de la LCS (y del futuro Título VIII del Código Mercantil que la reemplazará) a esta modalidad, el seguro de responsabilidad civil para embarcaciones de recreo o deportivas, no es directa sino, de nuevo, supletoria. También es objeto de regulación especial el seguro obligatorio de responsabilidad civil de propietarios de buques, contenida, nuevamente, en el art. 254 del Texto Refundido de la Ley de Puertos y en el Real Decreto 1616/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula el seguro de los propietarios de los buques civiles para reclamaciones de Derecho marítimo⁵.

En relación con ambos (y el resto de los obligatorios, entre los que destaca el seguro de responsabilidad civil automovilística) hay que tener en cuenta que, de forma expresa, establece el art. 582-46.2 ACM que las “disposiciones específicas establecidas, en su caso, respecto a la regulación de cada seguro obligatorio, prevalecerán sobre lo dispuesto en este Código que se aplicará con carácter subsidiario”.

De la misma forma, las modalidades de seguros terrestres –no obligatorios- que cuentan con una regulación legal especial (seguro agrario, seguro de crédito a la exportación, etc.) también se regirán de forma supletoria por lo establecido en el Título VIII ACM.

Entre las contenidas en la Propuesta de Bases para la Reforma de la Ley de Contrato de Seguro de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, de febrero 2008, figuraba incluir tras el texto de la Ley, en las disposiciones finales, una tabla de las disposiciones estatales reguladoras de los contratos de seguro específicos que se declarasen expresamente en vigor, iniciativa que no prosperó ni fue recogida en los textos prelegislativos posteriores.

Lo mismo que hemos señalado sobre las modalidades de seguros cabe decir de los especiales tipos de contratación: la contratación de seguros a distancia (telefónica,

⁵ Sobre este seguro, MARTÍN OSANTE, “Seguros marítimos: cuestiones de actualidad”, op. cit., pp. 142-156.

electrónica) se regirá por sus específicas normas (en particular, por la Ley 22/2007, de 11 de julio, de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros, cuya aplicación preferente invoca el art. 581-6.4 ACM) y por el Capítulo I del Título II del Libro Cuarto del ACM, arts. 421-1 a 421-13, que se ocupa de la contratación electrónica, en defecto de las cuales regirá el Título VIII ACM.

El ACM sigue la línea del art. 2 de la Propuesta de Bases para la Reforma de la Ley de Contrato de Seguro de 2008. Por el contrario, tanto el Borrador de Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de los Ministerios de Justicia y de Economía y Hacienda, de junio 2010, como el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de los Ministerios de Justicia y de Economía y Hacienda, de 8 de abril de 2011, regulaban además otros aspectos relacionados con la aplicación de la ley contrato de seguro. Así, el art. 2.4 de ambos textos se ocupaba de la relación entre la ley de contrato de seguro y las normas de defensa de los consumidores y usuarios, para establecer la aplicación supletoria de la legislación de consumidores “en lo no expresamente regulado en esta ley o en la normativa de supervisión de seguros privados” a los contratos de seguro en los que el tomador o asegurado tuvieran la condición de consumidor o usuario. Esta específica referencia, adecuada en el marco de una ley especial como era la proyectada, resultaría superflua, al existir en el ACM una norma general a este respecto, la contenida en el art. 001-3.2, que establece que, cuando en los actos y contratos mercantiles intervenga un consumidor, “la aplicación de las normas de este Código se hará sin perjuicio de la legislación protectora de los consumidores”.

En relación con lo anterior, sin embargo, hay que llamar la atención acerca de la diferente redacción de la norma sobre aplicación de la legislación de consumo en el Borrador de Anteproyecto de 2010 y en el Anteproyecto de 2011 en relación con la del art. 001-3.2 ACM: mientras que en los dos primeros textos la aplicación de la legislación protectora de los consumidores era meramente supletoria, el ACM, aunque no es completamente claro, da a entender con la expresión “sin perjuicio de”, que las normas del Código Mercantil no pueden reducir el nivel de protección o interferir en la aplicación de las normas de defensa de los consumidores.

Esta tajante afirmación de principio choca, sin embargo, con una disposición, presente en la vigente LCS y que se perpetúa, aunque algo modificada, en el ACM. El art. 581-8.3 ACM establece: “Si el contenido de la póliza difiere de la proposición de seguro o de las cláusulas acordadas, el tomador del seguro podrá reclamar al asegurador en el plazo de un mes a contar desde la entrega de la póliza para que subsane la divergencia existente. Realizada la reclamación, en el caso de que el asegurador no subsane la divergencia existente, será de aplicación lo establecido en la proposición. Si la reclamación no se efectuase en el plazo señalado, se estará a lo dispuesto en la póliza. Lo establecido en este párrafo se insertará en toda póliza de seguro”. Continúa en buena medida este precepto con el régimen del art. 8 de la vigente LCS y con lo previsto en los textos prelegislativos de reforma (art. 8 de la Propuesta de Bases de 2008; art. 10.3 del Borrador de Anteproyecto de 2010; art. 10.3 del Anteproyecto de 2011; art. 591-8.3 PCM de 2013). La reflexión que cabe realizar al respecto no tiene que ver, por lo tanto, exclusivamente con el ACM, sino con la consideración de que dicha regulación es más perjudicial para tomador y asegurado

que el régimen del art. 61.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (LGDCU), heredero del art. 8 de la Ley de consumidores de 1984, que establece la integración del contrato celebrado con consumidores y usuarios con el contenido de la oferta del empresario y no somete a plazo la facultad del consumidor de invocar el contenido de la oferta en lo que le fuere más favorable que el contrato celebrado. No hay que olvidar tampoco que, como dispone el art. 59.2, párrafo 2º, LGDCU, la regulación sectorial de los contratos con los consumidores, en todo caso, debe respetar el nivel mínimo de protección dispensado en esa Ley. Más tuitiva y adecuada para la necesaria protección de tomador y asegurado, que normalmente se aperciben de la discrepancia en el momento del siniestro, cuando ya puede haber transcurrido con creces el plazo legal, nos parece el art. 2:502 de los Principios del Derecho Europeo de Contrato de Seguro (PDECS), porque obliga al asegurador a resaltar la divergencia y supedita su vigencia y efecto a la falta de rechazo por el tomador en el plazo de un mes, que aquí sí tiene sentido, puesto que previamente se ha alertado al tomador, por medio de su resalte (que se impone de forma expresa que ha de ser “con letra negrita”), sobre la existencia de diferencias, el contenido de éstas y su derecho a rechazarlas.

2.2. El juego de la supletoriedad en el interior del propio Título VIII del Anteproyecto de Código Mercantil

Ni el ACM ni los textos prelegislativos anteriores se ocupan de una cuestión relacionada con la aplicación de las disposiciones, concretamente del problema de la vigencia las disposiciones generales sobre contrato de seguro respecto de las concretas clases de contratos, esto es, de la aplicación del Capítulo I a los seguros de daños y a los de personas, regulados, respectivamente, en los Capítulos II y III. Tanto en la vigente LCS como en el ACM, los seguros de enfermedad (de enfermedad y asistencia sanitaria, en la LCS) se remiten a la regulación de los de accidentes (art. 583-29 ACM; art. 106 LCS) y en la sección sobre seguros de accidentes se declara la aplicación a éstos de determinados artículos sobre los seguros de vida (art. 583-23.2 ACM; art. 100 LCS). Además, en ciertos preceptos de la LCS hay una específica remisión a las disposiciones generales de la Ley, con excepciones también expresas (del art. 89 a las disposiciones generales de la LCS, algo que reproduce el art. 583-12 ACM; del art. 95, al art. 15 LCS, lo que reitera el art. 583-18.1 ACM).

En la actualidad, sólo mediante la analogía con la propiedad transitiva se puede deducir la aplicación al seguro de enfermedad de las disposiciones sobre seguros de vida y se plantean dudas interpretativas sobre la vigencia de alguna norma ubicada en las disposiciones generales de la Ley al seguro de vida. Nos referimos a la posibilidad de reducción proporcional de la prestación del asegurador en caso de incorrecta declaración del riesgo previa a la contratación del seguro de vida pero realizada sin dolo ni culpa grave, esto es, a la aplicación de la previsión general del art. 10, párr. 3º, LCS que admite dicha reducción en ausencia de dolo, cuestión sobre la que se han pronunciado en diversos sentidos, incluso contrapuestos, los Tribunales. Para la STS

(Sala de lo Civil) 30 septiembre 1996 (RJ 1996, 6822), la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 11 junio 2007 (RJ 2007, 3651), la SAP Castellón (Sección 3ª) 11 marzo 2008 (AC 2008, 1639), la SAP Barcelona (Sección 17ª) 14 septiembre 2009 (JUR 2010, 47160), la SAP Asturias (Sección 4ª) 6 noviembre 2009 (AC 2010, 604) y la SAP Barcelona (Sección 4ª) 21 mayo 2013 (JUR 2013, 266089), el artículo 89 LCS, cuando se refiere a la facultad del asegurador de impugnar el contrato, no solamente engloba en su literalidad la facultad de rescindir el contrato a que se refiere el art. 10 LCS, sino también la de reducir proporcionalmente la prestación, ya que por impugnación del contrato debe entenderse no solamente el ejercicio de aquellas facultades encaminadas a dejarlo sin efecto mediante el ejercicio de acciones de nulidad o de rescisión, sino también aquellas que tienen por objeto reducir las prestaciones previstas en el mismo, es decir, aquellas mediante las cuales se persigue dejarlo parcialmente sin efecto en virtud de causas que abren el camino a su nulidad o rescisión parcial; pero, transcurrido el año, sólo es posible la reducción proporcional en caso de haber mediado dolo o culpa grave en la ocultación por parte del tomador del seguro, por lo que estas resoluciones no consideran aplicable en sus términos el art. 10, párrafo 3º LCS, que no supedita la reducción proporcional a la actuación dolosa del tomador, porque en los supuestos enjuiciados no se apreció dolo en su conducta. Por el contrario, a pesar de que no hubo dolo, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 12 abril 2004 (RJ 2004, 2612) aplicó directamente la reducción proporcional del art. 10, párrafo 3º, LCS. Duda ésta que no despeja el art. 583-12 ACM.

Mención aparte en este punto del juego interno de la supletoriedad merece la exclusión expresa de la aplicación del régimen general del seguro de defensa jurídica a la cobertura de esta necesidad en el seno de otros contratos, que encontramos en el art. 582-49 AMC, ya sea de forma absoluta (respecto de la defensa jurídica realizada por el asegurador de la responsabilidad civil y la defensa jurídica que tenga por objeto litigios o riesgos que surjan o tengan relación con el uso de buques o embarcaciones marítimas), ya sea supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos (defensa jurídica realizada por el asegurador de la asistencia en viaje).

2.3. El Título VIII del Libro Cuarto del Anteproyecto de Código Mercantil como la ley aplicable al contrato de seguro

No hay en el ACM referencia a la materia regulada en el art. 3 del Borrador de Anteproyecto de 2010 y del Anteproyecto de 2011, que identificaba a la ley de contrato de seguro española como la ley aplicable “sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, de conformidad con lo establecido en las normas de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”.

La determinación de cuándo se aplica la ley española (no sólo el futuro CM, también las leyes de seguros españolas especiales) se efectúa, desde el 17 de diciembre de 2009, por el Reglamento Roma I, el Reglamento (CE) nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que contiene las normas de conflicto, esto es, las reglas para determinar la ley aplicable al contrato de seguro. Hay que tener en cuenta que, conforme al art. 178 de

la Directiva Solvencia II (Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio), los Estados miembros que no estén sujetos a él “aplicarán las disposiciones de ese Reglamento al objeto de determinar la legislación aplicable a los contratos de seguro comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 7 de dicho Reglamento”.

Cuando la aplicable sea la ley española, las disposiciones del Título VIII ACM podrán regir, ya sea con carácter imperativo, ya sea con carácter dispositivo (en el caso de los grandes riesgos, el coaseguro comunitario y el reaseguro, como veremos), de forma directa o de forma supletoria (según sea o no aplicable alguna regulación especial de seguro a la modalidad concernida).

Pero cabe que las partes, en uso de su libertad de elección (absoluta o relativa, según los casos) de la ley aplicable, desdeñen la ley española, supuesto en el que ni ésta ni, en consecuencia, el ACM se aplicarán ni con carácter imperativo, ni dispositivo, salvo en lo relativo a las leyes o disposiciones de policía (vid. 9 Reglamento Roma I), a la regulación de los seguros obligatorios y a las disposiciones destinadas a proteger el interés general (vid. el art. 7.4 Reglamento Roma I y los arts. 179 y 180 Directiva Solvencia II).

Como veremos más adelante, la libertad de elección de la ley aplicable para los seguros de grandes riesgos es independiente de que el riesgo se localice o no en un Estado miembro (art. 7.1 Reglamento Roma I). Para los restantes (los riesgos de masa), siempre que el riesgo cubierto esté localizado en el territorio de un Estado miembro, la libertad de elección está limitada a las leyes especificadas en el art. 7.3 Reglamento Roma I, aunque éste admite la posibilidad, en algunos supuestos, de que los Estados concedan una mayor libertad de elección a las partes, apartado que se completa con una cláusula de cierre, la aplicación de la ley del Estado miembro en el que se localice el riesgo en el momento de la celebración del contrato; si el riesgo de masa no está localizado en el territorio de un Estado miembro, el contrato de seguro no se rige por el art. 7 (como de forma expresa manifiesta el apartado 1, que añade que este artículo tampoco se aplica a los contratos de reaseguro), sino que se regula por las reglas generales del Reglamento Roma I, las de los arts. 3 y 4 y, en su caso, el 6^o.

Algunas breves referencias más a esta cuestión –cuyo análisis excede el propósito y los límites de nuestro trabajo- efectuaremos al tratar de las consecuencias que conlleva la calificación del contrato como de seguro de gran riesgo (epígrafe 3.2.3.2).

⁶ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *Los litigios en materia de seguros en la Unión Europea. Cuestiones de Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2014, pp. 156-190 y 203-216.

3. LA IMPERATIVIDAD DE LA REGULACIÓN SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO. SUS EXCEPCIONES Y LÍMITES

3.1. Las disposiciones sobre contrato de seguro del Anteproyecto de Código Mercantil como normas imperativas

No hay cambios en la concepción de la regulación legal del contrato de seguro como semiimperativa, ni en la literalidad del art. 581-2, b) ACM, que reproduce el art. 2 de la vigente LCS, al establecer que las disposiciones del Título VIII tendrán carácter imperativo.

Esta imperatividad es tradicional en el seguro español, desde los inicios del pasado siglo, como mecanismo de protección del asegurado, considerado parte débil del contrato, en sentido técnico-económico⁷. Pero es una excepción a la regla general sobre el carácter dispositivo de las normas del ACM en materia de contratos mercantiles, que expresa en estos términos la Exposición de Motivos (I-37): “En cualquier caso es importante considerar que la regulación contenida en materia contractual en el Código tiene como regla general una eficacia dispositiva, de manera que son normas imperativas solamente aquellas en que expresamente se imponga la imperatividad”, lo que se refleja en la redacción del art. 411-1: “Las normas que regulan los contratos, excepto las relativas a su noción y su mercantilidad, tienen carácter dispositivo salvo que en ellas se establezca otra cosa, y en consecuencia se aplicarán salvo pacto en contrario entre las partes”. Imperatividad que, además de en el contrato de seguro, el ACM establece en otras materias de obligaciones y contratos, concretamente, en los plazos fijados para el ejercicio de las acciones procedentes de las obligaciones mercantiles (art. 711-1) y en la regulación del contrato de agencia (art. 542-3-1).

La imperatividad del régimen legal del contrato de seguro no es, desde luego, una característica absoluta (de ahí que sea más acertado hablar de semiimperatividad o imperatividad relativa), pues las excepciones que formula y las limitaciones que establece el mismo art. 581-2 determinan que, en ciertas materias, la regulación no sea imperativa, como veremos en el siguiente epígrafe. De esta forma, si, en general en materia de contratos, en caso de que no exista pacto entre las partes, se aplica el ACM como legislación dispositiva que es, en el contrato de seguro, en ciertas materias, si hay pacto, no se aplica el ACM.

3.2. Las excepciones y los límites a la imperatividad

El ACM perpetúa la matización de la regla de la imperatividad de la LCS, merced a las excepciones y límites a la misma que contempla y que operan de forma autónoma. Quiere esto decir que, para que se aplique la admisibilidad del pacto en contrario, no es necesario que ese pacto contenga una disposición más beneficiosa para el asegurado que

⁷ SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 2”, op. cit., p. 86; SÁNCHEZ CALERO, F., “Sobre la imperatividad de la Ley del Contrato de Seguro”, en VV.AA., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, Cívitas, Madrid, 1996, p. 2990.

la norma legal imperativa; tampoco, en lo que a los grandes riesgos respecta, es obligatorio que el régimen que pacten las partes sea más benévolo para el tomador o el asegurado que el configurado legalmente como dispositivo⁸; por último, la admisión de cláusulas más beneficiosas para el asegurado no descansa en un expreso reconocimiento de la admisión de pacto en contrario.

Veamos cada uno de estos límites o excepciones por separado.

3.2.1. La admisión expresa de pactos o de la posibilidad de decisión unilateral

Los preceptos del ACM sobre contrato de seguro tienen carácter imperativo, “a no ser que en ellos se disponga otra cosa”, señala el art. 581-2, b).

Es ésta la primera excepción a la regla de la imperatividad, de la que hay diversos grupos de ejemplos en el Título VIII ACM.

En primer lugar, hay preceptos que admiten la posibilidad de pactar en contra de lo en ellos dispuesto: el art. 581-4.2 (“Salvo pacto en contrario, el contrato de seguro no cubre los siniestros derivados de conflictos armados ni los que sean calificados como catástrofe o calamidad nacional”); el art. 581-7.3 (“Si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo pacto en contrario y sin perjuicio de aquellos deberes que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado”); el art. 582-2.2 (“Para la determinación del daño se atenderá, salvo pacto en contrario, al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior al acaecimiento del siniestro”); el art. 582-8 (“Cuando en dos o más contratos estipulados por el mismo tomador con distintos aseguradores se cubran los efectos que un mismo riesgo puede producir sobre el mismo interés y durante idéntico período de tiempo el tomador del seguro o el asegurado deberán, salvo pacto en contrario, comunicar a cada asegurador los demás seguros que estipule”); el art. 582-9.1 (“Cuando mediante uno o varios contratos de seguro, referente al mismo interés, riesgo y tiempo, se produce un reparto de cuotas determinadas entre varios aseguradores, previo acuerdo entre ellos y el tomador, cada asegurador está obligado, salvo pacto en contrario, al pago de la indemnización solamente en proporción a la cuota respectiva”); el art. 582-9.2 (“El asegurador que actúe como abridor del coaseguro estará legitimado, salvo pacto en contrario, tanto activa como pasivamente, judicial y extrajudicialmente, para la gestión del contrato y para adoptar cualquier decisión frente al asegurado en orden al siniestro y su liquidación, así como para efectuar las reclamaciones contra terceros responsables del daño o hacer frente a la de los terceros perjudicados en los seguros de responsabilidad civil, sin que tal actuación suponga solidaridad alguna entre los

⁸ En este sentido, TIRADO SUÁREZ, F. J., “Acotaciones a la reforma de la Ley del Contrato de Seguro en la perspectiva del Derecho Comunitario”, en VV.AA., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, p. 1090. Por esta razón, SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 43”, en VV.AA., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), 4ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 976 y 977, como la autonomía de la voluntad es amplia en este caso, pueden establecerse en materia de derecho de subrogación modificaciones de su régimen que sean más perjudiciales para el asegurado.

coaseguradores”); el art. 582-10.1 (“Salvo pacto en contrario, en caso de transmisión del objeto asegurado, el adquirente se subroga en el momento de la enajenación en los derechos y obligaciones que correspondían en el contrato de seguro al anterior titular”); el art. 582-26 (en el seguro contra el robo, salvo pacto en contrario, el asegurador no estará obligado a reparar los efectos del siniestro que se haya producido por cualquiera de las causas que enumera el precepto); el art. 582-32-1 (salvo pacto expreso en contrario, la cobertura del seguro “comprenderá el depósito transitorio de las mercancías y la inmovilización del vehículo o su cambio durante el viaje cuando se deban a incidencias propias del transporte asegurado y no hayan sido causados por algunos de los acontecimientos excluidos del seguro”); art. 582-36 (en el seguro de lucro cesante, “En defecto de pacto expreso, el asegurador deberá indemnizar...”); art. 583-16 (“Salvo pacto en contrario, el riesgo de suicidio del asegurado quedará cubierto a partir del transcurso de un año del momento de la conclusión del contrato”). Por contra, insiste en la nulidad del pacto en contrario, es decir, reitera la absoluta imperatividad de la norma, el art. 581-23, que atribuye la competencia al Juez del domicilio del asegurado, obligatoriedad de cumplimiento que, como veremos, no afecta a los seguros de grandes riesgos, al coaseguro comunitario, ni al reaseguro.

Otros preceptos del ACM conceden a las partes la posibilidad de pactar en un determinado sentido: en el seguro de transportes terrestres “cuando se pacte expresamente, el seguro puede extenderse a los riesgos que afecten a las mercancías desde que salen del almacén o domicilio del cargador para su entrega al transportista hasta que entran para su entrega en el domicilio o almacén del destinatario” (art. 582-31.2); retrotraer los efectos del seguro al momento en que se presentó la solicitud o se formuló la proposición (art. 581-6.3); establecer el procedimiento de determinación del asegurado (art. 581-7.2); acordar las condiciones del pago de la prima (art. 581-13) y la forma de la reparación del daño (art. 581-17.3); pactar la prórroga del contrato (art. 581-21.1), la determinación del valor del interés (art. 582-4), la adecuación de la suma al valor del interés (art. 582-5), la exclusión de la aplicación de la regla proporcional (art. 582-6.2) o la facultad de abandono (arts. 582-27 y 582-34); determinar cuándo el crédito asegurado resulta incobrable (art. 582-41.1); pactar la asunción por el asegurador de la responsabilidad civil de la dirección jurídica del asegurado (art. 582-45.2), las prestaciones en los seguros de supervivencia (art. 583-21), los derechos de reducción, anticipo y rescate en los seguros de supervivencia y en los seguros temporales para caso de muerte (art. 583-21.4), la cobertura de los gastos de asistencia sanitaria en el seguro de accidentes (art. 583-26) o la forma de la prestación del asegurador en el seguro de enfermedad (art. 583-28).

En ciertas materias, incluso se otorga la capacidad a una sola de ellas: el tomador es quien elige la lengua de redacción del contrato (art. 581-8.1) y puede reclamar la subsanación de las divergencias entre la proposición del seguro y la póliza (art. 581-8.3); cada una de las partes puede pedir la reducción de la suma y la prima en caso de sobreseguro (art. 582-7) y oponerse a la prórroga del contrato (art. 581-21.2), salvo en los seguros de decesos y dependencia, en los que sólo puede hacer esto último el tomador (arts. 583-30.5 y 583-31.3); será necesaria la autorización expresa del asegurado para resolver el contrato de seguro de caución por causas distintas al mero

transcurso del plazo de duración establecido (art. 582-39.2).

En bloque, se elimina la imperatividad de todo el Título VIII ACM, esto es, se niega por completo (lo que no quiere decir que sus preceptos no se apliquen, aunque sea supletoriamente), respecto de ciertas clases y modalidades de seguros, como veremos en los epígrafes 3.2.3 y 3.2.4.

3.2.2. El límite del beneficio del asegurado

La declaración de que serán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, presente en la letra b) del art. 581-2 ACM, como lo está en el art. 2 LCS, constituye la segunda excepción a la regla de la imperatividad. Ejemplos de ello encontramos dentro del propio ACM: en el art. 582-44.2, que establece que son válidas las cláusulas que amplíen los plazos legales de extensión temporal de la cobertura el asegurador de la responsabilidad civil; y en el art. 583-12, que permite fijar en la póliza un término más breve que el marcado en él para la impugnación por el asegurador del contrato de seguro de personas en caso de reticencia o inexactitud del tomador en la declaración del riesgo.

Esta limitación, en virtud de la cual la norma legal imperativa cede en pro de la cláusula más beneficiosa para el asegurado, no es absoluta, pues tiene, valga la redundancia, sus limitaciones, aunque siguen sin estar mencionadas en el ACM, sustentadas en las normas que configuran el contrato como de seguro (la onerosidad o el interés, por ejemplo) o en las de orden público (así, la inasegurabilidad del dolo)⁹.

Por asegurado hay que entender aquí, en sentido amplio, el sujeto que ejerza sus derechos frente al asegurador: puede ser el asegurado, el tomador, el beneficiario o el tercero perjudicado¹⁰.

3.2.3. La excepción de los contratos de seguro de grandes riesgos

3.2.3.1. Su formulación. El “concepto” de seguro de grandes riesgos

La letra c) del art. 581-2 ACM expresa la tercera excepción a la regla de la imperatividad, pues establece que los preceptos del Título VIII “(T)endrán carácter dispositivo respecto de los contratos de seguro de grandes riesgos (...). A estos efectos, se considerarán contratos de seguro de grandes riesgos los así calificados por la normativa especial aplicable”.

Con esta disposición se pone fin al defecto de sistemática de la vigente LCS, que, en la adaptación del Derecho español al Derecho comunitario, disemina a lo largo de cuatro preceptos la regulación de esta materia, pues, junto al art. 2, hay que leer el art. 44, párr. 2º, el art. 79 y el art. 107 para tener la completa visión del verdadero alcance de la imperatividad de esta Ley.

⁹ SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 2”, op. cit., pp. 94, 95 y 103; IDEM, “Artículo 43”, op. cit., pp. 977; IDEM, “Sobre la imperatividad de la Ley del Contrato de Seguro”, op. cit., pp. 2297, 2298, 3003 y 3004.

¹⁰ Así lo entiende SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 2”, op. cit., pp. 91 y 92; IDEM, “Sobre la imperatividad de la Ley del Contrato de Seguro”, op. cit., p. 2295.

Ello no obstante, lo criticable del art. 581-2, c) ACM –continuador del 2.3 del Borrador de Anteproyecto de 2010, del art. 2.3 del Anteproyecto de 2011 y del art. 591-2 PCM- es, en este punto de los seguros de grandes riesgos (*large risks*), la tautología en la que incurre, en la falta de definición, que suple con la remisión tan críptica que efectúa “a la normativa especial aplicable” en una cuestión de tanta envergadura, sin que se alcance a entender por qué, pues, aunque se hayan eliminado los preceptos de Derecho internacional privado del Título IV de la LCS, entre los que se encuadra hoy el art. 107.2 que enumera los grandes riesgos, bien podía haberse conservado el listado de seguros que se consideran tales y haber incluido dicha relación en el mismo art. 581-2 ACM.

Para encontrar la lista (y mucho menos, el concepto) tampoco sirve el art. 7.2 Reglamento Roma I que, en lugar de proporcionar un concepto de grandes riesgos o el detalle de los mismos, efectúa una nueva remisión, esta vez al art. 5, d) de la Primera Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida y a su ejercicio¹¹. De momento, por tanto, es en la Directiva 73/239 donde, por fin, encontramos la respuesta, aunque, cuando entre en vigor la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio) (Solvencia II), la definición de los grandes riesgos pasará a estar contenida en su art. 13.27).

De acuerdo con el art. 5, d) de la Directiva 73/239, el art. 13.27) de la Directiva 2009/138, y el art. 107.2 LCS:

“Se consideran grandes riesgos los siguientes:

a) Los de vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales, mercancías transportadas (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados), la responsabilidad civil en vehículos aéreos (comprendida la responsabilidad del transportista) y la responsabilidad civil de vehículos marítimos, lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad civil del transportista).

b) Los de crédito y de caución cuando el tomador ejerza a título profesional una

¹¹ La letra d) del art. 5 y la categoría que contiene fue introducida en la Primera Directiva 73/239 por el art. 5 de la Segunda Directiva 88/357/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1988, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE; art. 5, d) reformado luego por el art. 2 de la Directiva 90/618/CEE del Consejo de 8 de noviembre de 1990 que modifica, en particular por lo que se refiere al seguro de responsabilidad civil resultante de la circulación de vehículos automóviles, las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE y, finalmente en este punto, por el art. 27 de la Tercera Directiva 92/49/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE. Las Directivas Primera, Segunda y Tercera sobre seguro directo distinto del seguro de vida, integradas en Solvencia I (la 73/239/, la 88/357 y la 92/49) están llamadas a ser derogadas por la Directiva Solvencia II (Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio), afectada últimamente por la Directiva 2013/58/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, que modifica la Directiva Solvencia II por lo que se refiere a sus fechas de transposición y aplicación, así como a la fecha de derogación de las Directivas Solvencia I, que retrasa al 1 de enero de 2016.

actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad.

c) Los de vehículos terrestres (no ferroviarios), incendio y elementos naturales, otros daños a los bienes, responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista), responsabilidad civil en general, y pérdidas pecuniarias diversas, siempre que el tomador supere los límites de, al menos, dos de los tres criterios siguientes:

- Total del balance: 6.200.000 euros.
- Importe neto del volumen de negocios: 12.800.000 euros.
- Número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados.

Si el tomador del seguro formara parte de un conjunto de empresas cuyo balance consolidado se establezca con arreglo a lo dispuesto en los arts. 42 a 49 CCom., los criterios mencionados anteriormente se aplicarán sobre la base del balance consolidado”.

Las Directivas 73/239 y 2009/138 añaden una posibilidad que no fue acogida por el legislador español: “Los Estados miembros podrán añadir a la categoría mencionada en el párrafo primero, letra c), los riesgos asegurados por asociaciones profesionales, empresas en participación o agrupaciones temporales”.

A ello hay que añadir que, de acuerdo con el art. 33, a).2 LCS, las aseguradoras “que participen en España en una operación de coaseguro comunitario en calidad de abridoras, así como sus actividades como tales coaseguradoras, se regirán por las disposiciones aplicables al contrato de seguro por grandes riesgos”. Esta norma no tiene su trasunto en el ACM, porque se deslocaliza y está llamada a ubicarse en la legislación de ordenación: concretamente, la incluyen en idénticos términos el art. 131.1 del Anteproyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados de 2010 y el art. 110.1 de la versión de la Junta Consultiva de Seguros y Fondos de Pensiones de 8 de mayo de 2012.

Se trata, como se deduce del antes transcrito listado, de modalidades de seguros de daños, aunque desapareció del art. 44, párrafo 2º, LCS la referencia a esta categoría concreta (“seguros contra daños por grandes riesgos”, decía este párrafo, tal y como fue redactado por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, de adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida y actualización de la legislación de seguros privados, que lo incorporó a la LCS) tras la reforma del precepto por el punto 4 de la Disp. Adic. 6ª Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; supresión que mantiene el art. 581-2, c) ACM. No ha considerado el legislador comunitario conveniente incluir en esta categoría los seguros de vida ni el resto de los que, en las normas españolas reguladoras del contrato (LCS, ACM), se encuadran en los seguros de personas (accidentes y enfermedad).

Si la remisión por un Reglamento comunitario a lo dispuesto en una Directiva no es extraña, sí lo es la remisión implícita de una norma nacional [el futuro art. 581-2, c) del Código Mercantil] a una Directiva comunitaria: las Directivas han de ser transpuestas al Ordenamiento interno, no basta con una remisión a su contenido, máxime cuando ésta no es ni siquiera directa.

Es en la legislación de supervisión española en la que parece que estará contenida la enumeración, si prospera el actual Anteproyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados de 22 de diciembre de 2010, concretamente en su art. 8, en línea con lo que estableció años atrás el art. 52 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado, artículo que fue añadido a esa Ley, de nuevo, por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre. La Exposición de Motivos de la Ley 21/1990 señalaba que “(L)a normativa de control ha de introducir igualmente las especialidades propias de los llamados «grandes riesgos», y que justifican los períodos transitorios que a España se reconocen en la Directiva 88/357/CEE. Este tipo de riesgos se sitúa bajo un control administrativo que en algunos aspectos, y por imperativo de dicha norma comunitaria, queda flexibilizado en atención al especial carácter de los tomadores”.

Esta ubicación es algo propugnado también por un sector de la doctrina, partidario de encuadrar esta definición en la legislación de ordenación, no en la legislación del contrato¹². Sin embargo, hay que llamar la atención sobre el hecho de que la versión de este Anteproyecto de Ley de Supervisión de 8 de mayo de 2012, tal y como ha sido revisado por la Junta Consultiva de Seguros y Fondos de Pensiones, omite, acertadamente a nuestro juicio, la definición de este concepto. Por lo que, se mantenerse en estos términos, el reformado Derecho español de seguros presentará una importante laguna y dejará de incorporar y transponer una importante norma del Derecho europeo de seguros. En nuestra opinión, la referencia a los grandes riesgos debe estar en la legislación del contrato, por las importantes consecuencias que tal calificación tiene desde el punto de vista del Derecho privado, al haber desaparecido, además, como veremos, buena parte de las especialidades puramente de índole administrativa y, por consiguiente, de Derecho público.

La enumeración de los grandes riesgos, de procedencia europea, como hemos recordado, es una lista cerrada, *numerus clausus*, que no puede ser ampliada por voluntad de las partes. Por esta razón, nada añade al contrato que éste se “autoproclame” seguro de gran riesgo si no se corresponde con los de esa categoría. Ello no obstante, se recomienda la especificación de tal naturaleza para los en ella incluidos¹³, sobre todo la acreditación del cumplimiento de los requisitos establecidos en las letras b) -condición profesional del tomador e idéntica finalidad del seguro concertado- y c) -parámetros económicos del tomador- para evitar interpretaciones como la que efectúa la SAP Madrid (Sección 12ª) 8 julio 2009 (AC 2010, 635), que, en

¹² SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 44”, en VV.AA., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), 4ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 984; BLANCO-MORALES LIMONES, P. y CARBONELL PUIG, J., *La actividad aseguradora en el espacio económico europeo. Aspectos teóricos y prácticos*, Colex, Madrid, 2002, p. 170. Sin mayor precisión, se refiere simplemente a la “posibilidad de eliminar de la LCS los Grandes Riesgos” MAYOR CIVIT, J. M., “La reforma de la Ley del Contrato de Seguro. Una visión general”, en VV.AA., *El régimen jurídico de los seguros terrestres y marítimos y su reforma legislativa*, GIRGADO PERANDONES, P. (dir.), Comares, Granada, 2012, pp. 13 y 15.

¹³ SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 44”, op. cit., pp. 1005 y 1006; GIRGADO PERANDONES, P., “Límites a la autonomía privada en los seguros de grandes riesgos, con especial atención a los seguros de transporte terrestre”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., EMBID IRUJO, J. M. y LEÓN SANZ, F. J. (editores), *Liber amicorum Prof. José María Gondra Romero*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2012, p. 285.

relación con un contrato de seguro de responsabilidad civil profesional celebrado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, actuando la Junta como tomadora del seguro por cuenta de los notarios en activo y demás personas referidas en la póliza, señala que “lo que no explica el actor es, en concreto, porqué debe deducirse de dicha documentación que la tomadora ofrece un balance que supere los 6.200.000 euros, o que el importe neto del volumen de negocios de la tomadora es de más de 12.800.000 €, ya que de tal documentación a la que alude la actora no se desprende con claridad, a juicio de esta Sala, la concurrencia de tales requisitos, únicamente se desprende que el número de notarios en activo ascendía a 1978 en fecha que por lo demás no queda muy clara, pero que parece deducirse se refiere al tres de junio del año 1992 (...), debiendo concurrir, tal y como establece el artículo 107.2 de la Ley de Contrato de Seguro al menos dos de los tres criterios indicados”; por lo que concluye que “no consta debidamente acreditado que se trate de un seguro de grandes riesgos”. No está de más insistir en este punto en que el legislador español no ha acogido en el art. 107 LCS la posibilidad de ampliación del elenco de los grandes riesgos que admite el legislador europeo, cuando permite a los Estados miembros añadir a la tercera categoría “los riesgos asegurados por asociaciones profesionales, «joint ventures» y asociaciones de carácter temporal”, supuesto en el que cabría incluir este caso del seguro concertado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales que, en consecuencia, y con independencia de que los notarios asegurados reuniesen en conjunto las cuantías exigidas, creemos que no era calificable como seguro de gran riesgo.

Además, resulta necesario determinar en el contrato el alcance de la exclusión de la aplicación de la LCS o del futuro Título VIII del Código Mercantil, porque, según acabamos de señalar, ésta puede ser total o parcial; a lo que hemos de añadir que, como ya hemos recordado, que no se aplique con carácter imperativo la LCS no quiere decir no pueda serlo como norma dispositiva, y para impedirlo es necesario que el contrato contenga una regulación propia de la materia, o que excluya esa aplicación de forma expresa o invocando otra ley (ejercitando la libertad de elección de la ley aplicable que caracteriza a estos seguros). De nuevo, la SAP Madrid (Sección 12ª) 8 julio 2009 (AC 2010, 635) trata de esta cuestión cuando manifiesta: “aún partiendo a efectos meramente dialécticos de que nos hallásemos ante una póliza de cobertura de grandes riesgos, no existe una clara exclusión de la aplicación de la Ley de Contrato de Seguro con carácter imperativo, al contrario, se desprende la sumisión a ésta, ya que en las propias Condiciones Generales no se indica que se trate de una póliza sujeta a la normativa propia de los seguros de grandes riesgos, únicamente se señala que se trata de un contrato que por tiene por objeto la cobertura de profesionales que ejercen una función pública, que por su singularidad tiene "dentro del marco legal de la Ley de Contrato de Seguro, un contenido pactado entre las partes" por lo que le serán de aplicación únicamente las denominadas condiciones generales específicas, sin perjuicio de su aplicación, en su caso, de las normas de la Ley de Contrato de Seguro (...), es decir, no se alude a que se trate de una póliza que tenga por objeto la cobertura de grandes riesgos, sino una serie de singularidades derivadas de la profesión notarial, y además se indica que el contrato tiene, "dentro del marco legal de la Ley de Contrato de Seguro, un

contenido pactado entre las partes", con lo cual, pese a que a continuación se indique que se aplica únicamente lo pactado por las partes, sin perjuicio de la aplicación en su caso lo dispuesto por la Ley de Contrato de Seguro, es obvio que previamente se ha sometido a la Ley de Contrato de Seguro, dentro de cuyo marco legal se indica que se concierta el contrato y se establecen los correspondientes pactos, por lo cual ni tan siquiera existe una exclusión expresa de la aplicación con carácter imperativo de las normas de la Ley de Contrato de Seguro, por el contrario se indica que el contrato se concierta dentro del marco legal de dicha Ley, y es que en definitiva lo que se establece es la aplicación de la normativa propia de todo contrato de seguro que no cubra grandes riesgos, ya que en todo contrato de seguro, los pactos, realizados dentro del ámbito de dicha Ley, son los que regulan las relaciones entre las partes, sin perjuicio de aplicar, en su caso, lo establecido por la Ley de Contrato de Seguro. Por tanto, si bien el artículo 44 de la Ley de Contrato de Seguro excluye la aplicación del artículo 2 de dicha Ley, nada impide que las partes acuerden no aplicarlo, y del contenido de la póliza que queda reseñado cabe cuando menos dudar que se haya pretendido someter el contrato a lo pactado, en los términos propios de un contrato que no tenga por objeto la cobertura de grandes riesgos, dicho sea, como se indicaba, a mayor abundamiento y partiendo a efectos dialécticos de que se trate de una póliza de cobertura de grandes riesgos". En el caso que está en la base de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 3 junio 2008 (RJ 2008, 4171), en relación con un seguro de crédito calificado expresamente por la sentencia como seguro de grandes riesgos "pues en él, el tomador-asegurado ejerce a título profesional una actividad industrial y comercial y el riesgo precisamente se refiere a dicha actividad", se condenó al asegurador al pago del interés de demora del art. 20 LCS, cuya aplicación, por lo que parece, no había sido excluida por las partes.

Nada impide tampoco, aunque puede no ser habitual, que las partes del contrato eliminen en la póliza de forma expresa la consideración de gran riesgo del seguro pactado, aunque por la clase a la que pertenece estuviera comprendido en dicha categoría.

El encuadramiento de algunos de los riesgos en este listado suscita críticas y, también, la falta de referencia en él a otros, con lo que, como se suele decir, "ni son todos los que están, ni están todos lo que son". Críticas dirigidas al legislador europeo, claro está.

Siguiendo el orden del listado legal, la letra a) menciona los "vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales", y la responsabilidad civil a ellos relativa¹⁴. Nos llama la atención la falta de referencia a los vehículos espaciales o la responsabilidad civil a ellos ligada, vehículos espaciales que no se identifican ni se pueden confundir con los aéreos¹⁵, pero que constituyen un

¹⁴ Como señalamos en MORILLAS JARILLO, M. J., "Seguros y responsabilidad civil en la navegación aérea", en VV.AA, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, Volumen II, Universidad de Valladolid-Caja Duero, Valladolid, 1998, p. 1501, no todos los seguros aéreos pueden ser considerados grandes riesgos: sólo los referidos a la aeronave (seguro de cascos), a las mercancías (incluida la carga, los equipajes y cualquier otro bien) y a la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, mientras que queda fuera de esta categoría el seguro de accidentes de los pasajeros.

¹⁵ En nuestro trabajo MORILLAS JARILLO, M. J., "Capítulo 17. Los sujetos, los objetos y las actividades espaciales", en MORILLAS JARILLO, M. J., PETIT LAVALL, M. V. y GUERRERO

ámbito de riesgo análogo a, o más genuino si cabe que, el contemplado en esta primera categoría de los calificados como “grandes”.

También dentro de esta primera letra, la expresión “vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales” permite una interpretación muy amplia, omnicomprendiva de todo tipo de aeronaves y embarcaciones, no sólo en lo relativo al seguro de daños propios (seguro de cascos), sino también a la responsabilidad civil ligada a la utilización o manejo de estos vehículos, de cualquier tipo, incluidos los de recreo y deportivos, lo que nos parece, a todas luces, excesivo, porque nada tienen que ver ni el contrato, ni las partes en estos casos y en los restantes¹⁶. Tanto es así, que el preámbulo del Real Decreto 607/1999, que regula el seguro de responsabilidad civil de embarcaciones, manifiesta: “Atendiendo al principio de seguridad jurídica, y habida cuenta de la variada tipología de buques que pudieran, «a priori», incluirse dentro de la categoría «de recreo o deportivas», se hace preciso delimitar el alcance material de la norma, a la luz de los artículos 75 y 107 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro”. Embarcaciones que el art. 2 del Real Decreto define como “los objetos flotantes

LEBRÓN, M. J., *Derecho aéreo y del espacio*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014, p. 1011, propugnamos su consideración como gran riesgo.

¹⁶ Aunque no se refieren a la cuestión de los grandes riesgos, vid. las críticas a la aplicación de las normas sobre el seguro marítimo a este tipo de embarcaciones, que formulan MESTRE, A., “El seguro de embarcaciones deportivas y de recreo”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XIX, 2002, p. 259 y PULIDO BEGINES, J. L., *Instituciones de Derecho de la Navegación Marítima*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 693-695, sustentadas por ambos autores en el carácter dispositivo de las normas del Cdc sobre seguro marítimo y en la condición de consumidor del asegurado. Los Tribunales han aplicado en diversas ocasiones la LCS a seguros de daños de embarcaciones de recreo. La STS (Sala de lo Civil) 2 diciembre 1997 (RJ 1997, 8773), señala: “no obstante, las reglas propias del seguro marítimo que se respetan, hay que entender que los preceptos de la Ley 8 octubre 1980 tienen aplicación supletoria para otras modalidades de seguro, a tenor de lo que dispone el artículo 2.º de la precitada Ley; máxime en cuanto a preceptos de orden general del «título primero», que como el «tercero» conforman la atmósfera en que la relación contractual debe desenvolverse, cuando están en juego los intereses del asegurado en cuanto consumidor que interviene en contrato de adhesión, o aquellos otros que vienen a suplir una laguna normativa”. Para la Sala, la cláusula 19 de las del «Institute Yacht Clauses», en la que se amparaba la aseguradora para rechazar el siniestro de la embarcación, porque la reputaba carente de mecanismo extintor automático, es “evidentemente limitativa de los derechos del asegurado, no ha sido suscrita separada y destacadamente como ha venido exigiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo al abrigo de la interpretación del artículo 3.º de la Ley de Contrato de Seguro, doctrina que no hay razón para no entender de aplicación al supuesto del seguro marítimo, en la medida que responde a exigencias de protección del asegurado que suscribe contrato de adhesión”; a lo que se añade que la aplicación de la misma exigía una comprobación que no era posible a causa del incendio sufrido por el yate. La SAP La Coruña (Sección 5ª) 21 mayo 2003 (JUR 2003, 237291) declara la inaplicación de las disposiciones del Cdc sobre seguro marítimo sobre la base de la definición de buque (embarcaciones que puedan destinarse a servicios de industria o comercio marítimo o fluvial), cualidad que “no es propia de una embarcación de recreo, cual es el interés asegurado en el contrato que nos ocupa, de donde se infiere que no le resultan de aplicación las normas del Código de Comercio destinadas al seguro marítimo (...) referidas siempre al buque (artículos 738.4º, 740, etc.) pues es evidente que una embarcación de recreo no se destina a tal comercio marítimo y por eso la póliza precisa que las normas aplicables son la Ley de Contrato de Seguro y cualquier otra disposición posterior que la modifique o complemente”. Por su parte, la STS (Sala de lo Civil) 18 diciembre 1998 (RJ 1998, 9560) considera que el seguro del yate de autos se rige por el Cdc, pero le aplica supletoriamente la LCS, sobre la base de la cual sentencia que el simple retraso de cinco días en la comunicación del siniestro a la aseguradora no puede llevar aparejada, sin más, la trascendental consecuencia de la pérdida del asegurado de la indemnización a que tiene derecho, sino solamente puede dar origen a que la aseguradora reclame al asegurado los daños y perjuicios que se le hayan podido ocasionar con dicho retraso y debe ser interpretada de modo restrictivo la cláusula o condición general que así lo establezca, dado el carácter abusivo y desproporcionado de la misma, por aplicación del entonces vigente art. 10, c). 3.º LGDCU de 1984.

destinados a la navegación de recreo y deportiva propulsados a motor, incluidas las motos náuticas, así como aquellos que carezcan de motor y tengan una eslora superior a seis metros”. La referencia al art. 75 LCS es para delimitar el tipo de vehículos al que se refiere el deber de contratación de la póliza de responsabilidad civil; la mención del art. 107 no aclara si se relaciona con esta misma cuestión y, por lo tanto alude a su apartado 1, letra b), que es el que determina la aplicación de la ley española cuando el contrato se concluya en cumplimiento de una obligación de asegurarse impuesta por la ley española, o piensa también en el apartado 2, y está referida, por tanto, a la consideración de este seguro como gran riesgo. La inclusión de esta categoría de naves en la calificación de gran riesgo es la premisa de la que parte la SAP Madrid (Sección 25ª) 4 abril 2001 (JUR 2001, 187069).

De nuevo en la letra a) del listado de los grandes riesgos, es criticable la referencia genérica al seguro de mercancías, desconectado de los criterios indicadores de la dimensión económica que se contienen para los seguros comprendidos en la letra c), y al margen también de la cualificación o finalidad profesional que caracteriza a los de la letra b), pues lleva a calificar como gran riesgo cualquier seguro de este tipo, incluso con sumas aseguradas y primas ínfimas o referido al transporte de bienes de particulares (pensemos en una mudanza), y ello porque el Ramo 7, señalan la Directiva 73/239 en su Anexo y la Directiva Solvencia II en su Anexo I, se titula así: “Mercancías transportadas (comprendidas las mercancías, equipajes y demás bienes)”.

Por lo que a la letra b) respecta, en cuanto a los seguros de crédito y caución, se señala con acierto que el requisito de que sea empresario o profesional el tomador del seguro no es adecuado, puesto en relación con la posibilidad de su contratación por cuenta ajena¹⁷. Y se plantea si la obligatoriedad del aseguramiento comporta la aplicación de la LCS a estos seguros¹⁸. Aunque sobre esta cuestión volveremos luego, conviene señalar ahora que no comparte este parecer respecto a un seguro de afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta de la construcción de viviendas la SAP Madrid (Sección 14ª) 22 febrero 2013 (JUR 2013, 173778), que, sin entrar en la consideración de su carácter obligatorio, rechaza la aplicación del art. 20 LCS, “al tratarse de un contrato de seguro por grandes riesgos”, y aplica la regulación contractual diversa de los intereses de demora, como veremos.

También en la letra b), la mención del seguro de crédito requiere una precisión, puesto que no todos los seguros de este tipo quedan amparados en la consideración de gran riesgo y sus consecuencias. Así, quedan comprendidos en ella los seguros de crédito interior y los seguros de crédito a la exportación pero, en cuanto a estos últimos, siempre que no cuenten con la cobertura o garantía públicas. Por el contrario, en los

¹⁷ Así, TIRADO, “Acotaciones a la reforma de la Ley del Contrato de Seguro en la perspectiva del Derecho Comunitario”, op. cit., p. 1092, respecto a las pólizas colectivas del seguro de afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta de la construcción de viviendas, porque pueden plantearse problemas para los compradores, asegurados por estas pólizas; RONCERO SÁNCHEZ, A., *El Seguro de Responsabilidad Civil de Administradores de una Sociedad Anónima (Sujetos, Interés y Riesgo)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 74, nota 103, que señala cómo puede disminuirse la protección dispensada al asegurado de los seguros de crédito y caución, al no haber en la Ley referencia alguna a requisitos de tamaño o dimensión del tomador, sino al ramo de seguro.

¹⁸ TIRADO, “Acotaciones a la reforma de la Ley del Contrato de Seguro en la perspectiva del Derecho Comunitario”, op. cit., p. 1092, nota 7.

seguros de crédito a la exportación con cobertura pública, no hay libertad de pactos, pues la Ley 10/1970, de 4 de julio, por la que se modifica el régimen del seguro de crédito a la exportación, el Decreto 3138/1971, de 22 de diciembre, por el que se regula el seguro de crédito a la exportación y el Real Decreto 1327/1999, de 31 de julio, por el que se regulan determinados aspectos del seguro de crédito a la exportación por cuenta del Estado en operaciones de medio y largo plazo, son derecho imperativo¹⁹.

En definitiva, estas críticas ponen de manifiesto la necesidad de que, desde las instancias comunitarias, porque no hay libertad de actuación en este punto para el legislador español, se lleve a cabo una revisión de este concepto que haga hincapié y acomode su razón de ser, expresada en el considerando de la Directiva 88/357 (“conviene conceder a aquellos tomadores de seguro que por su condición, por su importancia o por la naturaleza del riesgo que deba asegurarse no necesiten una protección específica en el Estado en que esté localizado el riesgo, completa libertad de acceso a un mercado más amplio de seguros, y, por otra parte, conviene garantizar un adecuado nivel de protección a los demás tomadores de seguros”), con la tipología de los riesgos comprendidos en él, desterrando una interpretación general e irreflexiva y vinculando a la naturaleza y/o a la importancia económica no sólo del tomador, sino también del asegurado, no nos olvidemos de él, la consideración de un riesgo como “grande”²⁰.

3.2.3.2. Consecuencias de la calificación de un contrato de seguro como gran riesgo

La calificación de un determinado contrato de seguro como referido a un gran riesgo implica una serie de especialidades.

¹⁹ Y ello, como señala SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., *La cobertura pública en el Seguro de Crédito a la Exportación en España: cuestiones jurídico-públicas*, Fundación Mapfre, Majadahonda, 2008, p. 119, porque esta modalidad está al margen de la armonización operada por las Directivas sobre seguro directo distinto del seguro de vida en las que tiene su origen la noción de gran riesgo: concretamente el art. 2.2, d) de la Directiva 73/239/CEE (redactado por el art. 1 de la Directiva 87/343/CEE del Consejo de 22 de junio de 1987 por la que se modifica, en lo que se refiere al seguro de crédito y al seguro de caución, la primera Directiva 73/239/CEE sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida y a su ejercicio) excluye de su ámbito de aplicación “en tanto no se produzca la coordinación ulterior, las operaciones de crédito a la exportación por cuenta o con la garantía del Estado, o cuando el Estado sea el asegurador”. Esta modalidad se rige por la Directiva 71/86/CEE del Consejo de 1 de febrero de 1971, referente a la armonización de las disposiciones esenciales en materia de garantía de las operaciones a corto plazo (riesgo político) con compradores públicos y con compradores privados y por la Directiva 98/29/CE del Consejo de 7 de mayo de 1998, relativa a la armonización de las principales disposiciones sobre el seguro de crédito a la exportación para operaciones con cobertura a medio y largo plazo, incorporadas a nuestro Ordenamiento por medio de las disposiciones citadas en el texto que, en consecuencia, tienen tal carácter imperativo. La Directiva Solvencia II (Directiva 2009/138/CE), que deroga con efecto 1 de enero de 2016 la Directiva 73/239/CE, mantiene esta exclusión, pues su art. 5.4) declara que no será de aplicación a “las operaciones de seguro de crédito a la exportación por cuenta o con la garantía del Estado, o cuando el Estado sea el asegurador”.

²⁰ Así, como consideración *de lege ferenda* en lo relativo al seguro de transporte terrestre de mercancías, GIRGADO PERANDONES, P., “El marco actual del seguro de transporte terrestre de mercancías y la incidencia de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro”, en VV.AA., *Seguros de transporte terrestre de mercancías. Situación jurídica actual y perspectivas de futuro*, EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTÍN OSANTE, J. M. (dirs.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2013, p. 22.

Algunas, las relativas a la distinta intensidad de la supervisión de las entidades aseguradoras que operan en estos seguros, por el diferente control sobre las entidades que desarrollan su actividad en estos ramos, sobre la base de la Primera y la Segunda Directivas de seguro directo distinto del seguro de vida (vid. el art. 18 de esta última) que permitían un mayor control al Estado de la prestación en los riesgos de masa y menor en los grandes riesgos, fueron eliminadas por la Tercera Directiva (vid. su art. 39)²¹. Lo mismo cabe decir de las diferencias en cuanto a la autonomía conflictual, por los límites al sometimiento a arbitraje en los riesgos de masa, que han desaparecido en la actualidad gracias a la amplia admisión del arbitraje en el art. 61 LOSSP y art. 109 ROSSP²².

Pero subsisten otras, de Derecho privado, de las que tratamos a continuación.

1ª) *La regulación legal del contrato de seguro no es imperativa para los grandes riesgos.*

La primera de estas diferencias es la ya destacada excepción a la regla de la imperatividad de la regulación legal del ACM sobre contrato de seguro.

Como se pone de manifiesto en uno de los Considerandos de la Directiva 88/357, la condición o la importancia del tomador o la naturaleza del riesgo la sustentan. Algo que reitera la Ley 21/1990, de 19 de diciembre en su Exposición de Motivos, cuando señala: “El concepto de grandes riesgos tiene relevancia en el Derecho contractual. Si en ellos el tomador no requiere una tutela especial por parte de la Ley ni de las autoridades administrativas, y habida cuenta de la nueva escala de concurrencia en que el mercado asegurador ha de desenvolverse a partir de ahora, es conveniente dotar a dicho mercado, en lo referente a los grandes riesgos, de una mayor libertad de contratación, situando el principio de autonomía de la voluntad en lugar preferente”.

De tal manera que, en principio, las normas del Título VIII ACM no serán de cumplimiento obligatorio en el contrato que ofrezca cobertura a estos riesgos y las partes, en uso de su autonomía de la voluntad, podrán pactar las cláusulas que tengan por conveniente. Algo en lo que insiste el art. 25.2 LOSSP: “El contenido de las pólizas deberá ajustarse a esta ley. También, a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, *en la medida en que resulte aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado contenidas en su título IV*” (la cursiva es nuestra); referencia a las normas de Derecho internacional privado del Título IV LCS que habrá revisar si prospera el ACM, que no las incorpora. Por el contrario, el Anteproyecto de LOSSP de 2010 y el revisado de 2012 establecen, respectivamente, en el art. 115.1, párr. 2º y en el art. 95.1, párrafo 2º, sin salvedad o matización alguna, y erróneamente, por lo tanto, que

²¹ De esta evolución general del régimen de control trata ALMAJANO PABLOS, L. M., “El Derecho comunitario y su aplicación en el Derecho español en materia de responsabilidad civil en los grandes riesgos”, en VV.AA., *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), Musini, Madrid, 1994, p. 47-52, 60-62 y 73. En particular, de la relativa al asegurador de la responsabilidad civil automovilística, MORILLAS JARILLO, M. J., *El seguro del automóvil: el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil automovilística*, José M^a Bosch Editor, Barcelona, 1992, pp. 262-313.

²² Sobre las diferencias existentes anteriormente en materia de arbitraje, BLANCO-MORALES y CARBONELL, *La actividad aseguradora en el espacio económico europeo...*, op. cit., pp. 159-162.

“la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones podrá requerir la presentación, siempre que lo entienda pertinente, de las condiciones contractuales, los modelos de pólizas, las tarifas de primas y las bases técnicas de las entidades aseguradoras, así como de los modelos de contratos, primas y cualquier otra documentación relacionada con la actividad reaseguradora, *para controlar si respetan los principios actuariales, las disposiciones contenidas en esta ley y sus normas de desarrollo y las reguladoras del contrato de seguro*” (la cursiva es nuestra).

Esta característica está afirmada con claridad en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 3 marzo 2014 (RJ 2014, 2508), en relación con un seguro de responsabilidad civil del fabricante: “Al contrato de seguro contra daños por grandes riesgos, como el que examinamos, no le es de aplicación el precepto tuitivo del art. 2 LCS, conforme dispone el art. 44 del mismo texto, confiriendo a las partes contratantes “una mayor libertad de contratación, situando el principio de autonomía de la voluntad en lugar preferente”, en términos de la Exposición de Motivos de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre que introdujo la nueva redacción del art. 44 LCS”. Aunque, apostilla, “esto no quiere decir que el articulado de la póliza no deba ser claro y no deje dudas sobre la intención de los contratantes, con la finalidad básica de establecer el alcance de la vinculación entre las partes”.

Los Tribunales rechazan de plano que, en el caso de los seguros de grandes riesgos, estemos ante contratos de adhesión. De nuevo, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 3 marzo 2014 (RJ 2014, 2508) señala que un seguro de gran riesgo “presupone una gran capacidad económica del deudor, (...), para negociar directamente o por medio de los corredores de seguro, una póliza de seguro en un plano de igualdad, pese a que, normalmente, la compañía de seguros tiene un modelo que ofrece, y constituye la base de la negociación. Pero es que, además, no es una póliza absolutamente novedosa, sino fruto de una renovación de otra precedente con la compañía (...), con unas condiciones generales y especiales semejantes a las que ahora se están examinando. (...) conforme dispone el art. 44 LCS, confiere a las partes una mayor libertad de contratación <<situando el principio de autonomía de la voluntad en lugar preferente>> no siendo aplicable el precepto tuitivo del art. 2 LCS”. En el mismo sentido, se pronuncia el Auto AP Pontevedra (Sección 6ª) 5 mayo 2011 (JUR 2011, 259512): “Si ya podría considerarse forzado calificar como contrato de adhesión propiamente dicho (con arreglo a la noción jurisprudencial del mismo, como aquel en que la esencia del contrato, y su cláusula, han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas sino simplemente aceptar o no), el de seguro que examinamos, incluido en la modalidad de grandes riesgos y con respecto a los que la propia Exposición de Motivos de la Ley 21/1990 de 19 de diciembre, señala que el tomador del seguro no requiere una tutela especial por parte de la Ley ni de las autoridades administrativas, siendo por ello conveniente dotar al mercado asegurado, en lo referente a grandes riesgos, de una mayor libertad de contratación, situando el principio de autonomía de libertad en lugar preferente (...). Por lo demás, no cabe desconocer que la redacción del contrato por una sola de las partes no presupone necesariamente desequilibrio contractual; que la ahora recurrente conoció y ratificó, con su firma y por ello de manera clara, expresa e

inequívoca, la validez de todas las estipulaciones de la póliza y, por tanto, también de las Condiciones Generales en las que se incluía la cláusula que ahora se cuestiona”.

Los pactos entre asegurador y tomador en el contrato de seguro de un gran riesgo pueden consistir tanto en la redacción de cláusulas con contenido diverso al establecido en el Título VIII ACM, cuanto en la expresa mención de la inaplicación al contrato de seguro celebrado de determinados preceptos de este título, o en una combinación de ambas posibilidades.

Lo segundo aconteció precisamente en el caso que está en la base del Auto AP Pontevedra (Sección 6ª) 5 mayo 2011 (JUR 2011, 259512), en el que las partes del seguro de crédito a la exportación celebrado acordaron expresamente la no aplicabilidad a esta póliza de lo previsto en los arts. 2, 3, 10, 15, 16, 20, 34 y 71 LCS. En atención a lo cual, y sobre la base de la consideración del seguro como gran riesgo, rechaza el Tribunal la infracción del art. 3 LCS, “en cuanto no resulta aplicable al presente contrato, al aparecer expresamente excluido por las partes”. De esta forma, el de autos, se regía “por lo convenido en sus Condiciones Generales, Particulares y Especiales y de forma supletoria, salvo los preceptos expresamente excluidos y en cuanto no resulten en contradicción con el Condicionado de la Póliza, por la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, por cualquier otra disposición de igual o superior rango que le afecte y por los Usos de Comercio”.

La libertad de pactos no es, sin embargo, ilimitada: no en vano el art. 107.5 LCS establece que el carácter dispositivo de la regulación de la ley respecto de los grandes riesgos “se entenderá sin perjuicio de las disposiciones de orden público contenidas en la ley española, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato de seguro de daños”. Esta matización no se recoge en el ACM, que omite por completo el actual Título IV LCS de normas de Derecho internacional privado; pero no por ello deja de tener sentido, ni de ser aplicable. Habrá que acudir a otros preceptos generales que invocan éste y otros límites, como al art. 1255 Cc, que reconoce la libertad de contratación sujeta a las leyes, la moral y el orden público. En qué se traducen en concreto estos límites puestos en relación con el contrato de seguro es algo que exige una interpretación y clarificación que no proporciona la legislación vigente, ni tampoco la proyectada, habida cuenta de la prácticamente nula atención que el ACM presta a los grandes riesgos.

El problema es determinar si todos y cada uno de los preceptos de la LCS o, en el futuro, del Título VIII del Código Mercantil estarán afectados por ese carácter dispositivo o no. Es decir, identificar a qué preceptos alcanza del carácter dispositivo o, lo que es lo mismo visto desde el otro ángulo, cuáles mantienen la imperatividad incluso en relación con los grandes riesgos, interrogante que ha sido suscitado y analizado en diversas resoluciones judiciales.

En la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 2 diciembre 2009 (RJ 2010, 701), la aseguradora de la responsabilidad civil de INGESA (antiguo INSALUD) recurrente en casación, esgrimía el carácter de gran riesgo del seguro concertado, para eludir la aplicación del art. 20 LCS en estos términos: “El riguroso tenor de los pactos del contrato celebrado con la Administración tiene la consideración de «gran riesgo» y se rige por aquéllos a falta de pacto expreso y no por la legislación general en la materia y establece unos cauces de gestión de reclamaciones, de resolución y acatamiento de las

decisiones a los que la compañía aseguradora no puede sustraerse”. La Sala rechaza esta pretensión porque “el hecho de que pueda tratarse de un seguro de grandes riesgos significa la no-sujeción a las normas de la LCS como normas imperativas (artículo 44 LCS), pero, dado que el principio a que responde esta excepción sólo tiene sentido entre las partes contratantes, no exime a éstas del cumplimiento de las normas imperativas que rigen respecto de los terceros perjudicados, como ocurre respecto de la acción directa que corresponde a éstos y el régimen de intereses por mora de la aseguradora respecto de ellos. En suma, no se advierte que la sentencia recurrida haya incurrido en infracción legal alguna cuando considera que la naturaleza del contrato celebrado, la intervención en él de una Administración pública, y los pactos entre la Administración asegurada y la aseguradora no pueden impedir el cumplimiento de las normas sobre fijación de intereses legales por mora en cuanto afectan al tercero perjudicado”.

Se plantea en esta Sentencia uno de los principales interrogantes, y es la virtualidad de las normas de la vigente LCS y del futuro CM que reconocen derechos a terceros²³, señaladamente, de la acción directa del actual art. 76 LCS y del art. 582-47 ACM. La doctrina es coincidente en afirmar que, en los seguros de grandes riesgos, no se puede prescindir de esta acción, que otorga un derecho que nace *ex lege* y que no puede ser objeto de disposición por las partes²⁴, parecer que compartimos.

Y, por derivación de esos preceptos y del derecho en ellos consagrado, se suscita también el tema de la aplicación o no al tercero perjudicado en un contrato conceptualizado como gran riesgo, de los intereses moratorios del art. 20 LCS, o de los menos generosos porcentajes con los que los reconoce el art. 581-19 ACM. Hay que tener en cuenta en este punto que, según especifica el art. 581-19.4 ACM, los intereses moratorios “también son aplicables al supuesto en que quien ejercite el derecho a la indemnización sea el tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad”, norma que eleva a rango legal una doctrina jurisprudencial acuñada desde hace años: así, la STS (Sala de lo Civil) 21 abril 1998 (RJ 1998, 2510), la STS (Sala de lo Civil) 26 enero 2000 (RJ 2000, 227) y la STS (Sala de lo Civil) 31 enero 2003 (RJ 2003, 648) ya sostuvieron la aplicación del art. 20 LCS a los siniestros en que existen terceros perjudicados a los que el asegurado tiene obligación de indemnizar.

Durante la vigencia de la LCS, los autores se han pronunciado también sobre esta cuestión, aunque de diversa manera: por un lado, se sostiene que la aplicación supletoria de las normas legales sobre el contrato de seguro a los grandes riesgos

²³ Así, por referencia a la Segunda Directiva del seguro directo distinto del seguro de vida, la Directiva 88/357, SEATZU, F., *Insurance in Private International Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2003, p. 143, alude al derecho a cambiar la ley aplicable al contrato “subject to the protection of vested rights and the interest of third party beneficiaries”.

²⁴ TIRADO, “Acotaciones a la reforma de la Ley del Contrato de Seguro en la perspectiva del Derecho Comunitario”, op. cit., p. 1092; SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 2”, op. cit., pp. 103 y 104; IDEM, “Artículo 44”, op. cit., p. 1008; IDEM, “Sobre la imperatividad de la Ley del Contrato de Seguro”, op. cit., p. 3003 y 3004; OLIVENCIA RUIZ, M., “El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima. En especial, en los daños causados por la gran empresa: la acción directa y las posibles excepciones”, en VV.AA., *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), Musini, 1994, p. 204; GIRGADO, “El marco actual del seguro de transporte...”, op. cit., p. 26; GUTIÉRREZ GILSANZ, J., *El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de los auditores de cuentas*, La Ley, Las Rozas, 2007, p. 47.

permite prescindir de la aplicación del art. 20 LCS, afirmación que se realiza en términos absolutos, sin discriminar ni excepcionar la posible invocación por parte de un tercero de este precepto²⁵, razón de nuestra discrepancia. Como vemos, la mencionada STS 2 diciembre 2009 (RJ 2010, 701) rechaza esta interpretación realizada en términos absolutos, de tal manera que la aplicación del art. 20 no sería invocable por el asegurado (ni tampoco, consideramos, por el tomador), mientras que sí sería aplicable esta cláusula penal legal al tercero perjudicado. Por el contrario, en un seguro de grandes riesgos, aplica sin titubear el art. 20 LCS, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 3 marzo 2014 (RJ 2014, 2508), al no entender justificada la demora y rechaza su aplicación, por la razón contraria, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 31 enero 2011 (RJ 2011, 302). Ahora bien, esta última añade una consideración interesante a nuestros efectos: “del artículo 11 de las Condiciones Generales de la Póliza se desprende que las partes quisieron obviar la aplicación de los intereses del artículo 20 LCS en el seno del procedimiento pericial del artículo 38, evitando cualquier referencia a esta obligación de pago entre las partes contratantes, en consideración posiblemente a la naturaleza de la Póliza, como de Grandes Riesgos que se traduce en la naturaleza dispositiva de los mismos y, al fin, en un incremento de la potencialidad normativa creadora de los contratantes”.

Respecto a los terceros, ajenos al contrato, parece claro el argumento de la aplicación de la legislación protectora y de los derechos que ésta les reconoce, para invocar la aplicación de la LCS o del ACM. Pero incluso parece que hay quien va más allá y considera que, en los casos de seguros contratados por cuenta ajena, es decir, cuando tomador y asegurado no coinciden, la consideración del seguro como gran riesgo no podría perjudicar al asegurado²⁶. En este caso, el razonamiento no puede ser el mismo. Tanto es así que incluso hay una regulación expresa en sentido contrario, la contenida en el art. 1:103 PDECS que, después de mencionar los preceptos imperativos de este texto (como lista obligatoria pero abierta)²⁷, señala en el apartado (2) que “(U)n contrato podrá disponer la inaplicación de otra disposición de los PDECS en la medida en que dicha inaplicación no vaya en detrimento del tomador de la póliza, el asegurado o el beneficiario”²⁸. Para añadir a continuación, y esto es lo importante a los efectos de

²⁵ SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 44”, op. cit., p. 1004; GIRGADO, “El marco actual del seguro de transporte...”, op. cit., p. 23.; IDEM, “Límites a la autonomía privada en los seguros de grandes riesgos...”, op. cit., p. 286.

²⁶ Parece sostener esta postura GIRGADO, “El marco actual del seguro de transporte...”, op. cit., p. 26, cuando manifiesta: “si se trata de un seguro de transporte de mercancías contratado por el porteador (seguro por cuenta ajena), la protección del porteador no parece tan clara. El asegurado no es un tercero ajeno al contrato, sino por cuenta de quien se contrata y titular del interés asegurado, y su interés no podría quedar mermado por el acuerdo alcanzado entre aquéllos”.

²⁷ De hecho, el Comentario a los Principios del PROJECT GROUP RESTATEMENT OF EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, BASEDOW, J., BIRDS, J., CLARKE, M., COUSY, H. y HEISS, H., (eds.), Sellier, Munich, 2009, p. 39, señala: “Some provisions, which are enumerated in the exhaustive list of Article 1:103 para.1, are absolutely mandatory, which means that no derogation is allowed. The list will be extended as further parts of the Principles of European Insurance Contract Law are adopted”.

²⁸ VEIGA COPO, A. B., *Los principios de derecho europeo del contrato de seguro*, Pontificia Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, p. 48, critica la falta de claridad del precepto: “Sí debería, no obstante, haber sido más cauta la redacción de este apartado o al menos ser más clara a la hora de señalar los hipotéticos beneficios que irrogarían las excepciones de aplicación de los principios. Marcar a modo de prontuario esta permisividad después de exigir en el artículo precedente la

nuestra postura: “No obstante, *la inaplicación estará permitida en beneficio de cualquiera de las partes* en contratos que cubran...” (la cursiva es nuestra) y recoge a continuación el listado de los grandes riesgos, tomado de la Directiva 73/239.

La virtualidad de la vigencia para los asegurados en un seguro de grandes riesgos de determinados preceptos de la LCS se ha planteado en relación con los seguros de caución y la aplicación del art. 20 LCS, invocada por los compradores de la vivienda, en la SAP Madrid (Sección 14ª) 22 febrero 2013 (JUR 2013, 173778). Los demandantes solicitaban que se condenara a la compañía aseguradora al pago del interés fijado en el artículo 20 LCS, a lo que ésta se opuso alegando que las garantías de la póliza de seguro de caución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 b) de la LCS, están calificadas de gran riesgo y que por ello y “de acuerdo con el artículo 44 de la misma ley este contrato se rige, en primer lugar, por lo aquí pactado, la Ley 57/68 de 27 de julio, la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación y solo en su defecto por lo dispuesto en la Ley 50/80 de Contrato de Seguro”. Para la Audiencia, se debe aceptar la objeción presentada por la compañía de seguros demandada ya que, “al tratarse de un contrato de seguro por grandes riesgos, debemos atender con prioridad el contenido de la póliza tal como hemos venido repitiendo a lo largo de esta resolución. Por tanto solamente deberá responder en función de lo establecido en las condiciones generales 1 y 6 al pago de los intereses legales sobre las cantidades entregadas a cuenta, intereses que se verán incrementados en dos puntos a partir del tercer mes desde la producción del siniestro (1 de abril de 2009) y siempre que por su aplicación no se supere el límite de capital asegurado que asciende a 145.247,87 euros, en cuyo caso, esta será la cantidad a abonar por ZURICH España”.

A nuestro juicio, respecto a quienes son parte o elementos personales del contrato, los únicos límites al carácter dispositivo de la legislación del contrato de seguro para los grandes riesgos son el Derecho del consumo (como bien recuerda el art. 001-3.2 ACM), las normas generales sobre condiciones generales de la contratación (si no se trata de un contrato de seguro de consumo) y los generales (las leyes, la moral, el orden público). Lo que debería hacer el legislador, como hemos manifestado antes, es revisar el listado de grandes riesgos con criterios de justicia.

La imperatividad de otros preceptos del ACM a estos seguros de grandes riesgos se descarta por los Tribunales (por referencia, claro está, a la LCS).

Así lo hace la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 31 enero 2011 (RJ 2011, 302) respecto del procedimiento de determinación de la indemnización, regulado en el art. 582-14 ACM y, en la actualidad, en el art. 38 LCS, aunque sea *obiter dictum* (porque en el caso se consideró inaplicable el art. 38 al versar la controversia sobre la causa del siniestro y su cobertura por la póliza, no sobre la liquidación de los daños).

También en lo relativo al art. 581-23 ACM (trasunto del actual art. 24 LCS), por lo que las partes podrían pactar la sumisión a arbitraje, como reconoce de forma expresa respecto al seguro de grandes riesgos el Auto AP Pontevedra (Sección 6ª) 5 mayo 2011 (JUR 2011, 259512). Podrían igualmente acordar que sea Juez competente para el

imperatividad y aplicación en bloque de todos los principios no es la mejor de las técnicas regulatorias ni tampoco apotegma de claridad”.

conocimiento de las acciones uno distinto al del domicilio del asegurado. Estas afirmaciones han de ser, sin embargo, matizadas si el asegurado tiene la condición de consumidor, pues, por aplicación del art. 90 LGDCU, son abusivas las cláusulas que establezcan la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico; así como las de sometimiento a un fuero distinto al del domicilio del consumidor²⁹.

2ª) *Competencia judicial para el conocimiento de las acciones derivadas de contratos de seguros de grandes riesgos.*

Esta última cuestión enlaza con la más general especialidad de los grandes riesgos en materia de resolución de litigios³⁰. El Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, señala en su Considerando 13: “En cuanto a los contratos de seguros, de los celebrados por los consumidores o de trabajo, es oportuno proteger a la parte más débil mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales”. Por su parte, varios Considerandos del Reglamento (CE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 (que será el aplicable a partir del 1 de enero de 2015), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se refieren a este tema. El Considerando 14 manifiesta que “para garantizar la protección de los consumidores y los trabajadores, salvaguardar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en situaciones en las que gozan de competencia exclusiva, y respetar la autonomía de las partes, determinadas normas sobre competencia judicial contempladas en el presente Reglamento deben aplicarse con independencia del domicilio del demandado”. El Considerando 18 señala que, “(E)n lo que atañe a los contratos de seguro, los contratos celebrados por los consumidores o los contratos de trabajo, debe protegerse a la parte más débil mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales”. Y el 19 añade: “Debe respetarse la autonomía de las partes de un contrato, excepto en los contratos de seguro, los contratos celebrados por los consumidores o los de trabajo, en los que solo se concede una autonomía limitada para elegir el órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de los criterios de competencia exclusiva establecidos en el presente Reglamento”.

Para afianzar este objetivo, se formula como motivo de denegación del reconocimiento y *exequatur* de las resoluciones extranjeras sobre materia de seguros el supuesto en el que el tribunal no haya respetado las reglas de competencia judicial internacional (arts. 35.1 y 45.1 Reglamento 44/2001; arts. 45 y 46 Reglamento 1215/2012).

²⁹ Por su condición de gran riesgo, afirma la libertad de pacto con esta segunda limitación, en relación con el seguro de crédito, MORRAL SOLDEVILLA, R., *El seguro de crédito*, Civitas, Madrid, 2002, p. 291.

³⁰ Sobre la misma, CAAMIÑA, *Los litigios en materia de seguros en la Unión Europea...*, op. cit., pp. 20-22 y 42-50.

La competencia en materia de seguros está regulada en la Sección 3 de ambos Reglamentos, dentro de la cual los arts. 13.5) y 14.5) Reglamento 44/2001 y 15.5) y 16.5) Reglamento 1215/2012 establecen que prevalecerán sobre sus disposiciones, entre otros, los acuerdos atributivos de competencia que se refirieran a un contrato de seguro que cubra uno o varios «grandes riesgos» industriales y comerciales, tal como se enumeran en la Directiva 73/239 o lo harán en la Directiva 2009/138 (Solvencia II) y los riesgos accesorios a ellos. A esta categoría genérica se añaden una serie de riesgos enumerados en los números 1) a 4) de los arts. 14 Reglamento 41/2001 y 16 Reglamento 1215/2012:

“1) todo daño a:

a) buques de navegación marítima, instalaciones costeras y en alta mar o aeronaves, causado por hechos sobrevenidos en relación con su utilización para fines comerciales;

b) mercancías distintas de los equipajes de los pasajeros, durante un transporte realizado por dichos buques o aeronaves, bien en su totalidad o bien en combinación con otros modos de transporte,

2) toda responsabilidad, con excepción de la derivada de los daños corporales a los pasajeros o de los daños a sus equipajes

a) resultante de la utilización o la explotación de los buques, instalaciones o aeronaves, de conformidad con la letra a) del punto 1 del presente artículo, cuando la ley del Estado miembro en el que estuviere matriculada la aeronave no prohibiere los acuerdos atributivos de competencia en el aseguramiento de tales riesgos;

b) por las mercancías durante uno de los transportes contemplados en la letra b) del punto 1,

3) toda pérdida pecuniaria ligada a la utilización o a la explotación de buques, instalaciones o aeronaves de conformidad con la letra a) del punto 1, en particular la del flete o el beneficio del fletamento,

4) todo riesgo accesorio a cualquiera de los contemplados en los puntos 1 a 3”.

Por lo tanto, las partes de los contratos de grandes riesgos o de estos otros expresamente enumerados tienen la posibilidad de elegir los tribunales competentes para resolver los litigios derivados de los mismos.

3^a) *La libertad de elección de la ley aplicable.*

Otra importante consecuencia de la calificación de un contrato como de seguro de gran riesgo es la libre elección de la ley aplicable (art. 107.2 LCS; para los celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009, art. 7 Reglamento Roma I). Esta libertad, a diferencia de la de elección de foro, sólo afecta estrictamente a los seguros de grandes riesgos, no a las categorías añadidas por los arts. 13.1) a 4) Reglamento 44/2001 y 16.1) a 4) Reglamento 1215/2012, pues la LCS española reproduce y el Reglamento europeo se remite a esta categoría, disparidad de criterio que ha sido objeto de crítica³¹.

De acuerdo con el Reglamento Roma I, los contratos de seguro que cubran un gran riesgo (con independencia de que éste se localice o no en un Estado miembro) se

³¹ CAAMIÑA, *Los litigios en materia de seguros en la Unión Europea...*, op. cit., p. 145 y bibl. ibi cit.

regirán por la ley elegida por las partes, en defecto de la cual se aplicará la ley del país en el que el asegurador tenga su residencia habitual, aunque si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país, se aplicará la ley de ese otro país (art. 7.1 y 2)³².

En este punto, hay que considerar finalmente un aspecto importante. El art. 107.1, b) LCS establece que la ley española sobre contrato de seguro será la aplicable siempre que el contrato se concluya en cumplimiento de una obligación de asegurarse impuesta por la ley española, lo que significa que, aunque se trate de un contrato de seguro de grandes riesgos, su naturaleza obligatoria lleva a excluir la posibilidad de elección de otra ley³³. Con esta disposición, el legislador español acogió la facultad otorgada por el art. 8.4, c) de la Segunda Directiva (la 88/357), facultad o posibilidad que reitera el art. 7.4, b) del Reglamento Roma I. Pero esta disposición no está recogida en el ACM, que, como hemos señalado, destierra por completo el contenido del Título IV de la LCS. Desaparecido el art. 107.1, b) LCS, si el legislador español no reitera el dictado de la norma de extensión, de forma general, o de forma particular, caso por caso, y vuelve a ejercitar esta facultad, los seguros obligatorios, aunque estén impuestos por una ley española, si se refieren a contratos calificados como seguros de grandes riesgos, podrían regularse por otra ley distinta. Precisamente, un ejemplo de este ejercicio puntual de la facultad extensiva lo encontramos en el art. 406.2 de la Ley de Navegación Marítima de 2014, que establece la nulidad del pacto en contra de la norma que impone la aplicación de la LCS al seguro de responsabilidad civil de embarcaciones de recreo y deportivas. Por el contrario, el Real Decreto 1616/2011, de 14 de noviembre, que regula el seguro de los propietarios de los buques civiles para reclamaciones de Derecho marítimo, no establece que este seguro se regirá necesariamente por la regulación de seguros española, con exclusión de todo pacto en contrario. El vacío que dejará el art. 107.1, b) LCS será importante, no sólo por la gran cantidad de seguros de esta naturaleza actualmente vigentes en España, lo que obligará al operador jurídico a rastrear, uno por uno, si existe en el seno de su regulación una norma que imponga la aplicación de la ley española, sino también porque puede que la primera dificultad estribe, precisamente, en determinar la naturaleza obligatoria o no del seguro y su alcance.

Que no se aplique obligatoriamente la ley española en los seguros cuya contratación impone nuestra legislación, no quiere decir que las normas españolas reguladoras de los seguros obligatorios, en el caso de los comprendidos en la categoría de los grandes riesgos, carezcan en el futuro [si no se dicta una norma equivalente al art. 107.1, b) LCS cuando se derogue ésta] de cualquier virtualidad. Sí que la tienen (y la tendrán), pero en la más reducida medida establecida en el art. 7.1, a) Reglamento Roma I, que establece que “se aplicarán las siguientes normas adicionales a los contratos de seguros que cubran riesgos para los que un Estado miembro imponga la obligación de suscribir un seguro: a) el contrato de seguro solo cumplirá dicha obligación si es conforme a las disposiciones específicas relativas a dicho seguro previstas por el Estado

³² Un análisis de estos preceptos en CAAMIÑA, *Los litigios en materia de seguros en la Unión Europea...*, op. cit., pp. 145-156.

³³ BLANCO-MORALES y CARBONELL, *La actividad aseguradora en el espacio económico europeo...*, op. cit., p. 173.

miembro que impone la obligación. Cuando, en caso de seguro obligatorio, exista una contradicción entre la ley del Estado miembro en el que se localice el riesgo y la del Estado miembro que imponga la obligación de suscribir un seguro, prevalecerá esta última”.

La diferencia estriba en que si se determina la aplicación de la ley española de acuerdo con la facultad de la letra b) del art. 7.1 Reglamento Roma I, esta extensión es completa, lo que implica tanto como eliminar de forma radical la libertad de elección de la ley aplicable al seguro obligatorio de un gran riesgo, que se regiría de forma total y absoluta por la ley española, como ley del Estado que impone el deber de contratación, omnicompreensiva de la ley reguladora del seguro obligatorio y de la disciplina general del contrato de seguro (de prosperar la reforma en curso, el título VIII del Libro Cuarto ACM)³⁴. Por el contrario, por efecto de la letra a) del art. 7.1, será de aplicación, en los términos de dicho precepto, estrictamente la disposición que contiene la regulación del seguro obligatorio³⁵, y para las restantes cuestiones deberá determinarse la ley aplicable de acuerdo con las normas de conflicto del Reglamento Roma I, por lo que recobra su virtualidad en ese campo la libre elección de la aplicable a los seguros de grandes riesgos.

4ª) *Especialidades en el deber de información precontractual del asegurador.*

La calificación como gran riesgo también imprime particularidades al deber de información precontractual del asegurador: así, el art. 53.1 LOSSP y el art. 104.2 ROSSP establecen que, antes de la celebración de un contrato de seguro, *distinto al contrato de seguro por grandes riesgos*, en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios, deberá éste informar por escrito al tomador del seguro del nombre del Estado miembro en el que esté establecido el domicilio social de la entidad con la que va a celebrar el contrato, la dirección de la entidad y, en el caso de operaciones en régimen de derecho de establecimiento, la dirección de la sucursal, así como la denominación social y la forma jurídica de la entidad, lo que también deberá constar en los documentos que a estos efectos se entreguen, en su caso, al tomador del seguro o a los asegurados.

5ª) *Especialidades en cuanto a algunos mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos.*

Los grandes riesgos están excluidos de ciertos mecanismos de resolución de conflictos. Así, la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, declara inadmisibles, entre otras, las reclamaciones o quejas que se presenten en relación con contratos de grandes riesgos [art. 10.2, e)] y

³⁴ BLANCO-MORALES y CARBONELL, *La actividad aseguradora en el espacio económico europeo...*, op. cit., p. 173; SEATZU, *Insurance in Private International Law...*, op. cit., p. 209; CAAMIÑA, *Los litigios en materia de seguros en la Unión Europea...*, op. cit., pp. 194-197.

³⁵ SEATZU, *Insurance in Private International Law...*, op. cit., p. 210; CAAMIÑA, *Los litigios en materia de seguros en la Unión Europea...*, op. cit., pp. 196-198.

establece que las consultas no podrán referirse a los contratos por grandes riesgos (art. 16.5). De esta forma, el tomador o asegurado (de nuevo, esta amplitud de efectos) de estas pólizas se ve privado de este útil mecanismo de defensa de sus intereses como cliente de un servicio financiero.

6ª) Especialidades de la mediación de seguros de grandes riesgos.

También hay especialidades en materia de mediación. La Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados (en adelante, LMSRP), en su artículo 42.1 a 5, detalla la información que deberá proporcionar el mediador de seguros al cliente antes de la celebración de un contrato de seguro.

De acuerdo con el apartado 1, debe informar de su identidad y dirección; del Registro en el que esté inscrito; de si posee una participación directa o indirecta superior al 10 por 100 en el capital social o en los derechos de voto en una entidad aseguradora determinada; de si una entidad aseguradora determinada o una empresa matriz de una entidad de dicho tipo posee una participación directa o indirecta superior al 10 por 100 de los derechos de voto o del capital del intermediario de seguros; de los procedimientos previstos en el artículo 44 LMSRP, que permitan a los consumidores y otras partes interesadas presentar quejas sobre los intermediarios de seguros y de reaseguros y, en su caso, sobre los procedimientos de resolución extrajudiciales, previstos en los artículos 45 y 46 LMSRP; y del tratamiento de sus datos de carácter personal.

Conforme al apartado 2, los agentes de seguros exclusivos deberán informar al cliente de que están contractualmente obligados a realizar actividades de mediación en seguros exclusivamente con una entidad aseguradora o, en el caso de estar debidamente autorizados, con otra entidad aseguradora y, a petición del tomador, deberán informar del nombre de dicha entidad aseguradora. Los agentes de seguros vinculados deberán informar al cliente de que no están contractualmente obligados a realizar actividades de mediación en seguros exclusivamente con una o varias entidades aseguradoras y de que no facilitan asesoramiento con arreglo a la obligación de llevar a cabo un análisis objetivo que se impone a los corredores de seguros. En ese caso, a petición de la clientela, deberán informar de los nombres de las entidades aseguradoras con las que puedan realizar o, de hecho, realicen la actividad de mediación en el producto de seguro ofertado. Para que el cliente pueda ejercer el derecho de información sobre las entidades aseguradoras para las que median, los agentes de seguros deberán notificarle el derecho que le asiste a solicitar tal información. Los operadores de banca-seguros, además de lo previsto para los agentes, deberán comunicar a su clientela que el asesoramiento prestado se facilita con la finalidad de contratar un seguro y no cualquier otro producto que pudiera comercializar la entidad de crédito. Los corredores de seguros deberán informar al cliente de que facilitan asesoramiento con arreglo a la obligación de llevar a cabo un análisis objetivo.

Este deber de información previa de los apartados 1 y 2, conforme al apartado 3, también será exigible con ocasión de la modificación o prórroga del contrato de seguro si se han producido alteraciones en la información inicialmente suministrada.

El apartado 4 del art. 42 disciplina el régimen de la antes mencionada obligación de llevar a cabo un análisis objetivo a la que están obligados los corredores de seguros,

y contiene la presunción de cuándo se considera que ha existido tal análisis.

Por último, el apartado 5 del art. 42 establece que, sobre la base de las informaciones facilitadas por el cliente, los mediadores de seguros deberán especificar las exigencias y las necesidades de dicho cliente, además de los motivos que justifican cualquier tipo de asesoramiento que hayan podido darle sobre un determinado seguro. Dichas precisiones habrán de dar respuesta, como mínimo, a todas las cuestiones planteadas en la solicitud del cliente y se modularán en función de la complejidad del contrato de seguro propuesto.

Esta información de los apartados 1 a 5, de acuerdo con lo establecido de forma expresa por el apartado 6 del mismo art. 42, no será obligatorio facilitarla cuando se trate de la mediación de un gran riesgo y “en estos casos, los corredores de reaseguros tampoco tendrán la obligación de facilitar la información prevista en los apartados anteriores”³⁶. La razón de esta exclusión es puesta de manifiesto en el Considerando 21 de la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros que, al referirse a la necesidad de informar sobre el análisis objetivo realizado, dice: “Es menos necesario exigir que facilite esta información cuando el consumidor es una empresa que desea contratar un seguro o reaseguro de riesgos comerciales e industriales”. Y, con respecto a los corredores de reaseguros, la especialidad se afianza en el hecho de que las relaciones se llevan a cabo entre profesionales del seguro (aseguradoras, reaseguradoras y el propio corredor que intermedia en la contratación de un reaseguro para las primeras)³⁷.

Si atendemos a la rúbrica del art. 42 (“Información que deberá proporcionar el mediador de seguros antes de la celebración de un contrato de seguro”), parece que todo lo en él regulado es información y así lo es en buena parte sin duda en cuanto a los apartados 1 a 3. Sin embargo, el art. 42.2 especifica, para cada tipo de mediador, en qué consiste su actividad (y añade el deber de informar al cliente antes de la celebración del contrato de seguro de la naturaleza y esencia de su asesoramiento) y los apartados 4 y 5 particularmente tratan del contenido, del objeto y de las obligaciones del corredor de seguros, en concreto del alcance de la obligación de llevar a cabo un análisis objetivo. Si ello es así, la inaplicación a los mediadores de seguros de grandes riesgos que propugna el art. 42.6 respecto de lo establecido en “los apartados anteriores” no afectaría al deber de cumplir sus obligaciones (diferentes para cada uno de ellos) de intermediación y, en el caso de los corredores de seguros, a su particular obligación de

³⁶ Sobre la base del art. 12.4 de la Directiva comunitaria 2002/92/CE, aclara LATORRE CHINER, N., “Los deberes de información y asesoramiento del mediador de seguros”, en VV.AA, *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, CUÑAT EDO, V. y BATALLER GRAU, J. (dirs.), Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 225, que los mediadores de reaseguros están excluidos de este deber de información en todos los contratos, sean o no de grandes riesgos. Añadimos nosotros que esta interpretación es coherente también con el art. 19.1 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mediación en los seguros (refundición), de 3 de julio de 2012, COM(2012) 360 final, 2012/0175 (COD). Sobre la misma, vid. el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (D.O.U.E. nº C 44, de 15.2.2013).

³⁷ Sin embargo, señala TIRADO SUÁREZ, F. J., *La Ley de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados. Comentarios a la Ley 26/2006 de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados. Legislación, Doctrina y Formularios*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 638, que, aunque se trate de una función asesora entre profesionales “no quiere decir que el corredor de reaseguros no se encuentre obligado a informar sobre las circunstancias del riesgo objeto del contrato de reaseguro”.

independencia y objetividad. Podríamos decir que una cosa es que no exista la obligación de suministrar la información precontractual por tratarse del asesoramiento referido a un seguro considerado gran riesgo, y otra que no exista la obligación de cumplir con diligencia la obligación en que la mediación consiste: en el caso del agente, el deber de asesorar al cliente respecto al producto de seguro ofertado; en el caso del corredor, el deber de realizar un asesoramiento objetivo e imparcial que le imponen los arts. 26.1 y 29.1 LMSRP (y que se mantiene en el art. 584-5 ACM), pues no hay que olvidar tampoco que el art. 55.2, l) LMSRP tipifica como infracción muy grave la pérdida reiterada de independencia que “es requisito de la condición de corredor de seguros” y el art. 55.3 d) considera infracción grave la pérdida de independencia con carácter meramente ocasional o asilada³⁸. Y esto que sostenemos es así, de la misma manera que el hecho de que no exista obligación de informar al cliente acerca del Registro en el que figura inscrito el mediador de seguros de grandes riesgos, no quiere decir que no exista deber de inscripción para estos mediadores.

Si no existe la obligación de información previa a la celebración del contrato de seguro, quedan a salvo los mediadores de los seguros de grandes riesgos de ser sancionados por su incumplimiento que, como infracción muy grave y grave, respectivamente, tipifican los arts. 55.2, k) y 55.3, f) LMSRP ya que, por definición, en el caso de los grandes riesgos, no hay deber de información previa que cumplir.

Ahora bien, que no exista obligación de información previa no quiere decir que no puedan suministrarla los mediadores de seguros de grandes riesgos³⁹. En este caso, la proporcionada debe ser veraz y adecuada pues, en caso contrario, estarían incumpliendo la obligación general de ofrecer información veraz y suficiente que impone a todos ellos el art. 6.1, e incurriendo, esta vez sí, en la infracción de los arts. 55.2, j) y k) y 55.3, f) LMSRP.

Así lo entiende la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 3 marzo 2014 (RJ 2014, 2508), cuando afirma: “Y pese a que las pólizas para grandes riesgos son normadas y ofrecidas por las propias aseguradoras, no menos cierto es que, por lo general, y en el presente supuesto así es, la asegurada está asistida por un corredor de seguros, con las funciones que le son propias (deber de informar con arreglo a “un análisis objetivo de un número suficiente de contratos de seguro ofrecidos en el mercado en los riesgos objeto de cobertura, de modo que pueda formular una recomendación, atendándose a criterios profesionales... , como el más adecuado a las necesidades del cliente”: art. 42.1.c) y 4 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros privados)”. En el caso, añade, “no cabe duda de que URALITA se vio asistida profesionalmente por dos prestigiosos corredores de seguros, AON y WILLIS, que informarían al cliente sobre las condiciones del contrato y, durante la vigencia del

³⁸ Se muestra doblemente crítico con este deber general TIRADO SUÁREZ, *La Ley de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados...*, op. cit., pp. 472 y 630-632 . Por un lado, porque, en la práctica, puede que no sea posible realizar el análisis objetivo cuando la oferta sea inelástica, como cuando se trata de un producto asegurador diseñado por el propio corredor; por otro, porque se impone en la Ley española pero no en la Directiva comunitaria en la que tiene su origen (que ni siquiera distingue propiamente entre agentes y corredores), sobre la base de la cual sería posible admitir la existencia de corredores de seguros con dependencia exclusiva de un asegurador.

³⁹ TIRADO, *La Ley de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados...*, op. cit., p. 638.

mismo, resolverían cualquier duda que ofreciera las cláusulas de la póliza, y, finalmente, en caso de siniestro, prestarían su asistencia y asesoramiento, como exigía el art. 14 de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación de Seguros Privados, vigente en la fecha de autos, hoy derogada. No es necesario insistir en que el asesoramiento, información y negociación, tras los hechos que han dado lugar a las obligaciones de indemnización a FERROVIAL, URALITA ha descansado singularmente en tales corredores de seguro, como lo acreditan el importante acervo documental acompañado por las partes con la demanda y contestación, que reproducen casi textualmente en sus respectivos escritos, así como con el recurso de apelación y el de oposición al mismo, y, finalmente, en los Antecedentes del presente recurso de casación. Es tan abrumadora la documentación (consistente en correos electrónicos, cartas, fax, burofax, etc...) que se hace innecesaria la mención pormenorizada de las mismas si no fuera para disipar cualquier duda acerca de la intervención, información y asesoramiento con que en todo momento pudo contar la recurrente tras las primeras reclamaciones de FERROVIAL en 2001 y 2002, hasta el año 2007 por parte de sus corredores de seguro”. Precisamente, esta Sentencia funda en la intervención de los corredores y en su obligación de asesoramiento objetivo e imparcial, el rechazo de la invocada naturaleza de adhesión del contrato de seguro suscrito: “También indicábamos que, dado el prestigio y solvencia de los corredores de seguros de URALITA, no cabe duda que estuvo o debió estar bien asesorada, informada y asistida profesionalmente, durante la negociación del contrato y con ocasión del siniestro acaecido. No se trata, pues, de un mero contrato de adhesión, sino de un contrato negociado en un plano de igualdad, con asesoramiento profesional, fundado en la independencia y "con las coberturas que mejor se adapten a las necesidades de quien se encuentra expuesto al riesgo"”. Incluso, su mediación sirve para negar que sea precisamente el asegurado el adherente, como también observó la doctrina⁴⁰.

Que no tengan el deber de informar previa y espontáneamente, tampoco quiere decir que no deban responder verazmente a las preguntas que les formulen los clientes, quienes pueden perfectamente inquirirles sobre las circunstancias que forman parte del deber de información previa disciplinado en la LMSRP.

No quedan liberados los mediadores de seguros de grandes riesgos de las obligaciones de información durante la vigencia del contratado en el que han actuado como mediadores, deber de información regulado en el art. 26.3 para los corredores de seguros y referida a la que reclamen tomador, asegurado y beneficiario sobre cualquiera de las cláusulas de la póliza.

Por último, tampoco están liberados del deber de prestar asesoramiento y asistencia en caso de siniestro (de nuevo, para los corredores de seguros, el art. 26.3 LMSRP).

La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la

⁴⁰SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 2”, op. cit., p. 63; IDEM, “Sobre la imperatividad de la Ley del Contrato de Seguro”, op. cit., pp. 2290 y 2291: “tal imperatividad pierde su razón de ser en aquellos supuestos en los que el contratante del seguro tiene una posición económica tal que de hecho, bien a través de sus servicios de <<gestión o gerencia de riesgos>>, bien por medio de la colaboración de <<corredores de seguros>>, imponen a los aseguradores las condiciones que creen más convenientes”.

mediación en los seguros, de 3 de julio de 2012, mantiene en su art. 19 la excepción referida a los deberes de información precontractual cuando “el intermediario de seguros o la empresa de seguros se dedique a la mediación de seguros de grandes riesgos, cuando se trate de intermediarios de reaseguros, o cuando la mediación se refiera a clientes profesionales”. El Anexo I se dedica a estos últimos, que se definen como los que posean la experiencia, los conocimientos y la competencia para tomar sus propias decisiones y evaluar adecuadamente los riesgos que corra, y contiene una lista de quienes, a los efectos de la Directiva, tendrán la condición de profesionales en todos los servicios y actividades de seguro y productos de seguro.

3.2.4. La excepción del contrato de reaseguro

El art. 581-2, c) ACM expresa la cuarta excepción a la regla de la imperatividad: “Tendrán carácter dispositivo respecto (...) de los contratos de reaseguro”. Continúa el Anteproyecto la senda iniciada por el art. 79 LCS, fundamentada en la relación entre profesionales del seguro en que este contrato consiste y, en consecuencia, en la inexistencia de un contratante débil al que proteger *ab initio*⁴¹. De nuevo, hay que recordar que el carácter dispositivo de las normas de la LCS o del Título VIII ACM respecto del reaseguro tienen el límite de las normas definidoras del contrato y las de orden público⁴².

⁴¹ Añade SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 79”, en VV.AA., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), 4ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 2017-2019; IDEM, “Artículo 2”, op. cit., p. 101; IDEM, “Artículo 44”, op. cit., pp. 1004 y 1005, la internacionalidad del reaseguro y su clara especialidad.

⁴² SÁNCHEZ CALERO, F., “Artículo 79”, en VV.AA., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), 4ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 2017.

LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO EN EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

ANA FELICITAS MUÑOZ PÉREZ*

Resumen

El anteproyecto de ley de Código Mercantil configura un régimen especial de control de las condiciones generales aplicables al contrato de seguro con la pretensión de reforzar la tutela del asegurado. Las condiciones generales del contrato de seguro están sometidas a controles de licitud y transparencia reforzados para evitar que exista un desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes y facilitar la necesaria comprensibilidad de las cláusulas, en cuanto a su carga jurídica y económica. El control de abuso o lesividad pretende evitar las situaciones de desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes contractuales; en el caso de contratos entre empresarios no tiene tratamiento singular en la LCS y cuando se trata de contratos frente a consumidores se reconduce a la normativa de consumo. El anteproyecto de Código Mercantil, requiere que en la póliza se señalen tanto a las cláusulas “delimitativas” como a las “limitativas”. El texto legal recoge como novedad la posibilidad de aceptación por voluntad presunta del tomador de las “condiciones del contrato”, lo que parece referirse a cláusulas generales y particulares, y por expresa mención también las “cláusulas limitativas”, evidenciando una minoración en la tutela del asegurado que quiebra la tendencia seguida por el legislador en este ámbito normativo.

Contenido

1. Introducción. – 2. Mecanismos de control de las condiciones generales. – 2.1. Control de transparencia. – 2.2. Control de las “cláusulas lesivas” y “abusivas”. – 2.2.1. Consideraciones previas. – 2.2.2. La lesividad en la contratación entre empresarios en la normativa civil de los contratos por negociación. – 2.2.3. La cláusula abusiva en los contratos con consumidores en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. – 3. Las “cláusulas limitativas” de los derechos y las delimitativas del riesgo. – 3.1. Distinción de las cláusulas delimitativas y las limitativas. – 3.2. Régimen particular de aceptación de las limitativas el anteproyecto de código mercantil.

1. INTRODUCCIÓN

El Anteproyecto de código mercantil contempla en el art. 581-3 un régimen sobre Condiciones del contrato de seguro. Dispone este precepto que “la póliza del contrato de seguro deberá contener las condiciones generales, especiales o particulares que sean

* Profesora Titular URJC

aplicables al contrato que suscriba el tomador”. Impone el precepto que las condiciones generales y particulares cumplan una serie de requisitos relativos a la exigencia de “(C)oncreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos o cláusulas y pactos no contenidos en la póliza” como también la de “(E)star ajustadas a la *buena fe y justo equilibrio* entre los derechos y obligaciones de las partes”. Por último requiere que “(L)as limitaciones de los derechos del asegurado, tomador o beneficiario figurarán de forma destacada y comprensible y deberán ser aceptadas por el tomador”. Cierra la disposición la especificación de que “(L)as condiciones del contrato, incluidas las limitativas, se entenderán aceptadas si, transcurridos dos meses desde el pago de la prima, el tomador no ha manifestado su voluntad de resolver el contrato”. El legislador destaca la exposición de motivos la necesidad de imponer “la aplicación a las condiciones generales del contrato de seguro de las disposiciones que en el Código regulan las *condiciones generales de la contratación*, sin perjuicio de reconocer las especialidades propias de este contrato”. El art. 581-3. Concreta esta pretensión cuando dispone que “(E)n todo caso, serán aplicables a las condiciones generales del contrato de seguro las normas contenidas en la legislación sobre condiciones generales de la contratación”. Dado que el libro cuarto sobre las obligaciones y los contratos mercantiles en general incorpora en el Título III el régimen de las “condiciones generales de la contratación”, ello implica que debe remitirse a dicha regulación de preceptos recogidos en esta parte general mercantil, antes de acudir a la general civil de condiciones generales de contratos.

Sigue el criterio de la LCS en 1980 de contemplar una regulación sustantiva de las Condiciones Generales de la Contratación¹. Según el tenor literal del art. 3 LCS párrafo primero, las condiciones generales deben incluirse en la proposición del seguro y en la póliza y suscribirse por el asegurado. En este sentido el precepto dispone, “(L)as condiciones generales, (...) habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo”. La segunda exigencia incluida en el primer párrafo del art. 3 LCS hace referencia a la redacción clara y precisa de dichas condiciones. Reza el precepto literalmente que “(L)as condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa”. Especifica el precepto ciertas exigencias para las cláusulas limitativas requiriendo para estas la obligación de que se destaquen y que se acepten específicamente por escrito. En este sentido dispone el art. 3 LCS que “(S)e destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que

¹ Art. 3 LCS: *Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito. Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley. Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas.*

deberán ser específicamente aceptadas por escrito”. Recuerda el mismo art. 3 LCS que “Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley”. Por último, concreta el art. 3 LCS el alcance de la declaración de nulidad parcial. En efecto, señala dicho precepto que “Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas”.

En nuestro país la primera regulación legal sobre condiciones generales se abordaba en el marco de una normativa especial aplicable a los seguros. La Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993² y la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación³ y la de Consumidores y Usuarios⁴, cerraban con posterioridad el marco legal general de condiciones generales. Sin embargo, el legislador español no resolvió con ocasión de la promulgación de la Ley 7/1998 la coordinación con la LCS⁵, lo que ocasiona controversias interpretativas⁶. La doctrina concluye que la LCGC se aplica a las condiciones generales de los contratos de seguro solamente *en aquellos aspectos que no estén regulados en la LCS mediante una norma imperativa* y también en aquellas *disposiciones administrativas que sean de aplicación obligatoria para los contratantes*⁷. Pero cuando contemplan relaciones con el consumidor como contraparte del contrato de seguro es necesario encontrar compatibilidad con el régimen de consumidores⁸. A pesar de la polémica integración

² Art. 3, directiva 93/13/CEE, “1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. 2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión”.

³ Art. 1 LCGC considera por condiciones generales “las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas”

⁴ Art. 80 TRLGCU dichas condiciones definiendo las “cláusulas no negociadas individualmente”

⁵ El proyecto de la Ley 7/1998 contemplaba en el ámbito de las exclusiones del art. 4 la referencia a los contratos de condiciones generales de seguros regulados en el art. 3 LCS. Finalmente, el legislador decidió suprimir del precepto de exclusión la mencionada referencia lo cual no implicaba aceptar que la promulgación de la LCG hubiera derogado el precepto de la normativa de seguro, *por lo menos en la medida en que la nueva ley de condiciones generales no modificaba de forma esencial dichos principios regulatorios*

⁶ Explica ALFARO AGUILA-REAL, *Comentario a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, cit. pág. 139, que si tratamos de resolver la controversia acudiendo a las reglas generales nos encontramos con el problema derivado de la aplicación simultánea de dos criterios que de concurrir llegarían a resultados contróvertidos para resolver conflicto de normas; *la ley especial deroga a la general y la posterior a la anterior*. La primacía de la ley especial sobre la general se justifica por la primacía del carácter técnico de la norma, la de la ley general sobre la particular, por el principio democrático del origen de las leyes se propugna la prevalencia de las normas posteriores sobre aquellas de carácter previo.

⁷ SANCHEZ CALERO, *Ley de contrato de seguro*, cit. pág. 78.

⁸ Originariamente la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984 contemplaba la protección a consumidores desarrollando los art. 51.1. y 53.3 Constitución, que completaba en el art. 10 las disposiciones de la LCS para los casos de que el tomador del seguro o el asegurado fueran consumidores finales. En la actualidad el régimen sobre tutela de consumidores se integra en el texto refundido del Real

del art. 3 LCS en el marco normativo de la LCGC y la LGCU, la doctrina le reconoce el mérito de ofrecer una base fundamental para la interpretación jurisprudencial, aunque la misma no haya tenido siempre carácter uniforme⁹.

La inclusión del contrato de seguro en el marco de un nuevo código de comercio junto a la incorporación de los principios generales de la contratación del Libro cuarto del Código Mercantil y vigente régimen general de los contratos civiles requiere analizar de nuevo el marco de relaciones de estas regulaciones, algunas deliberadamente incompletas, respecto de las que el Estado reclama competencia exclusiva. Junto a este factor, se observa en su contenido los nuevos condicionamiento tecnológicos, así como los mecanismos de la contratación a distancia por medios telemáticos, electrónicos, telefónicos u otros semejantes, y la influencia jurídica recibida de la integración en el contexto de Derecho Comunitario y del Derecho Comparado Europeo¹⁰.

Las dificultades de encaje normativo afloran en las sucesivas redacciones que ha tenido el régimen de estas condiciones generales del contrato de seguro sucesivamente en el Proyecto de Código Mercantil publicado en 2013 y con posterioridad la más completa acogida en Anteproyecto finalmente presentado en 2014. La doctrina llega a proponer con motivo de la revisión de los preceptos del contrato de seguro la supresión de dicha normativa especial, sobre la base de reconducir dicho régimen a la ley que regula de forma general las CGC, incluidas también en el anteproyecto, y a las disposiciones especiales de la LCGC para la regulación de todos los contratos sometidos a condición general de contratación en tutela de consumidores¹¹.

2. MECANISMOS DE CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO

La condición general de la contratación es una cláusula predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes. Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores, también en el contexto del contrato de seguro. Se trata de normas que tienen un ámbito propio de contratación diferenciado del contrato por negociación. Ello explica que el fundamento de dicha contratación descansa en un “control de validez social” cuya regulación está en la normativa especial de carácter tuitivo, que se contiene en la que regula el contrato de seguro y la de condiciones generales de contratación y la normativa de consumo¹². Las condiciones del

Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. La LCGC y la LGDCU ha sido modificada en el régimen que venimos contemplando por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

⁹ SANCHEZ CALERO, F., Ley de contrato de seguro, cit. pág. 76.

¹⁰ TAPIA HERMIDA, A., “Condiciones generales, cláusulas limitativas y cláusulas abusivas ante la reforma de la Ley de Contrato de seguro”, AIDA, 2013, cit. pág. 155.

¹¹ ANGULO RODRIGUEZ, “Hacia la reforma de la Ley de Contrato de Seguro tras mas de XV años de vigencia”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguro, n. 21, 2007

¹² Son los denominados control de incorporación, de interpretación y de contenido, así, vid. BATALLER/LATORRE/OLAVARRIA, Derecho de los seguros privados, 2007, cit. pág. 162. Sobre los distintos controles que cabe establecer a las condiciones generales, vid. NIETO CAROL, U., “Información sobre condiciones generales y cláusulas abusivas: el papel del corredor de comercio

contrato se completan con las cláusulas particulares. Éstas últimas son aquellas que individualizan el contrato, “determinando las circunstancias que concurran al contrato de que se trate (límite del valor asegurado, personas que intervienen en la relación, descripción de los bienes en que recae el interés asegurado...). No reúnen las notas de generalidad pero pueden estar predispuestas, es decir, pre redactadas por la aseguradora y prevalecen en caso de contradicción sobre las condiciones generales en los términos del art. 6 LCGC.

Para compensar que el predisponente tiene posición de superioridad en la fase de contratación, se insertan mecanismos particulares de control¹³ conocidos como “control de abusividad” y el de “transparencia” que requiere el denominado de “inclusión”¹⁴. El primer control, para evitar que exista un desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes. El segundo, el control de transparencia, para facilitar la necesaria comprensibilidad de las cláusulas, en cuanto a su carga jurídica y económica, que requiere que con carácter previo las condiciones sean incluidas en el contrato¹⁵. En este punto, es criticable que el actual legislador dispense un trato distinto a las condiciones particulares excluyéndolas del deber de inclusión en la propuesta de contrato si la hubiera¹⁶.

El tratamiento de la ilicitud de dichas condiciones, requiere combinar la *aplicación de la normativa del contrato de seguro y la de consumidores* junto a la del CC y el Ccom. armonizando los mecanismos propios de tutela de estas normativas.

La normativa especial de seguros debe contemplar la aplicación de la regla *interpretativa* “contra proferentem”, -la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad (art. 1288 CC). En ocasiones la aplicación del derecho por el juez por la vía de *integración del contrato* - art. 1258 CC- lleva a este resultado.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no suele declarar el “carácter abusivo” de cláusulas predispuestas en aplicación de la LCS y, sin embargo, si ha existido copiosa jurisprudencia en ha discutido la “incorporación” o no al contrato de la

colegiado”, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, 2000, pág. 532, en particular sobre el control judicial, administrativo, legal y el que emana de las propias empresas que utilizan dichas condiciones como es el caso del defensor del asegurado. Un estudio sobre la evolución histórica de dichos controles en el contexto de los sucesivos anteproyectos, vid. RODRIGUEZ ARTIGAS, F., “Antecedentes de la Ley sobre condiciones generales de la contratación. Los sucesivos anteproyectos de Ley”, AAVV. *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, (Dir: NIETO CAROL, U.)Valladolid, 2000, pág. 79 y ss.

¹³ SÁNCHEZ MARTIN, C., “La configuración bajo condiciones...”, cit. pág. 59.

¹⁴ Subraya MENENDEZ MENENDEZ, A., “El proceso de elaboración de la disciplina sobre condiciones generales en nuestro ordenamiento”, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, pág. 49, la posibilidad de combinar la *declaración de ineficacia por carácter lesivo* (art. 3 LCS), con la *no incorporación* de las limitativas no firmadas (art. 3 LCS), como la *declaración de nulidad por infracción de norma imperativa* (art. 2 LCS) de las condiciones que empeoran la posición del tomador. El art. 3 LCS, establece un *sistema de control administrativo*, (“estarán sometidos a la vigilancia de la administración pública”), y un *control judicial* a través del pretendido efecto general ya que “declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública obligará a los asegurados a modificar la cláusulas”

¹⁵ ISERN SELVAT, “Las condiciones generales del contrato de seguro y la protección del asegurado en el derecho español”, Dialnet, pág. 109, pág. 103.

¹⁶ En este sentido, ISERN SELVAT, “Las condiciones generales ...loc. pág. 105, que critica esta opción que impide que el asegurado pueda hacerse correcta comprensión del alcance del riesgo al que está sujeto.

cláusula ¹⁷. En muy pocas ocasiones el TS ha declarado lesiva una cláusula, circunstancia que se explica en que la Ley califica como inderogable y por tanto *nulas por infracción de norma imperativa* las cláusulas que empeoren la posición del tomador respecto a la que le otorga la Ley. Por regla general los jueces ha preferido acudir a *la interpretación*, es decir, al art. 1288 CC -la conocida “regla contra proferentem”, cuyo contenido dispone que “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”-, y a la regla de *no incorporación* de las cláusulas no firmadas para proteger a los asegurados en caso de cláusulas abusivas. El requisito de la *suscripción específica* ha sido utilizado por la jurisprudencia para realizar un control encubierto del contenido de las condiciones generales especialmente en lo que se trata de las *cláusulas de exoneración de responsabilidad de la aseguradora en ciertos supuestos de seguros de responsabilidad civil*.¹⁸ En otras ocasiones se ha acudido a la normativa de consumidores ignorando el contenido del art. 3 LCS¹⁹.

2.1. Control de transparencia

El Anteproyecto de Código mercantil recoge el régimen general de las condiciones del contrato de seguro en el art, 581-3 exigiendo que la póliza del contrato de seguro deba contener las condiciones generales, especiales o particulares que sean aplicables al contrato que suscriba el tomador”. Subraya la exposición de motivos del legislador del Anteproyecto que la modificación consistente en que la póliza contenga las “condiciones generales, especiales o particulares” que sean aplicables al contrato que suscriba el tomador, pretende evitar que recaiga sobre él, como ha sucedido hasta ahora con los documentos utilizados en la práctica, la compleja labor de discriminar qué condiciones le resultan aplicables y cuáles no.

La vigente LCS se preocupa de la incorporación de las condiciones generales en el contrato de seguro, de forma que el asegurado *conozca las condiciones generales* incluso antes de la concertación del contrato, en el momento de deliberación, por este motivo impone la obligación que se incluya al momento previo en que el asegurado hace la proposición del seguro y al definitivo de concertación del contrato en la póliza y en el documento complementario. El art. 3 LCS, contempla junto a las “condiciones generales”, las condiciones “particulares”, ésta últimas no redactadas con carácter general sino escritas a mano o a máquina y cuyo contenido se aplica al caso concreto, siendo necesario determinar las circunstancias que concurren en el caso de que se trate. Esta tutela se refuerza con el régimen de la “Información previa al contrato” del art. 60 de TRLGCU 2007 que tutela al consumidor. La exigencia de informar lleva a obligar a los mediadores de seguros- agentes y corredores- la obligación de ofrecer una información veraz y suficiente de la promoción, oferta y suscripción de las pólizas de

¹⁷ MENENDEZ MENENDEZ, A., “El proceso de elaboración ...”, cit. pág. 49

¹⁸ MENENDEZ MENENDEZ, A., cit. pág. 49

¹⁹ MENENDEZ MENENDEZ, A., cit. pág. 50.

seguros y en general, en toda su actividad de asesoramiento”²⁰. La información se debe extender a la *Ley aplicable al contrato*, a los *diferentes medios de reclamación en caso de litigio*, así como a *determinados datos sobre el asegurador*, extendiendo el ámbito del contenido cuando se trate de seguros de vida.

El legislador del anteproyecto contempla igualmente ciertas exigencias en el art. 581-3, 3, paralelas a las contempladas en la LCGC con relación a este control de transparencia que *imponen claridad y precisión en la redacción de la condición general*. Trata en el apartado a) de establecer reglas relativas a la necesidad de buscar concreción, claridad y sencillez en la redacción de las cláusulas²¹. La claridad se refiere tanto a la intelectual como a la material que sirve de medio para aquella, requiriendo por este motivo caracteres legibles. Con esta previsión el legislador quiere destacar el deseo de mejorar el conocimiento por el asegurado de las condiciones generales²². Se pretende que el adherente tenga conocimiento del la tipicidad del contrato suscrito así como de los riesgos implícitos en la contratación de éste²³. No se entiende bien el motivo por el que no se pida en la fase previa de formación del contrato también el control de las condiciones particulares²⁴.

La sanción para las condiciones generales será por el art. 6.2 LCGC la interpretación de la cláusula “contra proferentem” o contra “estipularotem” que se extiende a las particulares por el art. 1288 CC y la declaración de no incorporación por el art. 7 LCGC y declaración de nulidad por el 8.1 LCGC²⁵.

2.2. Control de las “cláusulas lesivas” y “abusivas”

2.2.1. Consideraciones previas

El control de abuso o lesividad pretende evitar las situaciones de desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes contractuales²⁶. No hay referencia expresa a la

²⁰ Es inaplicable la posibilidad prevista en el art. 5.2 LCGC, cuando contempla que el contrato no se incorpore por escrito y que el predisponente pueda anunciar las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se realce el negocio, ni tampoco aplicable la normativa reglamentaria a la que se refiere este precepto para la contratación telefónica o electrónica.

²¹ Esta opción supone consolidar el criterio seguido por el legislador en el art. 3 LCS, primer párrafo, donde se hace referencia a la redacción clara y precisa de dichas condiciones. La expresión se reitera en el art. 5.5 de la LCGC que con términos paralelos requiere que “La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”.

²² EMBID IRUJO, “Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado en las condiciones generales del seguro”, La Ley 3030, 1992-2, pág. 70, pág. 703, ILLESCAS, “El lenguaje de las pólizas de seguro” en VERDERA, Comentarios a la Ley de Contratos de Seguro, vol. I, Madrid 1981, pág. 360.

²³ SANCHEZ MARTIN, c., “La configuración...”, cit. pág. 60.

²⁴ El art 581-3 obliga incluir en la proposición solo las condiciones generales. Según la disposición “(L)as condiciones generales, (...) habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo”.

²⁵ Vid. en LAGUADO GIRALDO, C.A., “Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro”, 2003. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/231-251.pdf, pág. 241 el juego de dichos principios interpretativos.

²⁶ Según SANCHEZ MARTIN, C., “La configuración de las contratación..., cit pág. 59 en la fase prenegocial requiere un enjuiciamiento o juicio de valor abstracto centrado en marco negocial predispuerto o ajeno que evita un enjuiciamiento particular del caso concreto cuyas peculiaridades se

cláusula lesiva en el texto del anteproyecto de código mercantil, que se limita en el art. 581-3, tercer apartado, letra b), sobre “Condiciones del contrato de seguro”, a contemplar que “(L)as condiciones generales y particulares deberán (...) estar ajustadas a la *buena fe y justo equilibrio* entre los derechos y obligaciones de las partes” a diferencia del art. 3 párrafo primero LCS que dispone la prohibición de las condiciones generales “lesivas” para los asegurados²⁷. Son lesivas las que comporten excesiva onerosidad para el asegurado, por lo que sin contravenir de manera frontal las disposiciones legales imperativas, tendrían consecuencias desproporcionadas o injustas para el asegurado.

La lesión se vincula al control de abusividad y éste filtro trata de compensar el desequilibrio inicial que nace de los contratos con cláusulas predispuestas²⁸. La normativa de seguro responde al criterio de exigir un contenido equilibrado a dichas cláusulas, entendiéndose por equilibrado las que respondan a valoraciones semejantes a las del derecho que sea aplicado por el juez por la vía de integración del contrato del art. 1258 CC, en el caso de que las partes no hubieran previsto regulación alguna para integrar contenido²⁹. No basta los requisitos generales que afirman la vinculación de los contratos sobre la conformidad y aceptación general -1.088 y 1255 CC-, *sino que para que sean vinculantes es necesario que su contenido no resulte contrario a las exigencias de buena fe y justo equilibrio* por lo que se *no deben ser vinculantes las cláusulas abusivas*³⁰. A este ámbito de reflexión se quiere conducir cuando se afirma que la cláusula lesiva quiere hacer referencia a una fórmula para hacer frente a aquellas situaciones en las que las condiciones generales de la contratación, sin estar en contradicción directa con un precepto concreto de la LCS, colocan al asegurado por medio del contrato de seguro en una situación de desequilibrio injusto entre sus derechos y obligaciones con la otra parte o se trata de una cláusula con contenido

examinan en otros ámbito del juicio de eficacia contractual y también le es ajeno la valoración de la posible existencia de vicios en el consentimiento.

²⁷ Art. 3 párrafo 1 dispone que “Las condiciones generales (...) en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados”.

²⁸ Delimita SANCHEZ CALERO, en Ley de Contrato de Seguro, pág. 96 la noción de lesividad. Dicho concepto de cláusula lesiva se *diferencia de las cláusulas contempladas en el mismo art. 3 LCS que se refieren a las cláusulas limitativas*, que sin embargo son lícitas, y de las cláusulas invalidas del art. 2 LCS por contravenir normas imperativas o prohibitivas. No parece coincidir con el contenido de lesión previsto en el art. 1293 CC de la normativa civil que limita la posibilidad de rescisión de los contratos basándose en los casos contemplados en el art. 1291.1 y 2 y el art. 1074 CC. Define dicha noción en el contrato de seguro de forma reciente ISERN SELVAT, “Las condiciones generales...loc. pág. 109

²⁹ Esta reflexión conecta con valoraciones acerca de la naturaleza de las cláusulas incluidas como condición general. La teoría que parte de la naturaleza contractual tiene, sin embargo, que admitir como debilidad que sólo hay consentimiento en sentido estricto respecto de las cláusulas predispuestas que contienen los elementos esenciales del contrato y no respecto del resto relativo a todo el contenido del contrato. En sentido estricto solo se consiente en los elementos esenciales donde hay acto libre de autodeterminación, aceptación de precio y contraprestación esencial, pero no cuando se “adhiera” al resto de las condiciones, ALFARO, “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación”, en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la contratación*, cit. pág. 82 y ss

³⁰ Vid sobre estas consideraciones, ALFARO, “Función económica y naturaleza jurídica ... cit. pág. 80. Para examinar los principios que activan el mecanismo del “control de abuso” en la depuración de las condiciones generales realizado por la jurisprudencia reciente vid. SÁNCHEZ MARTIN, C., “La configuración de la contratación bajo condiciones generales en la jurisprudencia reciente”, *Otrosí*, n.5. 2014, pág. 59.

contrario a la buena fe, cuya valoración ha de efectuarse por el juez en cada caso concreto³¹.

Más discutido es la aplicación de dicho mecanismo de control de lesión al examen de *las condiciones particulares* por considerar el criterio de evitar el control y la sanción de las cláusulas *que hayan sido objeto de negociación* con el tomador del seguro y el asegurado, y defender la opinión de reconducir este régimen de la declaración de lesividad a las *que han sido predisuestas de forma general por el asegurador*³². Por razones similares no parece sencillo someter al control de lesividad las cláusulas generales, *que hagan referencia a los elementos esenciales del contrato* ya que presuponen que sobre estos extremos el asegurado puede pronunciarse con conocimiento y libertad y sería inconstitucional incluso la posibilidad de que el Derecho español pudieran declararse abusivos o contrarios a la buena fe los elementos esenciales del contrato³³. El debate subsiste en el marco de lo previsto en el art. 581-3³⁴ advirtiendo la doctrina la exigencia de cautela frente al peligro de incurrir en el riesgo de establecer un sistema en el que jueces y otros profesionales tengan un poder de control sobre la justicia y razonabilidad de las prestaciones esenciales con base en una cláusula general como es la “contrariedad a la buena fe”³⁵.

La especialidad del control de lesividad de las condiciones generales y también de las particulares en el ámbito del seguro reside en que, en el caso del seguro, hay un criterio legal de referencia, lo que favorece el control de sus cláusulas aun cuando sean sobre condiciones esenciales³⁶. En efecto, dichas cláusulas, a pesar de ser negociadas individualmente, suelen estar pre redactadas por el asegurador y también las consentidas especialmente con el asegurado pueden ser excesivamente onerosas. El art. 9.2 LCGC admite expresamente que el control de contenido y la correspondiente nulidad de las cláusulas que afecten a elementos esenciales del contrato cuando dispone la sentencia estimatoria “declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del art. 1261 CC”³⁷.

³¹ SANCHEZ CALERO, Ley de Contrato de Seguro, pág. 96.

³² En este sentido, SANCHEZ CALERO, Ley de Contrato de Seguro, pág. 96

³³ Vid, estudio particular en ALFARO, pág. 129 y ss. El marco positivo, el art. 4.2 de la Directiva 94/13/CE, argumenta en este sentido cuando estima que “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

³⁴ El art. 581-3 texto anteproyecto Código Mercantil impone que las “Condiciones del contrato de seguro”, es decir, “condiciones generales y particulares”, deban estar ajustadas a la *buena fe y justo equilibrio* entre los derechos y obligaciones de las partes

³⁵ Sobre las reflexiones a estos peligros vid. ALFARO, pág. 131.

³⁶ Explicando que en el contrato de seguro, al existir un criterio de referencia legal para la valoración, es posible un control de contenido de las cláusulas generales y las particulares que regulan elementos esenciales del contrato, ALFARO, vid. pág. 134; Podrían controlarse aquellas cláusulas que de forma tácita o expresa alteran el contenido esencial y determinante del contrato de tal forma que desvirtúen la confianza manifestada por el consumidor en el momento de celebrar el contrato sobre el alcance de la prestación que recibe y el coste de la operación, vid. ISERN SELVALT, “Las condiciones generales...”, cit. pág. 111

³⁷ Tal como expone DUQUE DOMINGUEZ, J., en “Las cláusulas abusivas en contratos de consumo”, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, 2000, en la legislación

El equilibrio de esta intervención queda ejercitada por los notarios y registradores que tienen en el ámbito profesional de su competencia la obligación de considerar el control de contenido de estas cláusulas. La función calificadora de las formas extrínsecas de los documentos que la Ley impone a los registradores a la luz de la sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS de 13 de septiembre de 2013 (Rec. 14/2011) y de la reciente doctrina de DGRN de 1 de octubre de 2010, les autoriza para realizar el control de lesividad o abusividad. Pero es el juez el que tiene más amplias facultades en este contexto si se les facilita corregir la lesión al aplicar el mecanismo de la *integración del contrato* conforme a las exigencias de la buena fe recogida en el art. 1258 CC³⁸. Las facultades son más amplias en el caso de los consumidores. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 3 de junio de 2010, (asunto C-484/08), resuelve favorablemente la cuestión prejudicial planteada por el TS sobre la posibilidad de que la legislación interna de un estado miembro *permita decidir la lesividad de una cláusula relativa al contenido esencial del contrato* aunque la misma *haya sido redactada con claridad*, al tratarse de una directiva de mínimos, posibilidad que se admite en los términos del art. 9.2 LCG y art. 82 y 83 LGCU³⁹.

La sanción vinculada al establecimiento de alguna condición general lesiva en el contrato de seguro por el art. 3 LCS es la consideración como no puesta, es decir, sería un caso de nulidad parcial, de forma que el contrato tendría efectos sin tener en cuenta la existencia de la cláusula⁴⁰.

española las cláusulas referentes a los elementos esenciales del contrato, los que definen el objeto como el precio y la retribución, a diferencia de lo que viene contemplado en la Directiva 93/13, no están fuera del ámbito de control, dado que es una directiva de mínimos y la LCGC no disminuye la protección que en este punto había alcanzado la LGDCU.

³⁸ Subraya SÁNCHEZ MARTÍN, C., “La configuración de la contratación bajo condiciones generales en la jurisprudencia reciente”, *Otrosí*, pág. 60, que se trata de aplicar el mecanismo de control de contenido cuyo examen se reside en los Tribunales de Justicia, en la medida que el contrato juicio de valoración que se realiza, excede del control administrativo de los órganos supervisores, como también del que realizan los notarios y registradores.

³⁹ Explica ISERN SELVAT, “Las condiciones generales ...”, cit. pág. 114, que “la cuestión versaba sobre si un Estado miembro, de conformidad con el art. 8 de la citada Directiva, puede establecer en su legislación y en beneficio de los consumidores un control del carácter abusivo de aquellas cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre el precio y la retribución, que queda excluido en virtud del art. 4.2 de la misma Directiva, aunque dichas cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible. A tal cuestión responde el Tribunal europeo confirmando lo que se indica en el considerando duodécimo de la Directiva en el sentido de que ésta sólo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas, por lo que se reconoce a los Estados miembros la posibilidad de garantizar al consumidor una protección mayor que la prevista en la Directiva. En virtud de lo cual declara que los citados artículos de la Directiva “deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”. Por lo tanto, la normativa española no es incompatible con la normativa comunitaria sobre el control de las cláusulas abusivas”.

⁴⁰ SANCHEZ CALERO, Ley de Contrato de Seguro, pág. 99.

2.2.2. La lesividad en la contratación entre empresarios en la normativa civil de los contratos por negociación

La eficacia del alcance del art. 3 LCS, por el art. 8.2 LCGC, para el caso de que la contraparte sea consumidor queda reconducida a la normativa especial de consumidores, por lo que habría que considerar dos temas: por una parte, el estudio de cláusula “abusiva” en los contratos de seguro con consumidores, cuestión que analizaremos en el siguiente epígrafe; Y por otro lado, si es factible tras la promulgación de esa normativa especial la subsistencia de un tratamiento singular para los contratos entre empresarios⁴¹.

Respecto de esta segunda cuestión, es controvertido defender la vigencia de un específico régimen de control de contenido de las condiciones entre empresarios en la LCGC y, por ende, en la LCS. Algunos estiman que no se extiende a las condiciones generales utilizadas frente a un asegurado/tomador empresario dicho control desde la aprobación de dicha normativa por el tenor del art. 8 LCGC que expresamente limita la posibilidad de declarar nula una cláusula de condiciones generales de la contratación por abusiva frente a un consumidor en el sentido del art. 1 LCU como adherente⁴².

A pesar de que la doctrina propugnaba la oportunidad de que exista un régimen de control de contenido especial de los contratos suscritos por los empresarios con condiciones generales frente al control propio de los contratos generales no parece haber sido éste el criterio del legislador⁴³. Bajo esta argumentación late el convencimiento de que las cláusulas predispuestas no exigen por su propia presencia el control de contenido que antes mencionamos, reforzando la visión contractualista frente a la intervencionista en este ámbito de la contratación⁴⁴. La ratio del control específico de la contratación con consumidores se basa en esta consideración especial y no se extiende al hecho de la asimetría en el proceso de la formación del contrato⁴⁵. Sería, además, una discriminación arbitraria hacia empresarios de seguros que un contratos con empresarios quedarán sometidos al control de contenido y no lo estuvieran los de empresas bancarias o de transporte⁴⁶.

⁴¹ TAPIA HERMIDA, “Condiciones generales...”, cit pág. 322 y de forma más reciente, ISERN SALVAT, “Las condiciones generales...”, loc.cit.pág.110

⁴² ALFARO, PÁG. 141. “Disposiciones generales”, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid 2002, págs. 141. Al margen de la consideración sobre la necesidad de la protección para el empresario frente a la Condición General de la Contratación, vid. PAGADOR LOPEZ, “Régimen jurídico de las condiciones generales y particulares del contrato de seguro”, RESeg. 87., 1996, pág. 145. Las razones que fundamentaban suprimir la exigencia del control e contenido en el ámbito de los contratos con condiciones generales entre empresarios es que supondría un factor de rigidez no aconsejable desde la perspectiva de la competitividad empresarial, Vid. GOMEZ GALLIGO, RCDI, 1998, 1593. ISERN SALVAT, en “Las condiciones generales del contrato...”, cit pág. 115.

⁴³ MIQUEL, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, pág. 447.

⁴⁴ MIQUEL, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, pág. 447

⁴⁵ Alude a este argumento ISERN SALVAT, “Las condiciones generales...”, cit pág. 117.

⁴⁶ ALFARO, PÁG. 141. “Disposiciones generales”,... cit. págs. 141. Parece responder a este mismo argumento aquel que alega que no parece tener sentido que el sector asegurador tenga que requerir una reglamentación especial de mayor rigor que la de otros sectores económicos y financieros, bastando la simple acomodación del régimen general al mismo, vid. ANGULO RODRIGUEZ, “Hacia la reforma de la Ley de Contrato de Seguro tras mas de XV años de vigencia”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, n. 21, 2007

El tenor literal del art. 591-3 del texto del Proyecto de Código de Comercio precepto proyectado disponía en su redacción original que “Las cláusulas que sean calificadas como *abusivas* por la Ley o los jueces o Tribunales serán nulas, sin perjuicio de la eficacia del resto de las condiciones válidas del contrato”⁴⁷. La desaparición en dicho texto de la mención a las “cláusulas abusivas” apoya la interpretación de que el legislador no crea un específico control del contenido de las condiciones generales de la contratación en los contratos entre empresarios. Como resultado, el control de contenido que se establece en general para los contratos en la Ley de Condiciones Generales no contempla ninguno con carácter específico, como tampoco parece contemplarlo el proyecto de código mercantil.

Esto no quiere decir que en las *condiciones generales entre profesionales* no pueda existir abuso, pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. La imposibilidad de acudir a la legislación especial en materia de consumidores con relación al régimen de lesividad conduce alternativamente al régimen general del “contrato por negociación”, -que atiende a la voluntad negocial manifestada por las partes como principio rector del orden interpretativo del contrato celebrado (art. 1281 CC) como apunta reciente STS de 28 mayo de 2014 (Rec. 503/2012) que decidía la lesividad de una cláusula de un contrato de compraventa un local para el ejercicio de la actividad profesional de prestación de servicios. No aplica la interpretación del control específico de abusividad propio de la contratación seriada con consumidores dado que la contraparte del contrato no es consumidora y aplica el régimen general de “contrato por negociación”⁴⁸.

2.2.3. La cláusula abusiva en los contratos con consumidores en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios

Cláusula lesiva en presencia de un consumidor se convierte en una cláusula abusiva, es decir, requiere que el destinatario final del servicio que representa el seguro sea un consumidor y lleva a la aplicación de la noción de “cláusula abusiva” en los términos que contempla el art. 82 TRLGCU. La sanción del carácter lesivo es la declaración de nulidad de pleno derecho y la consideración de que se tendrán por no puestas para el consumidor a pesar de haber recibido los servicios y pese a no discutirse si el precio

⁴⁷ Artículo 591-3. *Condiciones del contrato de seguro*:1. Serán aplicables a las condiciones generales del contrato de seguro las normas sobre las *condiciones generales de contratación*. 2. La póliza del contrato de seguro deberá contener únicamente las *condiciones generales, especiales o particulares* que sean aplicables al contrato de seguro que suscriba el tomador del seguro. 3. Las cláusulas que sean calificadas como *abusivas* por la Ley o los jueces o Tribunales serán nulas, sin perjuicio de la eficacia del resto de las condiciones válidas del contrato.

⁴⁸ SANCHEZ MARIN, C., “La configuración de la contratación bajo condiciones generales en la jurisprudencia reciente”, *Otrosí*, pág. 63.

global exigido era o no excesivo con el alcance previsto en el art 83TRLCG⁴⁹. El principio excluido por la declaración de nulidad se combinaba y sustituía con la integración según los criterios del art. 1258 CC⁵⁰. Sin embargo, esta posibilidad se ha limitado por la reciente reforma del art. 83 TRLCU que impide la moderación judicial de la cláusula tras la declaración de abusividad, dejando abierta la posibilidad para situaciones no equitativas de declarar la nulidad del contrato⁵¹.

La exposición de motivos del Anteproyecto de Código Mercantil destaca “que se ha tomado como criterio general el de *no incorporar a este Código mercantil las normas de protección de los consumidores*”. Se ha considerado, en efecto, que habiéndose promulgado el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en fecha muy reciente, y tratándose de un texto legal equiparable a un Código sobre la materia, parecía poco adecuado alterar ese planteamiento legislativo, de manera que se respeta la diferencia de las normas de protección de los consumidores como ajenas a la regulación del Código mercantil. Por este motivo, las cláusulas con consumidores observarán un tratamiento especial y quedarán al margen del Anteproyecto en el TRLCU.

En el contexto de esta normativa especial se contempla el tratamiento de la Cláusula abusiva. Se define por cláusula abusiva la que *en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales* y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la *relación con los consumidores*. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predisuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual. En este sentido, *sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional* es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley de consumidores. La disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, queda incorporada en TRLCGC RDL 1/2007, texto que incorpora la Directiva 13/1993 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. La Ley incorpora las cláusulas declaradas nulas por la Directiva y además las que con arreglo a nuestro Derecho se han considerado *claramente abusivas*.

Siguiendo el dictado de la Directiva 93/13, los parámetros que requiere la aplicación de dicha disposición de forma acumulativa son la *contravención de la buena fe* y el *desequilibrio importante de los derechos y las obligaciones del consumidor*⁵². El

⁴⁹ Esta es el criterio que aplica el TS como señala GONZALEZ PACANOWSKA, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para al defensa de los Consumidores y usuarios y en otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007, pág. 959*.

⁵⁰ Vid. GONZALEZ PACANOWSKA, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para al defensa de los Consumidores y usuarios y en otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007, pág. 961, 59 con referencias doctrinales*.

⁵¹ SANCHEZ MARTIN, C., “La configuración de la contratación...”, *loc.cit.* pág. 60.

⁵² Vid. GONZALEZ PACANOWSKA, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para al defensa de los Consumidores y usuarios y en otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo*

art. 82.1 TRLGDCU, dispone que son cláusulas abusivas “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”⁵³. La buena fe se erige como patrón de conducta de las relaciones contractuales del empresario con consumidores de forma que señala un objetivo modelo legal de comportamiento leal para el empresario y para el consumidor el conjunto de expectativas que se pueden formar sobre el tipo contractual propuesto. Este principio se concreta con relación a los *elementos esenciales de la propuesta al consumidor* en la exigencia de que se realice una *presentación completa y transparente*, de modo que el consumidor pueda decidir con pleno conocimiento de causa el *objeto y la adecuación económica* y además, debe tratarse de un *desequilibrio importante* de los derechos y obligaciones siendo en este último aspecto el equilibrio de referencia el derecho dispositivo⁵⁴. Es abusivo lo contrario a una norma prohibitiva, pero la dispositiva debe sustituirse en su caso por una disposición general que respete también el equilibrio. El segundo apartado del mencionado art. 82 contempla que “(E)l hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”. El art. 82.3 TRLGDCU inserta las denominadas “cláusulas grises” por aplicar el principio de relatividad del concepto general de cláusula abusiva, que requerir atender a la definición de abuso en el caso concreto estimando que “el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la *naturaleza de los bienes o servicios* objeto del contrato y considerando todas las *circunstancias concurrentes* en el momento de su celebración, así como todas las *demás cláusulas del contrato* o de otro del que éste dependa”. Por último el apartado 4 del art. 84 TRLGDCU enumera una serie de cláusulas “negras” por considerar que son “en todo caso abusivas”, relacionando las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los

1/2007, pág. 956 y ss El consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. Se aplicará la LCS cuando la protección al asegurado sea superior.

⁵³ El considerando 16 de la Directiva 93/13 expresa que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas, con arreglo a los criterios generales establecidos, ha de completarse mediante una “evaluación global de los distintos intereses en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe”; y que los “profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa a la otra parte, cuyos intereses legítimos deben tener en cuenta”, vid, GONZALEZ PACANOWSKA, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y usuarios y en otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007, pág. 957*.

⁵⁴ Tal como explica GONZALEZ PACANOWSKA, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y usuarios y en otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007, pág. 961*, La cláusula general impone comprobar que la regla contractual predispuesta es conforme con los principios básicos de la regulación aplicable sin ella y que no pone en peligro la finalidad del contrato tal como objetivamente deba ser configurada. Por consiguiente es una operación equivocada contrarrestar la regla contractual predispuesta solamente con los límites del art. 1255 CC. No es el control específico que ha de verificarse con la cláusula general. El parámetro del control lo proporciona el Derecho que sería aplicable sin la condición general o cláusula predispuesta que haya superado el control del art. 1255 y el de la lista contranida en los art. 85 a 91 TRLGDCU. Solamente entonces es necesario y también obligado, aplicar la cláusula de buena fe y justo equilibrio de derechos y obligaciones.

artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

La sanción de la cláusula abusiva se contempla en el art. 83 cuando dispone que , “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”⁵⁵. En efecto, la sanción es la declaración de nulidad de pleno derecho y la consideración de que se tendrán por no puestas para el consumidor a pesar de haber recibido los servicios y pese a no discutirse si el precio global exigido era o no excesivo ⁵⁶. Venía considerándose que el principio excluido por la declaración de nulidad se sustituye con la integración según los criterios del art. 1258 CC⁵⁷. Sin embargo, esta posibilidad se pone en duda por la reforma del precepto que dispone -tras la reforma por el art. único.27 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre-, que “las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”. Esto parece indicar que el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas no dispone de las facultades para integrar el contrato, ni dispone de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato. En efecto, con la pretensión de consolidar el efecto disuasorio de la sanción para el predisponente aunque con ello se potencie el enriquecimiento del adherente al límite de lo que sería injusto, el legislador

⁵⁵ La sentencia del caso Banesto de 14 de junio de 2012, obliga a la reforma del art. 83 TRLCU, precepto que en su redacción original facultaba la moderación del juez respecto del contenido de la cláusula tras la declaración de abusividad como presupuesto necesario del efecto disuasorio. La disposición contemplaba :“1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad *se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva*. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y *dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes*, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato”.

⁵⁶ Esta es el criterio que aplica el TS como señala GONZALEZ PACANOWSKA, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para al defensa de los Consumidores y usuarios y en otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007, pág. 959*.

⁵⁷ Vid. GONZALEZ PACANOWSKA, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para al defensa de los Consumidores y usuarios y en otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007, pág. 961, 59* con referencias doctrinales.

ha suprimido en el art. 83.2 TRLCU las facultades de moderación del juez prevista en el precepto al disponer que “la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva”.

A pesar de ello, la doctrina sigue sosteniendo que la no incorporación al contrato o la nulidad que determine la ineficacia total del contrato debe analizarse en orden a la eficacia resultante del mismo en los términos que contempla el art. 8, 9 y 10 LCGC⁵⁸. El art. 9.2 de la LCG dispone que “la sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación *afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil*”. El art. 10 LCGC admite la posible moderación de la cláusula tras la declaración de abusividad ya que dispone que “la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. En el segundo apartado completa que *la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo* “lo cual puede restar el efecto disuasorio que se pretende con la inclusión de dicha sanción.

3. LAS “CLÁUSULAS LIMITATIVAS” DE LOS DERECHOS Y LAS DELIMITATIVAS DEL RIESGO

3.1. Planteamiento

Señala la exposición de motivos del Anteproyecto de Código Mercantil que “se ha considerado conveniente aclarar la compleja distinción entre las *cláusulas delimitativas* del riesgo cubierto y las cláusulas *limitativas* de los derechos de los asegurados que

⁵⁸ Estudia este alcance SANCHEZ MARIN, “La configuración...”, cit pág. 61 y ss A estos efectos, la LGCU otorgaba el Juez que declarase la nulidad de dichas cláusulas la facultad de integrar el contrato y disponer de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsistiera el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinasen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pudiera ser subsanada podría el Juez declarar la ineficacia del contrato” Estas facultades de moderación, en particular, las que otorgan al juez la de declarar la integración de la parte de contrato afectada con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 del CC y al principio de buena fe objetiva, se suprime como consecuencia del alcance del TJ de 14 de junio 2014 sobre el caso Banesto que impide dicha moderación de la cláusula tras la declaración de abusividad como presupuesto del efecto disuasorio que se pretende.

tanta atención ha merecido por nuestra jurisprudencia⁵⁹. La regulación que se propone requiere que la póliza identifique de manera completa la “naturaleza del riesgo cubierto, describiendo, de forma clara, destacada y comprensible, las garantías y coberturas otorgadas en el contrato, así como respecto a cada una de ellas las exclusiones y limitaciones que les afecten destacadas tipográficamente”⁶⁰.

Es tradicional la distinción doctrinal y jurisprudencial de *cláusula limitativa* de los derechos del asegurado, que cercenan ciertos derechos ligados a la posición de asegurado en una modalidad contractual, de las *cláusulas delimitativas* del riesgo del asegurado, estas últimas decidiendo el nacimiento o no de los derechos del asegurado⁶¹. La inclusión de las cláusulas delimitativas se contemplan en el Anteproyecto en el precepto que define el contrato de seguro⁶², puesto que la noción se vincula a la de “riesgo asegurado” que define la prestación del asegurador y ésta depende de la delimitación del riesgo que sirve de base para el cálculo de la prima⁶³. El riesgo, en el ámbito del contrato de seguro, es la posibilidad de que ocurra un evento que entraña unas consecuencias económicamente perjudiciales o, que si se quiere, vaya a crear una necesidad económica o, lo que es igual, que implique la posibilidad de un evento dañoso, en el sentido de que su producción significa la lesión de un interés. El riesgo es *objeto de cobertura*, según el art. 1 LCS, *dentro de los límites pactados*. El contrato ha de *individualizar el riesgo* que se quiere asegurar, que depende de la *naturaleza del evento que se pretende asegurar* (incendio, robo...) y *del interés* sobre el cual debe verificarse el evento, debiendo producirse en el contrato una delimitación del riesgo con precisión de las causas del evento, el tiempo y el espacio en que debe verificarse. Las

⁵⁹ Se muestra muy crítica con la regulación legal MUÑOZ PAREDES, ML., en “El contrato de seguro en la propuesta de código mercantil”, loc.cit.pág.345, expresando que a pesar de esta intención expresada en la exposición de motivos, no se ve claro cómo se ha aclarado tal distinción.

⁶⁰ Artículo 581-8. Contenido de la póliza. (...) 2. La póliza incluirá, además de la información prevista en la normativa especial de seguros privados relativa a la protección del asegurado, las menciones siguientes: c) Naturaleza del riesgo cubierto, describiendo, de forma clara y comprensible, las garantías y coberturas otorgadas en el contrato, así como respecto a cada una de ellas, *las exclusiones y limitaciones* que les afecten destacadas tipográficamente.

⁶¹ El propio art. 1 LCS contempla que la obligación del asegurador existe “dentro de los límites pactados”, criterio que se reitera en todos los preceptos que definen las distintas modalidades de seguro. En efecto, la LCS al regular las distintas modalidades de contrato tras individualizar la naturaleza del riesgo (incendio, robo, etc..) utiliza la expresión a la hora de delimitar esta modalidad de decir “el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos por la Ley y en el contrato a indemnizar...” (arts. 45, 50, 54, 63, 68, 69, 73, 76^a), 77, 105 LCS).

⁶² Artículo 581-1 sobre la “Noción” dispone que “Por el contrato de seguro el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, *dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato*, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”.

⁶³ Tal como señala SANCHEZ CALERO, F., Ley de contrato de seguro, en pág. 34 El contrato de seguro tiene una función económico social centrado en la cobertura del riesgo que aflora en el contrato que para el contratante tiene efectos psicológicos y económicos con que produce una satisfacción de una necesidad actual. El art. 1 LCS con relación a la definición del contrato de seguro señala la idea de que el asegurado asume una obligación de “cobertura de riesgo”, es decir, que no solo se trata de contraer una “obligación para el caso de siniestro” (como disponía la redacción originaria del Proyecto de Ley de Contrato de seguro) sino, tal como señala el texto legal en su redacción vigente, la obligación del asegurador es más amplia en el sentido de que, en cualquier caso, aún cuando no se produzca el siniestro, el asegurador realiza una prestación que consiste en ofrecer una seguridad o garantía al contratante del seguro. Desde el punto de vista jurídico el riesgo es la causa del contrato que predetermina la obligación del asegurador.

cláusulas establecidas en el contrato, señala la jurisprudencia, *no limitan* los derechos del asegurado, sino que *delimitan el riesgo* asumido en el contrato, su contenido, el ámbito al que el mismo se extiende, lo que constituye un límite objetivo nacido de la voluntad pactada de las partes ⁶⁴.

Las cláusulas limitativas se refieren al ámbito que deja el derecho dispositivo a la autonomía de la voluntad, es decir, cuando en virtud de normas de este carácter se recorte la posición jurídica que, de no pactarse una determinada cláusula, tendría el asegurado, ya que esta limitación no será posible cuando los derechos del asegurado estén configurados por una norma de carácter imperativo, permitiendo el art. 2 LCS sólo ampliar derechos pero no cercenar de manera directa o indirecta la protección que otorga la LCS ⁶⁵. Frente a las cláusulas lesivas que sólo comprende las cláusulas generales –cláusulas predispuestas por el asegurado sin que se hayan negociado individualmente–, las cláusulas limitativas comprende tanto las generales como las particulares. La doctrina apunta que debiera ser excepcional la posibilidad de revisar estas cláusulas limitativas en el marco del régimen de control de contenido de las condiciones generales de la contratación, por ser cláusulas “aceptadas” por el asegurado y por regla general, en relación con elementos esenciales de contrato, por lo que quedarían de forma controvertida vinculadas a un régimen de condiciones generales de la contratación ⁶⁶. A pesar de estos factores, pueden quedar sujetas al control de contenido y ser declaradas eventualmente ilícitas por lesivas para el asegurado con base a que existe “una base legal del objeto del contrato” y con referencia a ésta ciertas limitaciones de la responsabilidad del asegurador podrían declararse lesivas en el sentido de “no razonable” y ser anuladas por este motivo. Sin embargo, ya señalamos que en pocas ocasiones el TS ha calificado como lesiva una cláusula ⁶⁷, ya que suelen decidir la ilicitud por criterios alternativos: las que empeoran la posición del tomador respecto a la que otorga la Ley son nulas por infracción de norma imperativa (art. 2 LCS), como también por la aplicación de la regla *interpretativa* “contra proferentem” (art. 1288 CC) por su oscuridad, o bien, por la falta de firma se declaran *no incorporadas* (art. 3 LCS), junto a otras medidas derivadas de la aplicación de la normativa de consumidores ⁶⁸.

⁶⁴ En este sentido, SANCHEZ CALERO, F., *Ley de contrato de seguro*, cit. pág. 33, recoge el criterio de la jurisprudencia, así, STS 9 febrero referida al seguro de responsabilidad civil precisa que tal límite objetivo tiene su base en los arts. 1 y 73 de la LCS cuando expresan “dentro de los límites pactados” o “dentro de los límites establecidos e la Ley y en el contrato”. También en otras sentencias como STS 10 junio 1991 (RJ 1991, 4434), 31 diciembre 1992 (RJ 1992, 10663), 10 febrero 1998 (RJ 1998, 752), 22 enero 1999, 14 mayo 1999, 14 junio 1999, 23 diciembre 1999, (RJ 1999, 4, 3474, 4472, 9373) y 30 marzo 2000 (RJ 2000, 2503). Recuerda el autor, que la jurisprudencia quiere excluir extensiones analógicas, al afirmar la STS 14 mayo 1999, (RJ 1999, 3474), “no se olvide que el art. 1 de la LCS es categórico al respecto: “El asegurado se obliga ... para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar dentro de los límites pactados”. Los límites los marcan los acontecimientos previstos (y no otros) que son objeto de cobertura, sin que quepa realizar interpretaciones analógicas”.

⁶⁵ Puntualiza VEIGA COPO, A., *Tratado del contrato de seguro*, Navarra, 2009, cit. pág. 224, que las cláusulas limitativas contra normas imperativas son nulas.

⁶⁶ ALFARO, “Disposiciones generales”... cit. págs.134 y ss

⁶⁷ Vid. MENENDEZ MENENDEZ, A., “El proceso de elaboración ...”, cit. pág. 50

⁶⁸ Recordemos a estos efectos, que el control de contenido se suma al resto de medidas contempladas en el art. 3 LCS. Las cláusulas limitativas recogidas en el art. 3 son lícitas siempre que se *destaquen* y *acepten específicamente por escrito*. En este sentido dispone el art. 3 LCS que “(S)e destacarán de modo

En la normativa propuesta se extiende la obligación de destacar junto a las limitativas de los derechos del asegurado las cláusulas que limiten o condicionen o contengan exclusiones de la cobertura. La disciplina sobre modelos de póliza y condiciones generales (derogado Reglamento de Seguros 1912) exigían que se destacaran las “cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y los riesgos excluidos de cobertura”, dando a entender que son distintos, ya que, en éstas últimas cláusulas, se concreta el riesgo asegurado y el contratado sin quitar o restringir al asegurado ningún derecho. La distinción pierde nitidez con la reflexión de que las cláusulas que delimitan el riesgo en forma no frecuente o usual, constituyen de hecho una limitación de los derechos del asegurado⁶⁹. Si las cláusulas limitan de modo “sorprendente” el riesgo podrán ser asimiladas a las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, debiendo por este motivo, destacar una y otras⁷⁰. La dificultad de señalar los perfiles de uno y otro tipo de cláusulas llevará a los asegurados prudentes a destacar gran parte del contrato-la propia suma asegurada no es cláusula limitativa de los derechos pero si es, por la función que cumple, limitativa de la cobertura-si no quieren asumir el riesgo de que resulte no incorporada al contrato una cláusula determinada por no estar destacada⁷¹.

3.2. Régimen particular de aceptación de las limitativas el anteproyecto de código mercantil

Según el vigente art. 3 LCS, la validez de las cláusulas limitativas se subordina a la aceptación por el asegurado, lo que viene a introducir lo que la doctrina conoce como el requisito de la doble firma⁷². La Ley requiere respecto de las cláusulas limitativas que se incorporen de manera expresa de forma que se facilite el conocimiento y que se consientan de forma especial. Tal como dispone el art. 3 LCS “(S)e destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito”. Las cláusulas limitativas generales como las particulares para que entren a formar parte del contenido del contrato deben respetar estas medidas de garantía que requiere una especificación singular en el contrato y una

especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito”. Recuerda el mismo art. 3 LCS que “Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley”.

⁶⁹ Vid. SANCHEZ CALERO, Ley de Contrato de Seguro, pág. 102; EMBID IRUJO, “La protección del asegurado”, pág. 25.

⁷⁰ Tiene esta naturaleza la “cláusula claim made” del seguro de responsabilidad civil ya que el art. 73.2 LCS lo trata como cláusula limitativa del derecho como señala SANCHEZ CALERO, Ley de Contrato de Seguro, pág. 103. Señala el autor que la jurisprudencia de la sala de lo penal – en relación al seguro de responsabilidad civil por daños causados al conductor- ha equipado las cláusulas que delimitan el riesgo asegurado y las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, principalmente con el deseo de proteger el derecho del tercero perjudicado frente al asegurador. Por el contrario la sala de lo civil, distingue entre cláusulas limitativas y cláusulas que delimitan el riesgo no comprendidas en el art. 3 precisamente porque el derecho no ha nacido para el asegurado (STS 22 abril 1991 (RJ 1991,3018), STS 2 junio 1992 (Rj 1992, 5170).

⁷¹ MUÑOZ PAREDES, M.L., “El contrato de seguro...”, cit pág. 346.

⁷² POLO, E., *La protección del contratante débil y las condiciones generales de los contratos*, Madrid 1990 pág. 85 y ss

aceptación cualificada por el asegurado⁷³. La infracción del régimen previsto en el art. 3 LCS sobre las cláusulas limitativas afecta a la *integración del contrato*, y lleva consigo la invalidez, lo que dará lugar a la ineficacia parcial del contrato e incluso la total en ocasiones de forma excepcional⁷⁴.

El texto del anteproyecto recoge como novedad la posibilidad de aceptación por voluntad presunta del tomador de las “condiciones del contrato”, lo que parece referirse a cláusulas generales y particulares, y por expresa mención también las “cláusulas limitativas” de sus derechos. Para ello es necesario, el transcurso del tiempo, dos meses, el pago de la prima junto a la falta de manifestación de la voluntad de resolver el contrato. Artículo 581-3 del texto del anteproyecto dispone sobre las “Condiciones del contrato de seguro. (...) en el apartado cuarto que “(L)as limitaciones de los derechos del asegurado, tomador o beneficiario figurarán de forma destacada y comprensible y deberán ser aceptadas por el tomador. Las *condiciones del contrato*, incluidas las *limitativas*, se entenderán aceptadas si, transcurridos dos meses desde el pago de la prima, el tomador no ha manifestado su voluntad de resolver el contrato. El texto legal del Anteproyecto de Código Mercantil, introduce esta novedad sobre la vigencia de estas cláusulas mediante consentimiento tácito para todas condiciones del contrato, incluidas las limitativas, como solución que pretende erradicar la discusión sobre la validez o no de las cláusulas limitativas que se plantea, de forma recurrente, ante la extendida costumbre de no devolver las pólizas firmadas al asegurador.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones de la contratación*, Madrid, 1991.

— “Disposiciones generales”, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid 2002, pp. 97 y ss.

— “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación”, en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la contratación*, cit. pág. 75 y ss.

ANGULO RODRÍGUEZ, “Hacia la reforma de la Ley de Contrato de Seguro tras mas de XV años de vigencia”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, n. 21, 2007.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, et al. *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para al defensa de los Consumidores y usuarios y en otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2009.

BATALLER/LATORRE/OLAVARRIA, *Derecho de los seguros privados*, 2007.

73 Transcribe SANCHEZ CALERO, en Ley de Contrato de Seguro, pág. 105, el criterio del TS cuando declara que las cláusula limitativa no aceptada, ni firmada por el tomador del seguro “no puede estimarse lógicamente como vinculante, puesto que no forma parte del contrato de referencia” (STS 26 mayo 1989 (RJ 1989, 3891).

74 En estos términos define las consecuencias de la infracción SANCHEZ CALERO, en Ley de Contrato de Seguro, pág. 105.

- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. “La protección del asegurado en la relación aseguradora” en *Derecho de Seguros II*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, p. 245-326
- “Las cláusulas abusivas en contratos de consumo”, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, 2000.
- CARMONA RUANO, “Las cláusulas definitorias y las cláusulas limitativas”, *Studia iuridica*, n.14., 1997, (Ejemplar dedicado a: La nueva regulación del seguro privado: la ley 30/95, de 8 de noviembre).
- EMBED IRUJO, “Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado en las condiciones generales del seguro”, *La Ley* 3030, 1992-2, pág. 700 y ss.
- “La protección del asegurado: su condición como consumidor” Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1995, p. 13-34.
- FERNÁNDEZ MANZANO, “El nuevo Código Mercantil y la vieja Ley de Contrato de Seguro”
http://www.inese.es/suscripcion_rss/detalle/-/asset_publisher/7zbC/content/el-nuevo-codigo-mercantil-y-la-vieja-ley-de-contrato-de-seguro.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para al defensa de los Consumidores y usuarios y en otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, (Comentario art. 82). pág. 956 y ss.
- ILLESCAS, “El lenguaje de las pólizas de seguro”, *Comentarios a la Ley de Contratos de Seguro*, (dir. VERDERA), vol. I, Madrid 1981, pág. 360
- ISERN SELVAT, “Las condiciones generales del contrato de seguro y la protección del asegurado en el derecho español”, *Dialnet*, 2014
- LAGUADO GIRALDO, C.A., “Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro”, 2003.
http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/231-251.pdf.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “El proceso de elaboración de la disciplina sobre condiciones generales en nuestro ordenamiento”, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, pág. 49.
- MUÑOZ PAREDES, M.L., “El contrato de seguro en la propuestas de código Mercantil”, AIDA, 2013, pág. 337 y ss.
- NIETO CAROL, U., “Información sobre condiciones generales y cláusulas abusivas: el papel del corredor de comercio colegiado”, AAVV., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, (Dir: NIETO CAROL, U.), Valladolid, 2000.
- PAGADOR LÓPEZ, “Régimen jurídico de las condiciones generales y particulares del contrato de seguro”, RESeg. 87., 1996, pág. 83 y ss.
- “Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales”, AAVV, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, (Dir: NIETO CAROL, U.), 2000.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Antecedentes de la Ley sobre condiciones generales de la contratación. Los sucesivos anteproyectos de Ley”, AAVV. *Condiciones*

generales de la contratación y cláusulas abusivas, (Dir: NIETO CAROL, U.)Valladolid, 2000.

SÁNCHEZ CALERO, et al. *Ley de contrato de seguro. Comentario a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 2 ed. 2001.

— “Las condiciones generales de los contratos de seguro y la protección de los consumidores”, *Reseg.* 21, 1980. Pág. 5 y ss.

SÁNCHEZ MARTIN, C., “La configuración de la contratación bajo condiciones generales en la jurisprudencia reciente”, *Otrosí*, n.5. 2014, pág. 59.

TAPIA HERMIDA, A., “Condiciones generales, cláusulas limitativas y cláusulas abusivas ante la reforma de la Ley de Contrato de seguro”, *AIDA*, 2013.

VEIGA COPO, A., *Tratado del contrato de seguro*, Navarra, 2009.

LA EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN EL ACM

MARÍA CONCEPCIÓN PABLO-ROMERO GIL-DELGADO*

Resumen

El contrato de suministro no tiene regulación propia en las normas de la contratación privada. El ACM lo incorporará al elenco de contratos que regulan el intercambio de bienes como un contrato afín a la compraventa con la que tiene muchísimas conexiones. La principal obligación del suministrador - suministrar - puede identificarse con la obligación de entrega de los bienes en la compraventa si bien tiene algunas características propias derivadas del carácter de ejecución continuada del contrato. A estas especialidades recogidas en el texto proyectado dedicaremos este estudio.

Contenido

1. Introducción. – 2. La noción de suministro en el ACM. – 2.1. El suministro como contrato de intercambio de bienes. – 2.2. El suministro como contrato único y duradero. – 2.3. El suministro como contrato mercantil. – 3. La obligación de suministrar. – 3.1. La entrega de los bienes. – 3.1.1. La entrega conforme. – 3.1.2. La entrega libre de pretensiones de terceros. – 3.2. La delimitación de las prestaciones concretas. – 3.2.1. Tipo y calidad de los bienes. – 3.2.2. Cantidad o volumen de los bienes. – 3.2.3. El momento de la realización de las prestaciones. – 4. Alteraciones en la ejecución de las prestaciones. – 4.1. La falta de conformidad. – 4.2. Derechos del suministrado por incumplimiento del suministrador. – 4.2.1. Marco general. – 4.2.2. El incumplimiento general en el suministro. – 4.3. Excesiva onerosidad del contrato.

1. INTRODUCCIÓN

El ACM incorpora como novedad la regulación de materias que como el contrato de suministro que carecía de normativa aplicable¹. Y cierto es que no la tiene en derecho privado patrimonial pero no es un contrato desconocido en absoluto en nuestro Derecho que lo regula en el ámbito de la Administración Pública² y en algunas normas sectoriales como el sector energético³, y lo incluye en el TRDCU⁴ o en la CNUCCIM⁵.

* Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Pública de Navarra. .

¹ I-29, VI-12 y VI 54 de la Exposición de motivos ACM.

² Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público

³ Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, art. 43-52; RD 1434/2002 de 27 Dic. Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, en su art. 31 y otras normas complementarias dispersas que puede encontrarse en la base de datos articulada

En concreto los artículos 9 y 290 a 300 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que con una perspectiva más amplia que el mero intercambio de bienes, califica de suministro no solo los contratos que tengan por objeto la adquisición de bienes sino también el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles. Y de esta forma, se consideran contratos de suministro aquellos en que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario, sino también los arrendamientos y cesión de equipos y sistemas de telecomunicaciones o tratamiento de la información y los de fabricación y entrega de productos especialmente encargados por la administración, con o sin aportación de los propios materiales.

Por su parte, el suministro de energía eléctrica se define como la entrega de energía a través de las redes de transporte y distribución mediante contraprestación económica en las condiciones de regularidad y calidad que resulten exigibles.

Y por lo que se refiere a la contratación con consumidores, el art. 115.1 se refiere a los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse de manera semejante a como lo hace el art. 3.1 de la CNUCCIM que considera compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas.

Pero si bien el suministro no es desconocido en nuestro derecho no tiene en el derecho privado patrimonial un texto normativo que pueda servir de patrón general para este contrato frecuentísimo en el tráfico comercial y utilizado tanto para la adquisición de bienes de consumo como de mercaderías o materias primas para abastecimiento de diferentes actividades empresariales.

En la regulación que propone el ACM se encuadra el suministro en el libro V, título I entre los contratos de intercambio de bienes, asimilado a la compraventa, con la que guarda, dice la Exposición de Motivos, una vinculación evidente en cuanto a la prestación principal del contrato y se encuentra sistemáticamente situado detrás de la regulación general de la compraventa, como un contrato afín a ella.

Y, de esta forma, el régimen propuesto no hace una regulación completa del suministro sino tan solo regula aquellos aspectos que lo hacen diferente de la compraventa en cuanto que la característica esencial del suministro es el modo de entrega de los bienes, que se hace de forma periódica o continuada, siendo el factor tiempo un elemento clave en el desarrollo del contrato. Y para reforzar la afinidad con la compraventa, la regulación propuesta se cierra con una norma de remisión, el art. 513-9 que bajo el epígrafe de “Regulación subsidiaria” se dispone que “En todo lo no

mediante el sistema integral de información sobre normativa energética de la CNMC. Sobre estos contratos puede verse, MENDOZA LOSANA, Ana Isabel, “Contratos de suministro de gas y electricidad” en AAVV, AAVV (dir.) CARRASCO PERERA. Ángel, *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Vol. 1, 2013, págs. 771-784.

⁴ Art. 115.1 TRLGDCU.

⁵ Art. 3.1 CNUCCIM. Sobre el concepto de compraventa internacional y las características del suministro de productos que deban fabricarse, PERALES VISCASILLAS, María Pilar, “Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo”, *AC*, 4, 2003, pp. 1199 a 1224.

previsto en este capítulo serán aplicables al contrato de suministro las reglas del contrato de compraventa contenidas en este Código”.

2. LA NOCIÓN DE SUMINISTRO EN EL ACM

La noción del suministro se encuentra en el artículo 513-1 ACM que nos dice que “Por el contrato de suministro, el suministrador se obligará a realizar, a favor del suministrado, prestaciones periódicas o continuadas de los bienes objeto del contrato y aquél a pagar el precio. El contrato de suministro tiene siempre carácter mercantil”.

2.1. El suministro como contrato de intercambio de bienes

En esta definición del contrato aparece destacada el modo de ejecución de las prestaciones, periódicas o continuadas y con ello se destaca la idea de contrato duradero en el tiempo que no agota su cumplimiento en su solo acto sino que se ejecuta durante el tiempo que las partes hayan acordado.

Pero, sin embargo, sorprende que en la definición no se haga referencia a la entrega de bienes, sino a prestaciones relativas a los bienes objeto del contrato. Y sorprende por varias razones.

En primer lugar, la obligación principal de suministrar que corresponde al suministrador, recogida en el art. 513-2., parece identificarse con la entrega de bienes, de forma que se dice que “el suministrador deberá entregar bienes⁶”.

Por otro lado, en el conjunto del contenido del contrato destacan las prestaciones relacionadas con la entrega: entrega conforme, entrega en cantidad y calidad, entrega en plazo.

En tercer lugar, el contrato de suministro está sistemáticamente situado dentro de los contratos de intercambio de bienes, en el Capítulo Tercero del Título I, del Libro Quinto del ACM, inmediatamente después de la regulación de la compraventa, y como contrato afín a la misma.

Y por último, al remitir a la compraventa la regulación no prevista, hay que pensar en la transmisión de la propiedad de los bienes, lo que necesariamente lleva a la entrega de los mismos.

Cabe interpretar que cuando se refiere el art. 513-1 a prestaciones se está refiriendo al tiempo de cumplimiento y no a la posibilidad de realizar otras prestaciones distintas a la entrega de los mismos. Y que las distintas referencias a “las prestaciones” que se hacen en el texto no significan otra cosa que la concreta y puntual entrega de los bienes pactados en el contrato.

⁶ Lo cierto es que lo habitual parece ser identificar suministro y entrega en las normas que lo regulan. Sobre ello, ALBIEZ DOHRMAN, Klaus Jochen “Los contratos de suministro de materiales”, AAVV, (dir.) CARRASCO PERERA. Ángel, *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Vol. 1, 2013, págs. 141-150.

No parece, tal como está redactado el ACM, que se esté admitiendo la posibilidad de que la entrega de los bienes se haga a título de uso y se asimile a un contrato de arrendamiento. Personalmente creo que no plantearía ningún problema admitir esta posibilidad en algunos supuestos aunque en otros sería difícilmente admisible por la propia naturaleza de los bienes suministrados. No sería posible en el suministro de materias primas o componentes que se incorporan a productos más complejos. Pero si en aquellos otros, como pudiera ser mobiliario o vehículos o elementos de decoración, que deban ser sustituidos cada cierto tiempo no veo el inconveniente por ninguna parte. Y me surge la duda porque el arrendamiento es al igual que la compraventa un contrato de intercambio de bienes pero en el que no se transmite la propiedad de la cosa y, a pesar de que se reenvía la regulación al contrato de compraventa ex art. 513-9, entre las obligaciones del suministrador no se incluye la transmisión de la propiedad de los bienes suministrados. La opción asimilarlo a un contrato de arrendamiento no plantearía ningún problema si en vez de remitirse a las normas reguladoras de la compraventa se reenviara, como hace el art.1570 del Codice civile italiano a las normas que regulan el contrato al que corresponde las prestaciones individuales⁷ pero no lo es cuando el art. 513-9 está redactado de una manera tajante en el que no cabe duda de la intención del legislador de asimilarlo a la compraventa en todo lo no previsto.

Y en este sentido, con más o menos independencia de la compraventa se ha movido siempre nuestra doctrina y jurisprudencia⁸. La interpretación tradicional en la jurisprudencia lo ha vinculado a la compraventa, ya sea como una “modalidad” de la misma o como una “compraventa sui generis” o situando la “la relación entre las partes en el ámbito del contrato de compraventa mercantil, en su modalidad de suministro, regulada en los art. 325 a 345 del Cco” o cuando lo califica de “compraventa por suministro”⁹. No obstante, aunque vinculado con la compraventa, más modernamente se considera como un contrato afín a la compraventa pero en el que hay marcar ciertas especialidades propias, derivadas del hecho de la pluralidad de prestaciones y su

⁷ Art. 1570. Rinvio. *Si applicano alla somministrazione, in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni.*

⁸ ALONSO SOTO, Ricardo, (“Los contratos de distribución comercial” en URÍA, Rodrigo – MENÉNDEZ, Aurelio (drs.) *Curso de Derecho Mercantil*, II, Civitas, Madrid, 2001, pp. 167 y ss.) lo incluye entre los contratos de distribución, por la finalidad económica a la que sirven, sobre todo en aquellos casos en que va unido a pacto de exclusiva como es el caso que resuelve la STS de 18 de marzo de 1991 (comentada por LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio, “Resolución unilateral por incumplimiento en el suministro con pacto de exclusiva. Comentario a la STS de 18 de marzo de 1991”, *LL*, 1991, 3, pp. 388-398) y en donde puede resultar difícil deslindarlo de la concesión. La SAP Madrid 17.05.2004 (JUR 2004,246277) distingue el suministro de la distribución cuando no está en la intención de las partes la transmisión del dominio del material que se entrega, ni se recibe el precio pagado por su adquisición, sino el de su comercialización, ni el suministrado actúa como propietario del material suministrado, limitándose a intermediar en la transmisión.

⁹ SsTS 10 marzo 1994(RJ 1994,1734): compraventa en la modalidad de suministro; 28 febrero 1996 (RJ 1996,1268): compraventa por suministro.

Un caso especial es el que se recoge en la STS 21 septiembre 1998 (RJ 1998,7285), en la que se plantea si suministro de combustible para hacerse un buque a la mar está incluido en los conceptos de proporcionar pertrechos y avituallamiento de las naves. En este caso el suministro no es facilitado para un viaje sino que se repite varias veces en distintos puertos lo que convierte las cargas de combustible en operaciones susceptible de ser calificadas de contrato de suministro con entregas sucesivas,

carácter de contrato de duración¹⁰. Por ello, viene diciendo la jurisprudencia, aun siendo el suministro un contrato diferenciado de la compraventa pero afín al mismo, su regulación se rige en su mayor parte por las reglas de la compraventa, contenidas, hoy por hoy, en el Código de Comercio si es mercantil, siempre que no sean opuestas a su específica naturaleza¹¹.

2.2. El suministro como contrato único y duradero

Es notorio que el suministro es un contrato muy habitual en el tráfico económico porque facilita la posibilidad de obtener la satisfacción de necesidades periódicas que se repiten en el tiempo pero se vinculan a un contrato único¹² que evita que haya que realizar un contrato cada vez que surge la necesidad de una prestación, con lo que ello supone de ahorro en la contratación. Por otra parte, se asegura para el suministrado aquello que precisa para el normal desarrollo de su actividad y se pueden evitar problemas de abastecimiento y, al mismo tiempo, al suministrador le permite hacer un cálculo aproximado de la salida de sus productos. Es frecuente, además, que el pago del precio no se realice cada vez que se haya efectuado la prestación sino que quede aplazado, liquidándose en periodos determinados, con lo que en cierto modo se obtiene por parte del suministrado una financiación del precio del suministro.

En este sentido, ha destacado la jurisprudencia la esencia del suministro es la función de “la satisfacción de necesidades continuas para atender al interés duradero del acreedor”¹³ para lo cual “una de las partes se obliga a cambio de un precio a realizar a favor de otra prestaciones periódicas y continuas”¹⁴. Vemos, por tanto, que se considera elemento esencial del contrato la entrega sucesiva o periódica de bienes muebles a cambio de un precio pactado¹⁵. Se genera aquí una relación obligatoria duradera que debe mantenerse a lo largo de un cierto periodo de tiempo y se integra, por consiguiente, por una pluralidad de prestaciones que presentan también un carácter continuado¹⁶. Y que la jurisprudencia ha calificado como paradigma del contrato de tracto sucesivo¹⁷.

¹⁰ BERCOVITZ ALVAREZ, Raúl, “El contrato de suministro” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto (Director) *Contratos Mercantiles*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 3º ed. 200, pp. 387.

¹¹ La jurisprudencia se ha inclinado desde hace varios años a distinguir ambas figuras entre otras en las STS 30 de noviembre de 1984 (RJ 1984,5695), 8 de julio de 1998 (RJ1998, 5589), 7 de febrero (RJ 2002, 2237), 3 de abril de 2003 (RJ 2003,340), que lo califica como contrato diferenciado de la compraventa pero afín al mismo y en igual sentido la de 27.09.2006 (RJ 2006,8631), de 23 enero 2009 (RJ 2009,1270). La 24 de febrero de 1992 (RJ 1992,1425) aborda el problema de la distinción con las compraventas individualizadas aunque sean plurales y continuadas, señalando que si bien cabe su encuadre jurídico y genérico en la compraventa, el suministro presenta peculiaridades que le dan una fisonomía pues se trata de un convenio único y previo que ejercita mediante prestaciones periódicas y continuas.

¹² Las SSTS 30 noviembre 1984 (RJ 1984,5695), 8 julio 1988 (RJ 1988,5589) lo califican como contrato único.

¹³ STS 8 julio 1988 (RJ 1988,5589).

¹⁴ STS 13 junio 2002 (RJ 2002, 4897). En el mismo sentido, STS 7 febrero 2002 (RJ 2002,2237), 3 abril 2003 (RJ 2003,340), 23 enero 2009 (RJ 2009,1270) o la más reciente de 21 marzo 2012 (RJ 2012,5570).

¹⁵ AVILEZ GARCÍA, J, “*Compraventa por suministro*”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R., *Tratado de Contratos, Tomo II, 2009, p... 2004*.

¹⁶ DÍEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, vol. IV, 2010, pg. 175.

¹⁷ STS 21 marzo 2012 (RJ 2012\5570).

2.3. El suministro como contrato mercantil

El ACM propone la calificación del suministro como contrato mercantil, en la línea de considerar que son mercantiles los contratos que así se califiquen atendiendo a la atribución de la mercantilidad de la materia mercantil¹⁸ que según la Exposición de Motivos (I-10), “vuelve a ser el Derecho de una clase de personas y de una clase de actividades, como lo fue en su origen, al que retornan las más modernas formulaciones positivas” y que el art. 001-3 delimita categóricamente diciendo que “1. Son mercantiles y quedan sujetos a las normas del presente Código: a) Los actos y contratos en que intervenga un operador del mercado sujeto a este Código conforme al artículo 001-2 y cuyo contenido principal pertenezca a las correspondientes actividades expresadas en ese artículo”. Pero si podía quedar algún resquicio a la discusión de la mercantilidad el propio ACM establece en su artículo 411-1 que “Las normas que regulan los contratos, excepto las relativas a su noción y su mercantilidad, tienen carácter dispositivo salvo que en ellas se establezca expresamente otra cosa, y en consecuencia se aplicarán salvo pacto en contrario entre las partes”. Y la mercantilidad del suministro viene expresamente determinada en el párrafo segundo del art. 513-1 que dice que “El contrato de suministro tiene siempre carácter mercantil”.

No es este el momento de entrar en la conveniencia o no de este criterio de atribución de la mercantilidad de los contratos, que ha sido fuertemente criticada en la doctrina civilista¹⁹. Tiempo habrá para ello si finalmente se aprueba el texto propuesto. Pero si quiero destacar, que hoy por hoy, sigue siendo importante la calificación del contrato como civil o mercantil.

La verdad es que ni en la doctrina ni en la jurisprudencia se han planteado casi dudas acerca de la mercantilidad del contrato que se acepta con carácter general cuando se realiza entre comerciantes, siendo además un contrato necesario para el funcionamiento de la organización empresarial. Por otro lado, se dice, al ser un contrato atípico cabe es preciso acudir al expediente de la analogía del art. 2 Cco y, acercándose a la compraventa, el suministro deberá ser calificado de civil o mercantil siguiendo los criterios del art. 325 Cco²⁰. Aunque, se han planteado casos en los que se ha discutido la aplicación de la prescripción trienal del art. 1967. 4 del Cc cuando el suministro es para uso o consumo empresarial. Se trata de evitar la aplicación de este artículo en los casos de suministros entre empresarios en los cuales lo suministrado no se dedique a la reventa sino que se incorpore a los procesos de producción y explotación en la empresa. Los tribunales no se planteaban la cuestión y aplicaba literalmente el art. 1967, 4º tratándose de suministros entre comerciantes o empresarios que se dedicasen a tráfico distinto del suministrador. Pero las dudas vienen cuando el suministrado es un

¹⁸ VÉRGEZ SÁNCHEZ, Mercedes, “La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la propuesta de Código Mercantil”, RDM, 292, 2014, pp. 11-21.

¹⁹ Por todos, GARCÍA RUBIO, María Paz, “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, nº 1 (enero-marzo, 2014), Estudios, pp. 7-27.

²⁰ SECO CARO, Enrique, “El contrato mercantil de compraventa”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo Jesús (coord.) *Derecho Mercantil*, II, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 273 y ss.

empresario que adquiere los bienes para elementos de su actividad como ha sucedido en algún caso²¹.

3. LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRAR

El art. 513-2 regula la principal obligación del suministrador: suministrar. Y lo hace desglosando los distintos aspectos que deben tenerse en cuenta para determinar detalladamente su contenido de la siguiente manera:

Artículo 513-2. Obligación de suministrar.

1. El suministrador deberá entregar bienes cuya calidad y tipo sean conformes a los estipulados en el contrato, con la frecuencia o continuidad y en la cantidad señaladas en él.
2. Cuando no se haya fijado la cantidad o el volumen del suministro o su periodicidad, se entiende que se ha pactado teniendo en cuenta las necesidades del suministrado, determinadas al momento de la celebración del contrato.
3. Si los contratantes determinan únicamente los límites mínimos y máximos para el suministro total o para las prestaciones singulares, corresponderá al suministrado establecer, dentro de estos límites, el volumen de lo debido.
4. Cuando el suministrado ostente la facultad de fijar el momento de la realización de las prestaciones singulares debe comunicar su fecha al suministrador con una antelación nunca inferior a siete días.

3.1. La entrega de los bienes

Debe el suministrador entregar bienes conforme a lo estipulado en el contrato, con la frecuencia o continuidad y en la cantidad señaladas en él.

3.1.1. La entrega conforme

La entrega conforme al contrato aparece en primer plano de la obligación de suministrar con lo que ello tiene de importante y significativo en lo que debe ser un elemento esencial del mismo que de no cumplirse dará derecho al suministrado a exigir el cumplimiento conforme a lo estipulado²².

²¹ UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, "Contrato de suministro de carburante para uso y consumo empresarial. Pago con tarjeta: Reclamación de cantidad. Inaplicación de la prescripción trienal del artículo 1967.4 CC", *CCJC*, nº 48, sept.-dic. 1998, pp. 927-936. En relación con STS 6 octubre 1997 (RJ 1997,7091), en la que el suministrado es un empresario de transportes que adquiere carburante para sus vehículos. En este caso, el TS no rechazó la aplicación de la prescripción trienal basándose en la argumentación de que el art. 1967.4 Cc nació con el objetivo de beneficiar exclusivamente a los particulares, sino que entendió que en este caso el precio derivado del contrato no lo era por un contrato de suministro sino de un contrato de crédito, ya que la suministradora había emitido unas tarjetas para que los vehículos pudieran repostar sin necesidad de realizar entregas de dinero en efectivo. La calificación del contrato como de crédito, y no como de suministro, lleva al TS a afirmar que a esta figura contractual no le resulta aplicable el art. 1967. 4 Cc que tiene un ámbito distinto.

²² GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, ("La compraventa mercantil", *RDM*, 287, 2013 pp. 9-26) ha señalado la conveniencia de que la futura regulación de la compraventa debiera instituir como primera obligación del vendedor la entrega de bienes cuya cantidad, calidad y tipo sean conformes a los estipulados en el contrato de manera que la garantía que tiene el comprador de recibir lo convenido deja

La noción de conformidad es sin duda una de los elementos más importantes en el derecho contractual que refleja el principio básico de que las obligaciones contractuales deben cumplirse de acuerdo con los términos del contrato. Tal como se regula en el ACM para el contrato de compraventa, que entiendo aplicable aquí, la conformidad se refiere a las condiciones materiales de los bienes que deban entregarse y se pretende que en ella queden incorporados todos los supuestos de falta de cumplimiento, reuniendo en un único concepto todas las anomalías que sufra el bien entregado²³ y se señala en el art. 511-7 las circunstancias a las que debe referirse la conformidad y los criterios para determinar su falta.

La incorporación del principio de “conformidad con el contrato” se ha ido imponiendo en el ámbito nacional o internacional, como un mecanismo de protección del comprador y significa que la falta de ejecución de cualquier obligación resultante del contrato constituye incumplimiento, con independencia de que la ejecución sea o no imputable al deudor. La noción de conformidad del bien presenta la ventaja no sólo de reunir en un único concepto todas las posibles anomalías que sufra el bien entregado, sino la de aunar el régimen jurídico de la responsabilidad del vendedor si se produjera cualquiera de ellas²⁴. En el ámbito internacional el principio de conformidad se establece en la Convención de Viena para la compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980. En el ámbito europeo se encuentra recogido en la Directiva 1999/44/CE, y estos mismos criterios son los propuestos, con vistas a la unificación, en los Principios de Derecho Contractual Europeo en los PECL, o en el Marco Europeo de Referencia²⁵.

Lo que representa el principio de conformidad es, en palabras de MORALES MORENO que en la compraventa, la cosa entregada debe ser adecuada, en cantidad,

de ser un elemento natural del contrato para convertirse en un elemento esencial que es la obligación de entrega.

²³ Artículo 511-7. Entrega conforme al contrato.

Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, o que, por las circunstancias del caso, alguno de ellos no resulte aplicable, el bien entregado será conforme al contrato siempre que se cumplan los requisitos que se expresan a continuación:

- a) Que se ajuste a la descripción realizada por el vendedor.
- b) Que sea apto para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo y presente la calidad y proporcione las prestaciones habituales que, conforme a su naturaleza, el comprador pueda fundadamente esperar.
- c) Que sea apto para cualquier uso especial precisado por el comprador y conocido o debido conocer por el vendedor.
- d) Que posea las cualidades de la muestra que el vendedor haya presentado al comprador.
- e) Que esté envasado o embalado en la forma adecuada para su conservación y transporte.
- f) Que esté correctamente instalado. La incorrecta instalación del bien se equipara a la falta de conformidad cuando, según el contrato, la instalación incumba al vendedor y haya sido realizada bajo su responsabilidad; o cuando, habiendo quedado a cargo del comprador, el defecto se deba a un error en las instrucciones para llevarla a cabo.

²⁴ SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier: “La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio), *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, 11, pg. 68.

²⁵ La conformidad con el contrato se recoge en el DCFR en los arts. IV.A.-2:301 a 2:304, que se refiere a los defectos materiales, mientras que los legales vienen recogidos en los arts. IV.A.-2:305 y 2:306. Sobre esta cuestión, puede verse mi comentario al “Libro IV.A. Compraventa” en AAVV, *Unificación del Derecho patrimonial europeo: marco común de referencia y derecho español*, dirigido por de la CUESTA RUTE, J. M^a, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, págs. 219-238.

calidad y tipo, a lo que requiere el contrato y, en función de ello, el comprador dispone de los remedios propios de incumplimiento²⁶. Este sistema de protección del comprador es, como es sabido, totalmente distinto al sistema de protección del comprador por defectos de la cosa de nuestros Cc y Cco en los que para la protección del comprador corresponde el régimen de saneamiento por vicios ocultos y no coincide con el de conformidad ni en su naturaleza ni en sus efectos. Y es que el régimen del saneamiento es distinto del incumplimiento y ofrece menor protección que éste. El principio de conformidad, sin embargo, no es ajeno al Derecho español, que lo introdujo por primera vez para las compraventas internacionales mediante la ratificación en 1991 de la CNUCCIM y, posteriormente, en la trasposición de la Directiva 1999/44/CE mediante la Ley 23/2003, de 10 de julio, hoy incorporada al TRLGDCU, pero al estar previsto sólo para algunos casos de compraventa se produce una concurrencia de remedios entre ella y el sistema de protección del CC. Este hecho ha motivado que se haya reclamado por parte de la doctrina civilista una reordenación del sistema de protección del comprador, derogando el sistema de saneamiento propio del Cc o, al menos, clarificando la relación existente entre ellos²⁷.

Con la superación del sistema de saneamiento por el régimen de conformidad con el contrato se ponía de manifiesto la necesidad de su incorporación al régimen de la compraventa con carácter general²⁸. Y es en este sentido, que el ACM lo incorpora para la compraventa mercantil. De aprobarse el ACM en los términos propuestos, el sistema de saneamiento de los artículos 336 y 342 del Cco, que tantos quebraderos de cabeza ha dado a los mercantilistas y a los tribunales, quedará derogado, dejando atrás la interpretación forzada y derogatoria de este régimen que venían haciendo los tribunales mediante la extensión de las reglas del incumplimiento a supuestos de cumplimiento defectuoso intentando buscar para ello los razonamientos jurídicos que le permitieran solucionar de la manera más justa posible los conflictos de los intereses en juego, y en especial, buscando una salida para la protección del comprador.

²⁶ Son palabras textuales de MORALES MORENO, Antonio Manuel, “Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: la compraventa”, *ADC*, 2003, pg. 1613.

²⁷ FENOY PICON, Nieves, “La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores”, *ADC*, tomo LXVI, 2013, fasc. II, pp. 717-836, en especial, pp. 732-734.

²⁸ Es bastante numerosa la bibliografía sobre la falta de conformidad en la compraventa de bienes de consumo. Baste citar aquí a ORTÍ VALLEJO, Antonio: *Los defectos de la cosa vendida en la compraventa civil y mercantil*, Comares, Granada, 2002; MORALES MORENO, Antonio Manuel: “La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE”, en AAVV, *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pg. 161 a 188; SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier: “La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, 11, pg. 61 a 91 y más recientemente, aunque explícitamente referido a la garantía, LLACER MATA CAS, María Rosa: “La garantía por falta de conformidad y el cumplimiento no conforme: el derecho español a la luz del marco común de referencia” en AAVV *Derecho Contractual Europeo*, BOSCH CAPDEVILA, Esteve (director) Bosch, Barcelona, pp. 465 a 478; COSTAS RODAL, Lucía, “El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo”, *ADC*, 2004, 2, pp. 1 y ss.

3.1.2 La entrega libre de pretensiones de terceros

Los bienes deben igualmente entregarse libre de pretensiones de terceros, aspecto este al que se refiere el art. 511-10, incluyendo aquí los basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual²⁹.

La entrega libre de pretensiones de terceros, que aparece como obligación del vendedor en el contrato de compraventa, no se exige específicamente para el suministrador. Es claro que, si hay obligación de transmitir la propiedad habrá que transmitir la cosa libre de cargas y gravámenes de forma que el nuevo titular no se vea perturbado en su tenencia. Ahora bien, si el suministrador no estuviera obligado a transmitir la propiedad, sino solo la posesión de los bienes, ¿podría aplicarse esta misma regla?

Se plantea aquí una cuestión importante, que habrá que resolver acudiendo a la regulación del contrato de arrendamiento de cosas del Cc. En este punto, hay que hacer una precisión no por sabida menos importante. Y es que el Cc dedica los art. 1542, 1543 y 1545 al arrendamiento de cosas, sin regular específicamente el de cosas muebles sino que se centra en el de fincas rústicas y urbanas; sin embargo, la doctrina es pacífica en aplicar la regulación del Código sobre los arrendamientos rústicos y urbanos a los restantes arrendamientos de cosas, regulado en los art. 1546 y ss., por supuesto, con las debidas matizaciones según la naturaleza de su objeto³⁰.

Y el art. 1554 establece como obligación del vendedor “mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato”³¹. En la propuesta de derecho europeo de contratos, DCFR se exige al arrendador la puesta a disposición de los bienes (IV.B.- 3:101) y utiliza el término *availability*, que puede traducirse como disponibilidad. Esta obligación de disponibilidad, que se exige al comienzo del arrendamiento se extiende a todo el tiempo que éste dure, debiendo los bienes permanecer disponibles libres de cualquier derecho o reclamación que pueda ejercer un tercero. Y si el arrendatario utilizara los bienes en su beneficio o permitiera que terceros puedan utilizarlos se produciría una interferencia en el uso de los bienes por el arrendatario que será considerada como falta de conformidad con el contrato. Es decir, el arrendatario tiene la obligación de garantizar el goce pacífico y conforme de los bienes.

²⁹ Artículo 511-10. Entrega libre de derechos y pretensiones de terceros.

1. El vendedor deberá entregar los bienes libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, incluyendo los basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual que conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato.

2. La obligación del vendedor conforme al párrafo precedente no se extenderá a los casos en que, en el momento de la celebración del contrato, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o de la pretensión; o el derecho o la pretensión resulten de haberse ajustado el vendedor a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogas proporcionados por el comprador

³⁰ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, II, 9ª edición, Tecnos, Madrid 2002, pg.328. En el mismo sentido CAMARA LAPUENTE, Sergio: *El arrendamiento de bienes muebles*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p...207 y ss.

³¹ En el DCFR que se ocupa del arrendamiento de bienes muebles puede encontrarse como equivalente la “availability” u obligación de disponibilidad

3.2. La delimitación de las prestaciones concretas

Las prestaciones pueden estar delimitadas exactamente en el contrato o bien puede dejarse la determinación para un momento posterior. No hay en ello inconveniente alguno, salvo que la redacción del contrato lleve a una indeterminación absoluta bien del objeto o bien de la frecuencia. Habrá que fijar, por tanto, los criterios objetivos sobre los que haya que hacerse la delimitación de la concreta prestación.

Vaya por delante una precisión, que se entenderá más claramente después analizar con detalle el texto del art. 513. Y es que al analizar las soluciones previstas por el legislador, la idea principal que parece subyacer es que el suministro está enfocado hacia la satisfacción de las necesidades del suministrado. Me resisto a creer que el suministro solo tienda a satisfacer la necesidad de una de las partes. Y no acabo de ver, cual sea la razón de inclinar la balanza a favor del interés del suministrado, cuando principio general de nuestro derecho es que los contratos bilaterales deben ejecutarse en beneficio de ambos contratantes e interpretarse nos dice el propio ACM art. 414-1 “conforme a la intención común de las partes” teniendo en cuenta todas las circunstancias”.

El texto del art. 513-2 recoge una serie de supuestos que ya se vienen dando en la práctica y les da carta de naturaleza, de forma que en caso de indeterminación se apliquen los criterios legales aquí establecidos. Criterios que hacen referencia al volumen o periodicidad pero no a la calidad o tipo de los bienes.

3.2.1. Tipo y calidad de los bienes

Recae el suministro sobre cosas muebles, y otros como gas o electricidad, generalmente de naturaleza genérica, que puedan ser contadas o medidas, pero no hay inconveniente alguno para que se trate de cosas específicas, aún dotadas de acentuada individualidad. Desde luego la variedad de bienes susceptibles de suministro es enorme, y basta con repasar las sentencias más recientes del TS para darse cuenta de ello. Algunos, como el gas o la electricidad tienen una regulación específica, otros –casi todos- se rigen por las normas generales.

Ahora bien, con la evolución de las tecnologías están apareciendo nuevos productos, inimaginables hace unos años, que son además de gran consumo, que no tienen claramente definido su categoría a efectos de la posible delimitación como contrato de suministro o prestación de servicios. Es el caso de los contenidos digitales que son tratados de manera diferente si están o no en soporte material o se utiliza para acceder a ellos la descarga, y más complejo aún, si ésta se hace en tiempo real (*streaming*) que en unos textos se califican servicio y en otros como compraventa³². En este mismo bloque se encuentra la utilización de redes de telefonía o accesos a internet, aunque este caso, entiendo que es más difícil su calificación como contrato de suministro sino que es más apropiado incluirlos entre los contratos de prestación de

³² GARROTE FÉRNANDEZ-DÍEZ, Ignacio, “Compraventa y suministro de contenidos digitales en la Directiva 83/2011 y CESL”, AAVV (dir.) CARRASCO PERERA. Ángel, *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Vol. 1, 2013, págs. 753-763.

servicios a menos que nos refiramos solamente a suministro como simple abastecimiento material.

Un tercer grupo lo constituyen los productos que deben ser manufacturados o producidos, que pueden calificarse como contrato de obra o como contrato de suministro. En la CNUCCIM o en el DCFR, se incluyen entre los contratos de compraventa, por lo que son susceptibles de ser objeto de un contrato de suministro, del mismo modo que lo hace el art. 115.1 del TRLGDCU, mientras que en nuestro Cc podrían tener más fácil encaje entre los contratos de obra y así será en determinados casos³³.

Si hablamos de su delimitación en el contrato, supuesto que no esté especificado con detalle – en la práctica suele estar extremadamente detallado – puede hacerse mediante su descripción, muestras, referencias a calidad conocida en el comercio, a exigencias de importación...etc., siempre que se establezcan y del contrato se deduzcan los criterios objetivos para su determinación, de la misma manera que en el contrato de compraventa. Porque lo que resulta claro de manera indiscutible es que la entregadas cosas diferentes a lo especificado en el contrato supondrá el incumplimiento con la consecuencia que el suministrado podrá exigir el cumplimiento o la resolución del contrato³⁴.

Ahora bien, la conformidad con el contrato, para cuya determinación se estará a los circunstancias del art. 511-7 va a exigir una actitud diligente del suministrado. En primer lugar, porque tendrá que detallar que tipo de bien espera recibir, y en segundo lugar, porque para determinar si el bien es o no conforme el art. 511-11 le impone el deber de examinar los bienes que se han puesto en su poder.

3.2.2. Cantidad o volumen de los bienes

En cuanto a la determinación de la cantidad o volumen, su determinación se hará fijando el número de unidades, su peso o medida de forma directa o indirecta. Si de

³³ PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, María Concepción, "Libro IV.A. Compraventa" en AAVV, Unificación del Derecho patrimonial europeo: marco común de referencia y derecho español, dirigido por de la Cuesta Rute, J. M^a, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, págs. 219-238; PERALES VISCASILLAS, María Pilar, "Hacia un nuevo concepto"...cit.; y más recientemente, Klaus Jochen "Los contratos de suministro de materiales"...cit.; ALBIEZ DOHRMAN, Klaus Jochen "Los contratos de suministro de materiales" ...cit. La STS de 8 julio. RJ 2011\5009 (suministro de aerogeneradores) califica el contrato como de suministro y no de obra. Se refiere a "el suministro por parte del vendedor" de los mismos, que serán "diseñados por el vendedor"; el "comprador" se obliga, entre otras cosas, a la construcción de las cimentaciones y obra civil que se requiera y el "vendedor" se compromete a transportar los aerogeneradores, a supervisar la instalación, puesta en marcha y puesta en operación; se pacta la entrega y el pago del precio; no es un contrato de obra, porque no hubo contrato de obra entre EHN y LAGERWEY sino de suministro, variante de la compraventa.

³⁴ Con la regulación actual, se ha considerado incumplimiento, por regla general si están detalladas las características de los productos, así en los casos de las SsTS 10 marzo.1994 (RJ 1994,1734) o la de 20.12.2005 (RJ 2006,291). Mientras que la STS 28.10.2005 (RJ 2005,7353), considera que no hay incumplimiento cuando en un suministro de baldosas estas se entregan con una tonalidad diferente que solo constituye un defecto estético. REGLERO CAMPOS, Fernando, "Compraventa. Demanda reconventional de saneamiento por vicios ocultos. Plazo: prescripción y caducidad", *CCJC*, n^o 35, ab-ag. 1994, pp. 701-716.

alguna manera pudiera deducirse de lo manifestado en el momento de la celebración del contrato cuales son las necesidades del suministrado, habrá que atender a lo que resulten ser los intereses de este y no del suministrador, dice el art. 513-2.

Las dudas se plantean en una doble dirección: si del contenido del contrato se deduce una total indeterminación de la cantidad que el suministrador se obliga a entregar y que el suministrado acepta recibir. O si solo puede deducirse la voluntad del suministrador y su capacidad para entregar una determinada cantidad.

En el primer caso, podríamos pensar que estamos ante un contrato cuyo objeto resulta indeterminado en cuyo el contrato resultaría nulo por falta de objeto. En el segundo, si no sabemos la voluntad del suministrado difícilmente podremos afirmar que este se ha comprometido a recibir las cantidades que el suministrador le entregue y si le obligamos a recibir dichas cantidades estaremos dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes.

Esta ventaja que se le da al suministrado en la determinación de la cantidad entiendo que debe corregirse de la misma manera que se ha previsto en el nº 4 de este mismo art. 513-2 para la determinación del momento de la entrega, y que deberá concretarse en la necesidad de que el suministrado comunique con una antelación nunca inferior a siete días, y yo creo que esta antelación no será suficiente en aquellos casos en los que, por la naturaleza del producto o su transporte, hiciera muy gravoso o de difícil cumplimiento la entrega por parte del suministrador. Como siempre, en estos casos, y a pesar de la incertidumbre que ello genere a habrá que estar a lo que resulte razonable según las circunstancias.

Es frecuente que no pueda determinarse exactamente en el momento de la celebración del contrato la cantidad exacta que debe ser suministrada. En estos casos, suele fijarse en el contrato un mínimo y un máximo dentro de cuyos límites se determinará la concreta prestación. Es un criterio que si bien deja el cumplimiento del contrato en una cierta indeterminación resulta conveniente para ambas partes. Pero, ¿a quién corresponde fijar la cantidad concreta en cada momento de la ejecución de la prestación singular? Y en estos casos, corresponderá al suministrado, dentro de estos límites, establecer el volumen de lo debido, nos dice el art. 513-2.3.

3.2.3 El momento de la realización de las prestaciones

El momento de la realización de cada una de las prestaciones concretas es un elemento de vital importancia y deberá estar igualmente determinado. Pero, al igual que sucede con la determinación de la cantidad, puede no saberse con exactitud el momento de su ejecución. Y volvemos a la cuestión inicial: si hay criterios para su determinación, estese a ellos. Si no los hubiera, el ACM ha fijado como criterio que si no se ha fijado su periodicidad, se entiende que se ha pactado teniendo en cuenta las necesidades del suministrado, determinadas al momento de la celebración del contrato. De esta redacción parece que corresponda al suministrado determinarlo, y si esto fuera así, el propio art. 513-2 en el nº 4 nos dice que “Cuando el suministrado ostente la facultad de fijar el momento de la realización de las prestaciones singulares debe comunicar su fecha al suministrador con una antelación nunca inferior a siete días”. Lo que

evidentemente se pretende es evitar al suministrador una demanda intempestiva para la ejecución. El plazo aquí se propuesto es un plazo mínimo que habrá que adaptar a las circunstancias del caso concreto.

4. ALTERACIONES EN LA EJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES

Al referirme a las alteraciones de las prestaciones quiero incluir aquellos supuestos en los que el suministrado no llega a recibir los bienes convenidos tal como se pactó en el contrato: bien porque no sean conforme a las especificaciones del producto, bien porque no se entrega todo, bien porque se entrega tarde o bien porque no se entrega en absoluto, que son casos de incumplimiento. Pero también incluyo aquí aquellos supuestos en los que aun siendo posible el cumplimiento su exigencia al suministrador resultaría excesivamente gravosa debido a la alteración de las circunstancias en que se pactó el contrato.

La regulación prevista para el contrato de suministro es una regulación limitada a las especialidades propias que se derivan de su especial naturaleza con relación al contrato de compraventa al que se reenvía su regulación para las cuestiones no especialmente relacionadas con sus características de contrato único y duradero o de ejecución continuada.

En relación con el no cumplimiento de las prestaciones la regulación del suministro solo incluye una norma específica: el art. 513-8 referida a la extinción del contrato por incumplimiento. Pero, dado que tenemos que encuadrar el resto de las cuestiones derivadas de la no ejecución en las normas de compraventa y, en general en las disposiciones generales sobre los contratos mercantiles, conviene hacer un análisis conjunto – aunque sea somero – de toda la rica problemática de la no ejecución.

Con carácter general podemos decir que hay tres tipos de normas aplicables. Primero, las propias del suministro: art. 513-8; segundo, las propias de la compraventa: tanto el art.511-9 que establece la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad y que resultarán aplicables al suministrador, como los art. 511-16 a 511-20 que recogen las medidas concretas que corresponderán al comprador, a nuestros efectos el suministrado, en caso de incumplimiento; y por último, el art. 416-2 relativo a la excesiva onerosidad del contrato.

4.1 La falta de conformidad

El suministrador está obligado, como hemos visto, a la entrega de los bienes conforme a lo estipulado en el contrato al decir del art. 513-2.1.

La conformidad de los bienes al contrato debe referirse a todas las circunstancias incluidas en el art. 511-7, cuya aplicación al caso concreto debe hacerse teniendo en cuenta lo pactado en el contrato y las demás circunstancias del caso.

Las consecuencias de la falta de conformidad se regulan en el art. 511-9 que hace al vendedor –suministrador- responsable de cualesquiera falta de conformidad salvo aquellas que el comprador –suministrado- conociera o no hubiera podido ignorar

en el momento de la celebración del contrato y las producidas después de la transmisión del riesgo. Responderá igualmente de aquella otras que aun siendo anteriores a la celebración se manifiestan con posterioridad, o siendo posteriores deriven de un incumplimiento de sus obligaciones, incluidas las obligaciones de garantía que pudiera haber asumido en relación con la aptitud del bien para su uso – sea este un uso ordinario o especial-.

Para poder exigir la responsabilidad al suministrador deberá el suministrado haber examinado los bienes entregados y haber efectuado la correspondiente comunicación al suministrador de la falta de conformidad, según lo previsto en los arts. 511-11 y 511-12 para la compraventa.

No procede hacer aquí un análisis pormenorizado de su contenido pero no quiero dejar pasar la oportunidad de manifestar mi perplejidad por los breves plazos de tiempo, – 5 días – a contar a partir de distintos momentos, que se dan al comprador para el examen y la comunicación posterior al suministrador³⁵. Cuando además, de no hacerla perderá, dice el art. 511-20 el derecho a exigir el cumplimiento o la resolución del contrato aunque le queda el recurso de exigir la reducción del precio o la a indemnización de daños, si aduce una excusa razonable.

Pero hay otra segunda cuestión, y es que el juego de los plazos para hacer la denuncia y el de la pérdida de todos los derechos por no hacerla no me parece un modelo de claridad. Por un lado, hay 5 días de plazo para hacer la denuncia, por otro, se pierden todos los derechos si esta no se ha efectuado en el plazo de un año que entiendo que se refieren al derecho a la reducción o a la indemnización de daños porque la resolución del contrato o la exigencia de su cumplimiento se pierden de no haber hecho la denuncia en el momento correspondiente³⁶.

4.2 Derechos del suministrado por incumplimiento del suministrador

4.2.1 Marco general

De lo previsto para la compraventa tenemos que el incumplimiento del suministrador puede ser de dos tipos: esencial y no esencial. En general, en caso de incumplimiento, el Artículo 511-16. Dispone que “Si el vendedor no cumple alguna de sus obligaciones, el comprador podrá, en virtud de la denuncia a que se refiere el artículo 511-12, exigir al vendedor el cumplimiento, reducir el precio o resolver el contrato, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes”.

Por situar la cuestión, puede decirse brevemente, que en primer lugar, cabe exigir el cumplimiento que se traducirá en la reparación de los bienes o su sustitución por otros conformes, siempre que sea posible y proporcionado (511-17.1). Sólo después

³⁵ Ni la CNUCCIM en su art. 38 ni el DCFR en IV.A.-4:301 imponen plazos concretos sino el “más breve posible”

³⁶ Veo aquí una clara influencia de la CNUCCIM, arts. 38 y 39 y del DCFR arts. y 4:302. En ellos sin embargo solo se habla de plazo razonable y no de plazos concretos, dándose un plazo máximo de dos años que se considera como plazo máximo razonable. Pero desde el momento en que se establece un plazo concreto, resulta extremadamente difícil extender luego un plazo máximo sin que se descuadre el mecanismo provocando una disfunción.

de exigir el cumplimiento, podrá pedir la reducción de precio (511-18.1). La entrega parcial o parcialmente conforme, será tratada como incumplimiento sólo respecto de la parte no entregada (511-19).

Si el incumplimiento fuera esencial el suministrado tendrá derecho, según lo previsto por el art. 511-18.2, a la resolución del contrato. En otros casos, solo procederá exigir el cumplimiento o reducir el precio. En cualquiera de estos supuestos podrá exigir, además, la indemnización de los daños y perjuicios que procediere conforme a la legislación civil y mercantil.

Esta redacción obedece a la idea de que todo aquello que pueda repararse o cambiarse, repárese o cámbiese y solo cuando esto no sea posible extíngase el contrato mediante su resolución. En definitiva, se pretende reparar el perjuicio causado, conservando el contrato como parte integrante y necesaria de la actividad que se desarrolla³⁷.

El incumplimiento esencial del contrato no se encuentra definido en el ACM pero es un término utilizado en textos internacionales y nuestra jurisprudencia se ha hecho eco de su significado e importancia para determinar cuándo procede la resolución por incumplimiento³⁸. Su definición podemos encontrarla tanto en la CNUCCIM como en los Principios UNIDROIT. Así vemos que el art. 25 de la CV lo define como “aquel que cause a la otra parte un perjuicio tal que le prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en la misma situación”³⁹. De manera algo distinta pero con arreglo a la misma idea principal de que la importancia del incumplimiento produce la frustración del contrato lo encontramos en los Principios UNIDROIT⁴⁰,

La calificación de esencial, y con ello la posibilidad de resolver del contrato, deriva del perjuicio que se produzca para la otra parte no de la magnitud del

³⁷ VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., “La regulación...cit., p. 17.

³⁸ STS 17 febrero 2010 (RJ 2010,1284), STS 28 de junio 2012 (RJ 2012,8353), STS 18 noviembre 2013 (RJ 2014,2233), STS 23 mayo 2014 (RJ 2014,3878), STS 12 noviembre 2014 (RJ 2014,5697).

³⁹ (GOÑI URRIZA, Natividad, *El incumplimiento fundamental del contrato en la Convención de Viena*, (tesis doctoral) p. 84; y “El incumplimiento resolutorio del contrato de compraventa internacional de mercancías”, en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y AREAL, Santiago, *Cuestiones actuales de Derecho Mercantil Internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 633 y ss.; LAUROBA LACASA, M^a Elena, “El estándar del incumplimiento esencial en la compraventa internacional”, AAVV (dir.) CARRASCO PERERA. Ángel *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo*, Vol. II, 2013, págs. 1429 y ss.).

⁴⁰ La noción de incumplimiento esencial se recoge en los Principios UNIDROIT (versión 2010), cuyo art. 7.3.1. dice:

(2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

- (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;
- (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;
- (c) el incumplimiento fue intencional o temerario;
- (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;
- (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

incumplimiento en sí mismo⁴¹. Pero la interpretación auténtica de su significado en el ACM la encontramos en el comentario de VÉRGEZ⁴² que señala que será esencial el incumplimiento de un contrato cuando haga inviable la finalidad que le es propia.

Se exige, además, un segundo elemento que conforma la noción del incumplimiento esencial como es la imprevisibilidad de sus efectos. Es decir, que la gravedad de las consecuencias derivadas del incumplimiento fuesen imprevisibles por la parte incumplidora o por una persona razonable de idéntica situación y condiciones⁴³.

4.2.2 El incumplimiento esencial en el suministro

Trasladando lo anterior al contrato de suministro, es importante determinar cuáles son los elementos que deben tenerse en cuenta para que el incumplimiento resulte esencial toda vez que se trata de un contrato de ejecución continuada. Y aquí es donde, creo yo, entra el juego del art. 513-8. que nos dice que “El incumplimiento por cualquiera de los contratantes de las prestaciones singulares dará derecho a la otra a declarar resuelto el contrato sin necesidad de preaviso si, en atención a su entidad o reiteración, constituye un incumplimiento esencial del contrato o disminuye la confianza en la exactitud de los sucesivos cumplimientos. La extinción por esta causa no afectará a las prestaciones anteriores cumplidas”.

El art. 513-8 viene a confirmar lo que ya venía haciendo la jurisprudencia y que no es, ni más ni menos, que decir que no basta con el incumplimiento de una sola de las prestaciones concretas, por grave que este sea, sino que será necesario atender a otras circunstancias de forma que pueda afirmarse que se ha producido para el suministrado la inseguridad de que el suministrador vaya a seguir cumpliendo, produciendo con ello la pérdida de confianza respecto del comportamiento del suministrador. Ni que decir tiene que la determinación de esta circunstancia es una cuestión de hecho que deberá decidirse en cada caso⁴⁴.

⁴¹ GUARDIOLA SACARRERA, Enrique, (*La compraventa internacional*, Bosch, Barcelona, 1994 p. 132) nos indica que, de este modo, un incumplimiento aparentemente intrascendente, como puede ser el retraso de unos pocos días, se convierte en esencial si del mismo se deriva la imposibilidad del comprador de utilizar las mercaderías con posterioridad a la fecha inicialmente pactada para la entrega, deviniendo inútil el contrato.

⁴² VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., “La regulación...cit., p. 17.

⁴³ VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás, (*La Compraventa internacional de mercaderías*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 162-166) indica que la jurisprudencia ha considerado como casos de incumplimiento esencial en los siguientes supuestos: 1) cuando se produce el incumplimiento de una obligación impuesta de forma indubitada por una de las partes del contrato y así por ejemplo se citan los casos de violación de una obligación impuesta en el contrato porque permitía pensar que no se cumplirían las demás (OLG Frankfurt Sentencia de 17.09.91, caso Marloto); la violación de una prohibición de destino de las mercaderías; el desconocimiento de un plazo esencial (Amtsgericht Oldenburg in Holstein, Sentencia de 24.04.90, caso bañadores, y OLG Hamburgo Sentencia de 22.08.97, caso acero-molibdeno) y la entrega de una mercancía muy inferior a la pactada 2) cuando las mercancías tienen defectos que hacen que no sean susceptibles de reventa en el mercado, por ejemplo, la entrega de mercaderías no aptas para el uso al que ordinariamente se destinan (Landgericht Baden-Baden, Sentencia 14.08.91, caso cerámica decorativa).

⁴⁴ Entre los casos resueltos por la jurisprudencia pueden citarse, las SsTS de 28 febrero 1986 (RJ 1986,862), supuesto en el que el suministrador cesa en su actividad; 15 febrero 2005 (RJ 2005,1922), en el que se produce retraso relevante en la entrega; 24 febrero 2006 (RJ 2006,8197), caso de falta de entrega, defectos y entrega tardía o en cantidad inferior de materiales.

Se trata de corregir las consecuencias de la manifestación clara y patente de la voluntad del suministrador de no cumplir. Esta apreciación exige, además de la actitud del deudor demostrada en sus acciones, la persistencia y plena conciencia de su comportamiento dirigido a la falta de cumplimiento. Los actos del suministrador serán, por tanto, de tal naturaleza que de manera expresa o por hechos concluyentes – será la situación más habitual – quede probado⁴⁵.

Una solución tal parece fundamentarse en la idea de que el contrato de suministro constituye un factor esencial la confianza y la seguridad en la continuidad en el cumplimiento, que es un elemento esencial en el momento de la celebración. Cuando se produzcan uno solo o varios supuestos de incumplimiento que destruyan el elemento esencial de la confianza deberá entrar en juego el mecanismo de la resolución para la extinción del contrato. Mientras no se produzca esa falta de confianza e inseguridad en el cumplimiento cada una de las prestaciones debe considerarse de manera aislada.

Por otra parte, y así lo hace el ACM, la resolución por incumplimiento afectará a las prestaciones futuras, pero no a las ya cumplidas.

Finalmente, hay que señalar que queda intacto el derecho a ser indemnizado en los perjuicios que la falta de suministro le haya ocasionado.

4.3. Excesiva onerosidad del contrato

A lo largo de la duración del suministro, y precisamente por ser un contrato duradero, puede suceder que se hayan modificado de tal manera las circunstancias en las que se pactó el contrato que si el acreedor exige el cumplimiento se produciría una dificultad u onerosidad excesiva. Desde luego que no se trata de un cambio de circunstancias digamos previsibles o razonables sino de una alteración de tal importancia que llegue a afectar al mismo cumplimiento del contrato por su gravedad, imprevisibilidad y alteración del equilibrio de las prestaciones. Se trata entonces de buscar una solución para estos casos en los que, a pesar de que sea posible el cumplimiento este es tan gravoso para una de las partes que origina un desequilibrio contractual.

En casi todos los ordenamientos jurídicos se han articulado mecanismos para hacer frente a esta situación de manera que se busque una modificación equitativa del contrato y, si ello no fuera posible, se arbitre su resolución⁴⁶.

El mecanismo tradicionalmente utilizado en nuestro ordenamiento no ha venido propiciado por el legislador sino desde aplicación por los jueces y tribunales de los principios contractuales para configurar la cláusula *rebus sic stantibus* para la equitativa modificación del contrato.

Ahora bien, a pesar de que la cláusula *rebus sic stantibus* ha sido alegada con mucha frecuencia en los contratos de ejecución aplazada o de ejecución continuada y duradera y, por lo que aquí interesa, a los contratos de suministro, la jurisprudencia siempre ha sido cautelosa al aplicar este mecanismo reiterando que la posible alteración

⁴⁵ FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, Lourdes. *El contrato de suministro. El incumplimiento*. Madrid, 1991, pp. 292-296.

⁴⁶ Un panorama muy completo de los distintos sistemas en Europa en HONDIU, Ewoud y GRIGOLET, Hans, *Unexpected circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2014.

de las condiciones del contrato es algo consustancial a los de ejecución diferida y que toda obligación diferida se ve afectada por un aleas, aunque el contrato no sea de naturaleza aleatoria⁴⁷. En consecuencia, la revisión del contrato como consecuencia de la alteración de las circunstancias, como mecanismo compensatorio para evitar un resultado injusto, debe hacerse teniendo a) se haya producido una desproporción o desequilibrio importante entre las prestaciones recíprocas de las partes; b), debe tratarse de una alteración grave de las circunstancias comparando las del momento actual con las existentes en el momento de la celebración del contrato; c) la alteración de las circunstancias y sus efectos fueran imprevisibles; y d) que los efectos anómalos producidos no puedan subsanarse por los medios previstos en las normas positivas⁴⁸.

Las estrictas exigencias de la jurisprudencia en su aplicación han dado en los últimos años un giro importante⁴⁹ debido principalmente a la gravísima crisis financiera mundial y si bien no se ha generalizado su uso, sí que se ha abierto una vía para la normalización de la figura y deje de verse como excepcional y anómala y tiendan a consolidar su normal aplicación sin tener en cuenta más que sus presupuestos y requisitos de aplicación⁵⁰.

No ha sido solo la crisis económica la causante de los cambios sino también la influencia de los proyectos europeos en materia de unificación de contratos como los Principios UNIDROIT, los PECL o el DCFR que incluyen en su contenido la excesiva onerosidad o *hardship*⁵¹.

El ACM va a significar toda una novedad, apartándose de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, al incluir en su regulación las consecuencias de la excesiva onerosidad del contrato para los contratos mercantiles⁵², todo él influido como nos

⁴⁷ STS de 17 mayo 1957 (RJ 1957,2164)

⁴⁸ Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en las sentencias 16 junio 1983, (RJ 1983,3632) 13 marzo 1989, 23.04.91 (RJ 1991,3023), 06 junio 1992, 14 diciembre 19.93 (RJ 1993,9881).

⁴⁹ A partir de 2012 se han resuelto varios casos, no todos de forma favorable, pero que demuestran la importancia de que exista un mecanismo para la corrección de estos problemas, desde la de 20 febrero 2012 (RJ 2012,4044) hasta la más reciente de 30 junio 2014, RJ 2250,2012 en la que el TS fija doctrina sobre la caracterización y régimen jurídico de la cláusula «rebus sic stantibus». Son las de STS 17 de enero de 2013 (RJ 2013,1819) y STS 18 de enero de 2013 las que constituyen el punto de inflexión en el cambio de posición del TS.

⁵⁰ Así lo expresa BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel “La «moderna» caracterización y régimen jurídico de la cláusula rebus sic stantibus”, *Actualidad Civil*, nº 11, 2014, pp. 13-14. Pero no es esta más que una muestra de la importancia de la figura en estos tiempos de crisis a la que se han dedicado varios estudios y comentarios: ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, MARTINEZ VELENCOSO, Luz María, *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013; ALCOVER GARAU, Guillermo, “La actual crisis económica y la irrupción de la cláusula rebus sic stantibus: ¿un nuevo foco de litigiosidad mercantil?” *LA LEY mercantil*, nº 4-5, Julio-Agosto 2014; AGÜERA, Sergio, MARTÍN, ADRIANA, “La cláusula “rebus sic stantibus” y otras fórmulas alternativas utilizadas en la jurisprudencia. Especial referencia a los recientes pronunciamientos judiciales”, *Aranzadi digital*, nº 1/2014; de los SANTOS, Carlos, MARTIN GOMEZ, Eduardo, “Rebus sic stantibus: una figura antigua de plena actualidad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 872/2013; GARCÍA-CEREZO, Alejandro, LUNA YERGA, Álvaro y XIOL BARDAJÍ, María, “Crisis económica y cláusula *rebus sic stantibus*: ¿cambio de vía en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo? Comentario de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2013 (RJ 2013\1819)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3/2013 (junio).

⁵¹ Art. III. - 1.110 del DCFR; arts. 6.2.1 a 6.2.3 Principios UNIDROIT.

⁵² Aunque no es una novedad absoluta en el Derecho de contratos, ya que La ley 493 de la Compilación Foral Navarra, lo regula como una situación especial en el cumplimiento de la obligación en los

informa la Exposición de Motivos, por los Principios UNIDROIT y los Principios Derecho europeo de los contratos (PECL). Entiendo que la opción de la regulación de la excesiva onerosidad obedece también a la necesidad de tener en un texto legal los criterios por los que debe regirse su aplicación y sus consecuencias. Desde luego que la interpretación y aplicación a cada caso corresponde a los tribunales pero no debe haber, de partida, la misma incertidumbre que si nos atenemos solamente a la evolución jurisprudencial.

Por otra parte, en la regulación propuesta se configura como un remedio tendente en primer lugar a la modificación del contrato que es principio reconocido por el ACM. Su misión es intentar restablecer el equilibrio entre los contratantes y no utilizarlo, salvo que no fuera posible otra cosa, como fundamento para la resolución del contrato y extinción de la relación contractual.

De esta forma, el art. 416-2. Establece los requisitos y las consecuencias de la excesiva onerosidad.

Dice el art. 416-2.2. que “se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos”.

Y la solución propuesta, en estos casos no es la resolución del suministro sino que dice el art. 416-2-1 que “en caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, acreditando las razones en que se funde”.

No obstante, “Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale”.

siguientes términos “Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución.

LAS OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR EN EL NUEVO CÓDIGO MERCANTIL

MARÍA JESÚS PEÑAS MOYANO*

Resumen

La elaboración de una propuesta de Código Mercantil, ha supuesto una importantísima reordenación de las materias que conforman esta disciplina, labor que continua en el Anteproyecto de Ley y que en su tramitación contemplará seguramente modificaciones. El Derecho del seguro ha participado también de este afán lo se ha puesto de manifiesto en diversos contenidos entre los que destacamos el referido a las obligaciones que corresponden al asegurador en un contrato de seguro. Sin embargo, pretendemos hacer referencia no solo a lo recogido en el texto, sino también a ciertos aspectos que se echan en falta en ella y que consideramos que tendrían que haberse introducido aprovechando la ocasión, aunque aún hay tiempo para ello.

Contenido

1. Introducción. – 2. Obligaciones del asegurador reguladas en el texto. – 2.1. El pago de la indemnización y el anticipo a cuenta. – 2.2. Los intereses moratorios. – 3. Obligaciones de recomendable incorporación. – 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Tras la propuesta de Código Mercantil presentada el 20 de junio de 2013 se ha llegado ya a la fase de Anteproyecto de Ley del Código Mercantil con fecha de 30 de mayo de 2014, determinado la apertura de la fase preceptiva de informes a los diversos órganos consultivos. Tras estos informes y una vez que se incorporen las aportaciones y observaciones recibidas, se deberá presentar para su aprobación como proyecto de Ley siguiendo el correspondiente y posterior procedimiento legislativo, salvo que de nuevo esta iniciativa sufra un abandono.

En la fase actual de Anteproyecto, el texto continúa estructurado en siete libros y una numeración de sus artículos (1727 en total) tomada del legislador francés (libro-título-capítulo) para facilitar futuras modificaciones o incorporaciones, pero que denota en todo caso su considerable extensión. Es una iniciativa legal que se presenta como completa desde un punto de vista material ya que pretende contemplar todo el Derecho mercantil sustantivo, tradicionalmente disperso y con la intención ahora de dar un tratamiento legal a contratos atípicos, si bien es cierto que ha habido eliminaciones en el paso de la propuesta al Anteproyecto, en concreto, los preceptos relativos a los contratos

* Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid.

de distribución, y también en un materia más cercana a nuestro objeto de tratamiento como es la relativa a la mediación en la contratación de seguros. En esta fase, su inclusión en el Anteproyecto se limita a las respectivas nociones de contrato de agencia de seguros y contrato de correduría de seguros, quedando remitido su régimen a la legislación específica que queda vigente en su totalidad, pues ya no se derogan los artículos 10, 11 y 36 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados. Se ahonda, en todo caso, en la idea de una necesaria y clara distinción respecto a las normas de ordenación y supervisión, de gran importancia en el sector asegurador.¹

Por su parte, con esta iniciativa se ha procedido a *recodificar* la regulación del contrato de seguro al haberlo estado ya en el todavía vigente Cco y hasta la aprobación del Ley 50/1980, de 8 de octubre, quedando ubicada en el título IX de su libro V. De la pertinencia o no de la incorporación de la regulación del contrato de seguro, una vez presentados los textos y renunciado a plantear consideraciones sobre su oportunidad y significado², creemos que no existen dudas acerca de la misma, pues además y en esta línea hace tiempo que la Comisión General de Codificación tenía preparado un texto para ser integrado en la propuesta de Código Mercantil.³ Otra cuestión es cómo se ha procedido a realizarla ya que, en principio, podrían considerarse realmente exageradas las palabras de la exposición de motivos de la propuesta que ha procedido a reiterarse en el Anteproyecto⁴ al afirmar el carácter novedoso de la regulación del contrato de seguro, ya que como se ha señalado,⁵ no puede decirse que este objetivo se haya logrado.

Sin embargo, sí hay algunas señas de identidad del contrato de seguro que de seguir adelante esta iniciativa van a cambiar convirtiéndose en determinantes a la hora de su configuración. Nos referimos, en primer lugar, a su renovado carácter mercantil⁶, de modo que al contrato de seguro se le van a aplicar las disposiciones generales sobre

¹ Vid., TAPIA HERMIDA, “Los contratos de seguro y de mediación de seguros en la Propuesta de Código Mercantil”, *RDM*, núm. 292, abril-junio, 2014, p. 27.

² No hay unidad lógicamente en las diversas, y muchas ya, opiniones que se han manifestado, a favor y en contra de la oportunidad de sacar adelante este proyecto, que debe suscitar en todo caso una reposada reflexión. Vid., al respecto y entre otros, TENA, R., “Un Código nuevo en odres viejos”, *RDM*, octubre-diciembre, núm. 290, 2013, pp. 69 y ss., quien entra a valorar el impacto y los costes, también jurisprudenciales, que supondría una modificación normativa de este calado además de los problemas que tendría su implantación en un contexto normativo como el que existe en nuestro país.

³ Vid., BATALLER GRAU, J., “La reforma de la Ley de Contrato de Seguro” *RDM*, enero-marzo, núm. 279, 2011, p. 205.

⁴ “Y la regulación de materias que ya eran objeto de disposiciones legales, introduce cambios de tal naturaleza que se trata realmente de una normativa nueva en su conjunto. Así puede apreciarse en la regulación de la compraventa o en los contratos de depósito, de seguro o de transporte”, p. 43 de la exposición de motivos de la propuesta y p. 18 de la exposición del Anteproyecto. No es esta, sin embargo, la opinión de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “La propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación”, *RDM*, núm. 288, 2013, p. 41, quien habla de simple revisión del régimen anterior que se aplica en los contratos de agencia, transporte y seguro.

⁵ Así, MUÑOZ PAREDES, M^a L., “El contrato de seguro en la propuesta de Código Mercantil”, *RES*, núm. 155, 213, pp. 337 y ss.

⁶ A una naturaleza inequívocamente mercantil se refieren también las exposiciones de motivos de ambos textos (pp. 96 y 63, respectivamente).

los contratos mercantiles contempladas en los libros IV y V⁷. Hay que tener también en cuenta, en segundo lugar, el que el legislador ya ha superado la necesidad existente en 1980 de regular la tutela del contratante débil estableciendo un régimen especial para las condiciones generales que se utilizan en el contrato de seguro, labor que ya se encuentra realizada por otras normas que son las que van a resultar de aplicación. Y junto a ello, se introduce con normalidad, atendiendo a una situación que se va a convertir en más que habitual en la práctica, la celebración electrónica del contrato y la inclusión de la firma electrónica en el carácter escrito del contrato, en una muestra de lo que pretende ser innovar en el ámbito de las relaciones patrimoniales, dada la ineludible necesidad de actualización de muchas de las normas por las que se rigen.

Pero refiriéndonos y a expresamente al régimen jurídico concreto que se recoge en los artículos dedicados al contrato de seguro, se trata más bien, y en muchas ocasiones, de cambios de naturaleza formal junto con otras modificaciones que tal vez puedan alcanzar un mayor calado pues ya hay versiones trabajadas que se podrían tener en cuenta como algunas de las mejoras, particularmente interesantes, que sí se acogieron en el Anteproyecto de LCS en el que se estuvo trabajando hasta el 2011⁸ y que sin embargo no se han recogido en el texto.

En todo caso, y considerando que estamos ante un momento reformador, no debería olvidarse que cualquier proyecto de reforma que se vaya a realizar de la normativa reguladora del contrato de seguro debería tener en cuenta los trabajos que se están acometiendo en el ámbito de la Unión Europea, en concreto, el borrador en el que se contemplan los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro, y que están llamados a incorporarse al futuro corpus de Derecho contractual europeo.⁹ En tales Principios, que resultan aplicables a todo tipo de contrato de seguro con excepción del

⁷ Libros muy criticados por un sector civilista alegando entre otras razones su carácter extemporáneo, contrario a las tendencias uniformes del Derecho europeo de los contratos además de realizar otros comentarios como su falta de rigor tanto científico como institucional. Así, GARCÍA RUBIO, M^a P., “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos en la Propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho Civil*, vol 1, núm. 1, enero-marzo 2014, pp. 7 y ss. Para un tratamiento más literal de esta parte del Código Mercantil, vid., VÉRGEZ, M., “La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en la <<Propuesta de Código Mercantil>>”, *RDM*, núm. 292, abril-junio, 2014, pp. 11 y ss.

⁸ Pueden consultarse al respecto, y entre otros, el monográfico de la RES sobre el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, núms. 148-149, 2010, pp. 7 y ss.; BATALLER GRAU, “La reforma de la Ley...”, cit., pp. 203 y ss; TAPIA HERMIDA, A.J., “La reforma de la Ley de Contrato de Seguro y la nueva Ley de Supervisión de los Seguros Privados”, en VV. AA., *Estudio sobre el sector asegurador en España: los aspectos cualitativos de Solvencia II*, Papeles de la Fundación de Estudios Financieros, núm. 38, Pilar Blanco-Morales Limones y Montserrat Guillén Estany, (dirs), Inmaculada Domínguez Fabián (coord), Madrid, 2010, pp. 87 y ss y de forma particular sobre el tema que se trata, ILLESCAS RUS, A. V., “Notas sobre el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro: el pago de la indemnización y los intereses moratorios”, *RES*, núm. 147, 2011, pp. 581 y ss.

⁹ Vid., al respecto, QUINTÁNS EIRAS, M^a R., “El contrato de seguro en el proyecto de armonización del Derecho contractual europeo”, *RDM*, n^o 290, octubre-diciembre, 2013, pp. 293 y ss. Este ámbito del Derecho contractual europeo ha recibido un nuevo impulso a raíz de la Decisión de la Comisión Europea de 17 de enero de 2013 por la que se crea un grupo de expertos sobre el Derecho Europeo del Contrato de Seguro, que queda encargado del estudio en profundidad de la situación del sector asegurador a efectos de poner en situación las diferencias entre las normativas de seguros de los distintos Estados y lograr así un análisis de los obstáculos que esta fragmentación normativa general para el comercio transfronterizo de productos de seguro.

reaseguro, sí quedan detallados una serie de deberes tanto precontractuales como contractuales para el asegurador que tienen como base la información a prestar y que van a estar dirigidos en última instancia a la protección del asegurado, si bien es cierto que la creación de esta norma europea para el contrato de seguro sería finalmente de aplicación opcional o facultativa, añadida por tanto a los Derechos contractuales europeos, por las mayores facilidades que permitiría a su aplicación. Ello implicaría, claro está, la existencia de un acuerdo previo entre las partes del contrato de seguro de tal modo que una vez seleccionados estos principios como marco normativo de un contrato se convertirían en imperativos.

2. OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR REGULADAS EN EL TEXTO

Con carácter general hay que señalar que nada se añade o varía respecto a la consideración del siniestro como acontecimiento determinante del nacimiento de las obligaciones del asegurador, aunque nuestro objetivo es hacer referencia también a las que se pueden denominar como obligaciones precontractuales. Y hay que seguir teniendo en cuenta el peculiar carácter de la relación aseguradora en la que no solo hay por parte del asegurado una concesión de crédito al asegurador, sino que surge un elemento aleatorio en relación al cumplimiento por éste de su obligación fundamental como es el caso del pago de la indemnización, renta o capital, en caso de que acontezca el siniestro, y por lo cual el asegurador debe prestar la correspondiente garantía a lo largo de toda la duración del contrato de seguro de que indemnizará en lo que le corresponda dentro de los límites pactados. A pesar de ello, no se deja de constatar la existencia de un cierto desequilibrio en el debate contractual entre aseguradores y asegurados, y por ello también las relaciones que tienen lugar según el procedimiento de la adhesión deberían tender a reequilibrarse en la medida de lo posible, si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones el asegurado será ajeno en mayor o menor medida al conocimiento de las cuestiones relativas a la técnica aseguradora.

El artículo 581-17 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil lleva por título, precisamente, “[O]bligaciones del asegurador”. Si bien es cierto que se utiliza el plural, también lo es que este conjunto de obligaciones giran todas ellas en torno a la que se puede considerar como la principal obligación de las entidades aseguradoras derivada de un contrato válidamente celebrado: el pago de la indemnización. De este modo, se acompañan comportamientos previos al pago y otros que pueden calificarse de naturaleza posterior.

Como primera aproximación puede señalarse que son escasos los cambios a destacar en relación a la LCS y menos aún en el texto de este Anteproyecto respecto a los que se contemplaron en la Propuesta que seguía en mayor medida el Anteproyecto de LCS. Continúa estableciéndose en primer lugar (artículo 581-17.1) la exigencia para el asegurador, desde el momento en que conozca por cualquier medio la existencia del siniestro, de una conducta diligente en la cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización, desglosando los cálculos realizados y los criterios utilizados para su cuantificación. Se trata, por tanto, de dar una respuesta lo más satisfactoria posible y

rápida al asegurado, al beneficiario e incluso al perjudicado, facilitando la información en que se concrete y justificando además las razones en las que se base en el supuesto de no atender la petición de indemnización, todo ello con el objetivo de lograr el mayor número de acuerdos amistosos entre entidades y asegurados y reducir la litigiosidad en el sector.

Esta exigencia que se impone por el legislador a las entidades aseguradoras para que desplieguen una conducta diligente deberá estar presente en todo caso, y aunque no se aparece expresamente recogido ven el texto –si bien, puede deducirse del conocimiento por cualquier medio de la existencia del siniestro, a diferencia del deber de indemnizar que reclama la recepción de la declaración del siniestro-, debería tener lugar haya mediado o no una reclamación previa por parte del asegurado o de quien corresponda, lo que significa que también se incluiría la iniciativa del asegurador, quien debería ofrecer al asegurado propuestas de indemnización y, en su caso, de negociación.

En la mayor parte de las ocasiones, sin embargo, el asegurador actuará tras la comunicación que haya tenido lugar del siniestro acaecido y la reclamación realizada por el asegurado en atención a las consecuencias que hayan tenido lugar. En este caso, la conducta diligente del asegurador deberá completar la reclamación realizada con todos aquellos aspectos que no se hayan incluido y que deberían estar presentes para conformar de modo adecuado el proceso que ha de tener lugar.¹⁰

2.1. El pago de la indemnización

En relación a la que constituye su principal obligación –regulada en el artículo 18 de la LCS- se establece en el artículo 581-17.2 del Anteproyecto que el asegurador debe satisfacer, como consecuencia de la cobertura del riesgo descrito en el contrato, la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro, así como el importe de los daños que de él resulten. En consecuencia, el origen de la existencia de la obligación del asegurador se sitúa en la producción del siniestro como evento dañoso y cuyo riesgo es objeto de cobertura, y que posteriormente debe ser verificado por el asegurador al objeto de fijar la cuantía o el importe del daño. Es a partir de este momento cuando el asegurado, como acreedor, puede exigir la entrega de la prestación al asegurador, como deuda ya líquida al estar vencida la obligación, presuponiendo, claro está, la existencia de un conjunto de presupuestos entre los que destacamos un contrato de seguro válido y eficazmente celebrado y cuya cobertura no se encuentre en suspenso¹¹, y, por supuesto, el cumplimiento por el asegurado de las obligaciones que les corresponden, destacando un comportamiento ajeno al dolo en todas las fases del contrato. A estos requisitos debe añadirse la inexistencia de hechos impositivos o extintivos de la obligación del

¹⁰ ILLESCAS RUS, A.V., “Notas sobre el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro: el pago de la indemnización y los intereses moratorios”, *RES*, núm. 147, 2011, pp. 589 y 590.

¹¹ BATALLER GRAU, J., “Artículo 18. La obligación del asegurador de cumplir la prestación comprometida tras el acaecimiento del siniestro”, en AA VV, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, [BOQUERA, J., BATALLER, J., OLAVARRÍA, J. (coords)], Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 266.

asegurador.¹² En todo caso, hay que tener en cuenta que la obligación del asegurador no surge inmediatamente tras la producción del siniestro, sino que el legislador el otorga un plazo para realizar las averiguaciones y comprobaciones que resulten pertinentes, sin permitir en ningún caso que puedan darse demoras injustificadas en el cumplimiento de esta su principal obligación.¹³

Pues bien, en este sentido, se ha procedido a eliminar del texto del Anteproyecto la exigencia que sí recogía la propuesta de Código Mercantil, como también lo hacía el Anteproyecto de LCS, de presentar en el plazo de dos meses siguientes a la recepción de la comunicación del siniestro, una *oferta o propuesta motivada de indemnización*,¹⁴ renunciando a extender a todo tipo de seguros este sistema no exento, por otro lado, de correspondiente polémica¹⁵ bien por su falta de relevancia en algunos ramos concretos, como sucede en decesos, o bien por la imposibilidad de llevarlo a la práctica con carácter general en otros ramos, como sucede en el seguro de responsabilidad civil.

¹² Vid., SÁNCHEZ CALERO, F., AA VV, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Sánchez Calero (dir), Cizur Menor, (Navarra), tercera edición, Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 338 y ss.

¹³ BATALLER GRAU, “Artículo 18...”, cit., p. 266. Al asegurador “[S]e le concede así un tiempo para que decida si debe *-an debeatur-* y en aquellos seguros en que la prestación del asegurador no esté predeterminada en el contrato, para cuantificar su prestación *-quantum-*.”

¹⁴ Sistema que se encontraba en la línea de lo establecido para el seguro obligatorio del automóvil tras la reforma que del Texto Refundido de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, llevó a cabo la Ley 21/2007, de 11 de julio, dando nueva redacción al artículo 7, aunque en este caso estableciendo un plazo de tres meses, y que tiene su origen en la Directiva 2000/26/CEE, de 16 de mayo (la llamada Cuarta Directiva), posteriormente modificada por la Directiva 2005/14/CE, de 11 de mayo (la Quinta Directiva). De este modo, se produjo la transposición del sistema de oferta de indemnización y respuesta motivada a la totalidad de las reclamaciones formuladas por los perjudicados, independientemente del lugar dónde hubiera tenido lugar el accidente y del Estado de residencia. Vid., al respecto, FERNÁNDEZ MANZANO, L.A., “Artículo 19. Obligaciones del asegurador”, monográfico de la *RES* sobre el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, núms. 143-144, 2010, pp. 603 y ss, quien destaca sobre la cuestión su importante significado para evitar que las entidades aseguradoras se limiten únicamente a dar respuestas dilatorias, así como por servir de impulso a los arreglos amistosos entre aseguradores y perjudicados con el objetivo de evitar la vía judicial. Vid., igualmente, ILLESCAS RUS, op. cit., pp. 583 y ss.

Vid., igualmente, MUÑOZ PAREDES, op. cit., pp. 355 a 357, quien realiza en su trabajo sobre el contrato de seguro en la propuesta de Código Mercantil un exhaustivo análisis del contenido de las versiones del Anteproyecto de LCS, en particular, la de 2011, sobre esta propuesta de oferta motivada, mencionando en concreto la previsión de su doble régimen, por un lado, para el seguro general que es el que aquí se menciona y, por otro, para el seguro de daños en particular, respecto a la cual ya ponía de manifiesto que la previsión, en el caso de que el sistema hubiera seguido adelante, de la aplicación residual del régimen general, existiendo un régimen especial para los seguros de daños. Señala además cómo se ha producido una simplificación del sistema en la propuesta de Código Mercantil al eliminarse una disposición que sí aparecía en el Anteproyecto de LCS de 2011 según la cual el asegurado, el beneficiario o el perjudicado podrían reclamar directamente frente al asegurador en el supuesto de que la conducta desplegada en la cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización no fuera lo suficientemente diligente de acuerdo con lo establecido en este apartado. Sin embargo, también destaca MUÑOZ PAREDES que la desaparición de esta precisión resulta lógica por innecesaria, ya que esta reclamación podría realizarse dentro de la fundamental que es la propia de declaración del siniestro por parte del asegurado.

¹⁵ Los motivos del rechazo a la oferta motivada por parte del sector asegurador pueden consultarse en FERNÁNDEZ MANZANO, op. cit., p. 607, crítico también con la introducción de este sistema señalado y en consecuencia favorable a su supresión, vid., pp. 608 a 611. Destacamos, entre tales motivos la circunstancia de que ninguna de las recientes Leyes de Contrato de Seguro promulgadas en los países de nuestro entorno ha acogido en su articulado la posibilidad mencionada.

Además, la incorporación de la propuesta motivada conllevaba como consecuencia la supresión del procedimiento pericial, que a resultas de los cambios operados ha vuelto a aparecer regulado en el artículo 582-14 del Anteproyecto. La citada supresión que ya había sido prevista por el Anteproyecto de LCS había sido criticada por la doctrina¹⁶ por eliminar un procedimiento que se había demostrado muy eficaz en la práctica y que choca por contradecirlas con las proclamas de fomento de los arreglos amistosos y la reducción de la litigiosidad.

En este intento de introducir la propuesta motivada, el plazo de dos meses también había sido objeto de las correspondientes críticas, bien por considerarlo excesivo en gran número de ocasiones, como por todo lo contrario, y así resultar insuficiente en otros casos en los que la magnitud y la complejidad de los riesgos asumidos y, en consecuencia, de los daños producidos, como sucedería en muchos casos en materia de responsabilidad civil y ya no digamos en riesgos industriales, reclamarían mucho más tiempo para poder realizar los estudios y comprobaciones oportunos. En todo caso, esta propuesta de oferta motivada cuando estaba contemplada debía contener de forma detallada los documentos e informes de los que se dispusiera y se debían identificar aquellos que hubieran servido de base para cuantificar la propuesta de indemnización. Y también, en el mismo plazo de los dos meses que se habían previsto, el asegurador debería, según la propuesta, dar una respuesta motivada en todos aquellos casos en los que se considerase que la reclamación del asegurado no podía prosperar.

El texto del Anteproyecto ha establecido cambios en este apartado respecto al régimen recogido en la Propuesta, aunque en realidad puede decirse que se regresa al sistema tradicionalmente recogido en la LCS. Y así, se reafirma en un contenido que resulta muy cercano al del actual artículo 18 estableciendo, como ya se ha indicado, la obligación del asegurador de satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo, y en cualquier supuesto, el asegurador deberá efectuar dentro de los cuarenta días, a partir de la recepción de la declaración del siniestro, cualquiera que sea el medio por el que el asegurador tenga conocimiento del mismo, el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas si no ha finalizado la liquidación del siniestro.

Se mantiene, por tanto, este abono anticipado de la prestación cuando transcurra el citado plazo como medida de tutela efectiva del asegurado, incluso aunque todavía el asegurador no haya podido comprobar la entidad del siniestro ni, en su caso, determinar el importe de los daños que se han producido. Está claro que este anticipo no tiene razón de ser si la entidad paga rápidamente al asegurado liquidando de forma inmediata el siniestro tras su producción o hay razones suficientes para considerar que el hecho que se ha producido está fuera de la cobertura del contrato celebrado. Por el contrario, el hecho de que se obligue a realizarlo y que la compañía se haga cargo del mismo, demuestra en cierto modo que en un futuro va a hacer frente a la prestación pactada,

¹⁶ Vid., BATALLER GRAU, "La reforma..." cit., p. 211, quien considera que la supresión de este mecanismo de protección del asegurado supondría echar por tierra 30 años de éxito. Igualmente, FERNÁNDEZ MANZANO, op. cit., p. 211.

pero que aún se desconoce a cuánto asciende su cuantía.¹⁷ En todo caso, este anticipo forma parte de la obligación que le corresponde al asegurador, no es una obligación diferente, sino un abono líquido y anticipado que libera a la entidad en lo ya entregado.

Lo que sigue sin solucionarse manteniendo el problema interpretativo en el Anteproyecto es la cuantía que el asegurador se encuentra obligado a anticipar ya que de la expresión utilizada, el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber según las circunstancias por él conocidas, no permite deducir el importe que el asegurador debe abonar. Lo que debe quedar claro es que no puede haber hueco para la arbitrariedad en la concreción de esta cantidad, sino que deben utilizarse parámetros como los términos del contrato celebrado, los datos suministrados por el asegurado e incluso también uno de carácter tan universal como la buena fe contractual.¹⁸ Además, si la deuda está ya completamente determina lo que procede es solicitar la totalidad al asegurador y si no lo está y hay problemas al respecto habrá que acudir a algún sistema de resolución de controversias.

Sí encontramos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil algunas pequeñas novedades en relación a la justificación del importe a entregar, que obligará a la entidad aseguradora a aportar la valoración de la indemnización y a desglosar los cálculos realizados y los criterios utilizados para su cuantificación. Se añade igualmente una cuestión que resulta de particular importancia para la protección del asegurado y es que el pago de dicho importe no se condicionará a la renuncia por el asegurado, beneficiario o perjudicado del ejercicio de futuras acciones en caso de que la indemnización percibida fuera inferior al derecho que pudiera corresponderle.

Esta medida prevista para la protección del asegurado ya aparecía recogida en el Anteproyecto de LCS y de nuevo se trae al Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. Con ella se pretende que el asegurador no haga prevalecer su posición para obligar al asegurado a aceptar una indemnización que posteriormente puede probarse que no es la que corresponde al siniestro que se ha producido y que en caso de renuncia impediría reclamar judicialmente la cuantía correspondiente conforme al siniestro que se ha producido.

También se establece en el precepto que dentro del plazo de los cuarenta días – dos meses en la Propuesta- el asegurador deberá en caso de rechazo del siniestro, dar una respuesta al asegurado, beneficiario o perjudicado, facilitando la información en que se concreten y justifiquen las razones en las que se basa para no atender la petición de indemnización, no siendo suficiente, pues, una mera exteriorización de la voluntad denegatoria ni tampoco la utilización de expresiones de estilo o cláusulas estereotipadas, sino que debe ceñirse a la explicación de la negativa al caso concreto. Por tanto, aunque se ha eliminado en el Anteproyecto la oferta de indemnización a realizar por el asegurador en caso de reclamación por el asegurado, se mantiene la necesidad de dar en todo caso una respuesta del porqué del rechazo del siniestro y de la

¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., *Ley de Contrato de Seguro... op. cit.*, pp. 339,342 y 345 a 348. Se destacan, claro está, las diferentes situaciones que pueden darse en función del tipo de seguro de que se trate, no siendo procedente en algunas modalidades. Igualmente se señala que habrá ocasiones en las que corresponderá al asegurador devolver parte o la totalidad de esta cantidad anticipada que ha recibido según las circunstancias concretas que tengan lugar.

¹⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., *Ley de Contrato de Seguro... op. cit.*, p. 347.

no atención a la petición de indemnización, teniendo en cuenta que esta respuesta negativa no es determinante para el no devengo de los intereses de demora correspondientes, pues finalmente ha de ser el órgano judicial el que determine si el razonamiento esgrimido por el asegurador es o no suficiente para justificar su respuesta negativa.¹⁹

En otra línea, y como obligaciones de naturaleza posterior al pago de la indemnización, se puede situar la circunstancia atendiendo a la cual cuando la naturaleza del seguro lo permita, y el asegurado además lo consienta, la entidad aseguradora podrá sustituir el pago de la indemnización por la correspondiente reparación o reposición del objeto siniestrado, de forma semejante a como se recogía ya en la propuesta, quedando admitidas expresamente las prestaciones in natura. Así, si bien es cierto que normalmente la prestación del asegurador se realiza en dinero o medio equivalente, si fuera posible no hay porqué descartar una naturaleza diversa a la dineraria si fuera posible, incluso se deberían incentivar las prestaciones en especie o in natura, siempre con la aquiescencia del asegurado, porque además se ajustan de un modo más adecuado a la naturaleza del seguro al no propiciar la provocación del siniestro.

Como ya se ha venido señalando, el pago de la indemnización aparece en el Anteproyecto como la principal y casi única obligación del asegurador. Y también se ha preocupado de incorporar en el artículo 581-18 la “excepción al pago de la indemnización”. De tal modo que el asegurador no estará obligado al pago de la indemnización si el siniestro ha sido causado por el dolo del asegurado, mejorando sensiblemente la redacción del artículo 19 de la LCS según el cual el asegurador está obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado, lo cual no es cierto ya que el asegurador puede quedar liberado del cumplimiento de su obligación por otras causas como la ausencia de un contrato válido o la producción de situaciones que no den lugar al nacimiento de un derecho a favor del asegurado.²⁰

En el apartado 2 del artículo 581-18 se añade que, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, sí subsistirá la obligación de la entidad aseguradora de pagar la prestación si el siniestro ha sido causado por dolo de las personas de las que resulte civilmente responsable el asegurado.

El Anteproyecto, por tanto, acoge –como ya lo hiciera el Anteproyecto de LCS– la expresión *dolo*, en lugar de utilizar la expresión mala fe que puede leerse en el artículo 19 de la LCS rompiendo la uniformidad terminológica que es propia de este texto legal.²¹ Con ello se pretende, por un lado, determinar que en los siniestros en los que el asegurado, y solo el asegurado, pues no se contemplan ni al tomador ni al beneficiario, ha causado de un modo consciente y voluntario el siniestro la compañía aseguradora no tiene obligación de indemnizar por tratarse de un acto antijurídico, manteniéndose el fundamento jurídico de esta exclusión del riesgo que sigue encontrándose en el principio de respeto a la moral y al orden público y al que resulta

¹⁹ Vid., FERNÁNDEZ MANZANO, op. cit., p. 607 e ILLESCAS RUS, op. cit., pp. 597 y 598.

²⁰ SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...* op. cit., p. 349.

²¹ SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...* op. cit., p. 351.

contrario que alguien pueda quedar asegurado frente a las consecuencias dañosas de un evento provocado por él mismo. Pero, si bien se exige un acto intencional y malicioso del asegurado no es preciso constatar que este haya tenido intención de obtener una ganancia del asegurador o que haya querido provocarle un daño de modo intencionadamente. En tal supuesto, el derecho del asegurado no surge ni tampoco lo hace la obligación de la entidad. Tal exclusión impediría el nacimiento del derecho de crédito correspondiente al asegurado, circunstancia que debe ser probada por el asegurador, a quien corresponde la prueba de la conducta dolosa del asegurado y, por tanto, que el daño puede imputarse objetivamente a dicha conducta.

Por otro lado, también se persigue declarar asegurables los siniestros en los que ha intervenido culpa, no pudiendo el asegurador quedar liberado del pago de la prestación o de verla reducida en caso de culpa del asegurado, pues nada establece el precepto correspondiente a estos efectos²² y donde no parece constatar que exista una conducta contraria a la moral o al orden público. Sin embargo, se cuestiona si podría considerarse válido que la póliza estableciese una situación según la cual se delimitase la cobertura ante la culpa del asegurado de modo que podría verse reducida la cuantía de la indemnización que se establezca ante la falta de la diligencia debida, sin llegar a la intención y la malicia, y el haber contribuido en algún modo el asegurado a la ocurrencia del siniestro e, incluso, ser excluida por acuerdo de las partes, de modo que la cobertura automática sólo tuviera lugar ante supuestos de culpa leve.²³ Consideramos, no obstante, que esta sería una interpretación bastante forzada del contenido del precepto si esta fuera la redacción que finalmente se mantiene en el texto y que permite asegurar tanto la culpa leve como la culpa grave en sentido estricto y diferencia del dolo y la mala fe, por lo que si el legislador lo que pretendiese es dar cabida a otro tipo de situaciones lo más prudente sería que las estableciese de forma expresa evitando de este modo diferentes interpretaciones que muy posiblemente acabarían en muchas ocasiones en la vía judicial teniendo en cuenta además que podríamos encontrarnos ante soluciones diferentes en función del tipo de contrato de seguro que se haya celebrado.

Igualmente se indica en el precepto mencionado que la obligación de la entidad se mantiene si no ha intervenido dolo del asegurado pero si de las personas de las que es civilmente responsable, conforme a lo previsto en el artículo 1903 del CC. Lo que se está manifestando en este caso es la culpa in eligendo o in vigilando del asegurado, supuestos que, en principio, resultan asegurables aunque también es cierto que el carácter imperativo de esta disposición debería ser susceptible de ser modulado en la

²² Circunstancia que ha motivado el correspondiente debate en la doctrina, vid., al respecto, FERNÁNDEZ MANZANO, "Comentario al artículo 20", op. cit., pp. 613 y 614. Fue el Proyecto de Bases para la reforma de la Ley de contrato de seguro de febrero de 2008, el que propuso la sustitución de la expresión mala fe por dolo, tal y como se recoge ahora en el artículo 581-18 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. Según menciona el citado autor, el motivo fundamental por el que se procedió a este cambio fue la necesidad de aclarar dos aspectos que se consideraban de gran importancia, por un lado, que los siniestros en los que ha existido dolo no pueden ser asegurables y, por otro, que en aquellos en los que ha existido culpa sí lo son, pudiéndose en este caso proceder a la modulación de la cobertura del seguro por las partes atendiendo a lo que establece el artículo 1 de la LCS en relación con el artículo 1103 del Código Civil.

²³ Vid., FERNÁNDEZ MANZANO, op. ult. cit. p. 615, pues a su juicio el comportamiento negligente reviste una especial gravedad como para dársele cobertura.

propia póliza debido a esa responsabilidad directa que corresponde al asegurado y añadir además la posibilidad de un acuerdo entre las partes, pues tal y como aparece concebido no se podría excluir la cobertura de los actos dolosos de las personas por las que el asegurado deber responder, como los empleados, por ejemplo.

Es esta, sin duda, una cuestión delicada pues si bien es cierto que el hecho doloso no ha sido cometido por el asegurado sino por un tercero, también lo es que ese tercero está bajo la vigilancia del asegurado. Se pondría entonces de manifiesto una omisión de su deber de diligencia que debería poder ser reprobada de algún modo. Es tal vez por ello por lo que aún sigue vigente la opinión de SÁNCHEZ CALERO²⁴ según la cual resulta discutible el mantenimiento del carácter imperativo de esta norma, por su carácter excesivo, resultando más adecuada la inclusión de la indicación “salvo pacto en contrario”. En todo caso, lo que resulta cierto con la disciplina vigente y también con la proyectada, el asegurador se encuentra obligado a asumir las consecuencias que se deriven de una actuación doloso o culposa de las personas por las que el asegurado es responsable si no hay ninguna delimitación causal del riesgo pactada entre las partes en la póliza²⁵.

2.2 Los intereses moratorios

El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, lógicamente, también se tiene que ocupar al regular el pago de la indemnización de un tema de gran importancia como son los intereses moratorios y así lo hace en el artículo 581-20. Es la Ley, por tanto, la que determina los motivos de su devengo como la cuantía en la que se deben abonar tales intereses que vienen a constituir una sanción ante el retraso culpable del asegurador en el cumplimiento de su obligación, tanto por lo que se refiere a la indisponibilidad de las cantidades que corresponden al asegurado como por el posible lucro cesante que ha dejado de percibir y que igualmente debe ser resarcido. Se está, en todo caso, ante la posibilidad de un cumplimiento tardío de la obligación sin entrar en otras posibilidades como la entrega por el asegurador de una prestación incorrecta o un incumplimiento definitivo, si bien es cierto que en el caso de prestaciones de naturaleza dineraria su incumplimiento, bien parcial o total, prácticamente se reduce a una cuestión de índole temporal.

Su finalidad, pues, en vinculación con el plazo que se establece para entrar en situación de mora, tres meses para aquellas entidades aseguradoras que se retrasan sin justificación –sin una causa justificada o que le fuere imputable– en el cumplimiento, es lograr una rápida compensación al asegurado por esta situación a través de una pronta liquidación del siniestro dentro de los plazos establecidos. También quedan previstos

²⁴ *Ley de Contrato de Seguro... op. cit.*, p. 364.

²⁵ Además de las cláusulas en las que puede pactarse esta exclusión de la cobertura como consecuencia de la conducta culposa del asegurado, que recibirían el tratamiento de cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, debiendo ceñirse a lo dispuesto para ellas, hay que tener también en cuenta que hay algunos seguros de daños como el de incendios y robo en los que la regla general es excluir la cobertura del asegurador los siniestros en los que haya intervenido culpa grave del asegurado, aunque admitiéndose también el pacto en contrario entre las partes. Vid., BATALLER GRAU, “Artículo 18...”, cit., pp. 282 y 283.

estos intereses en el supuesto de que el asegurador no cumpla con el pago del importe mínimo establecido por el artículo 581-17.2 del Anteproyecto al término de los tres meses señalados, siempre que no se trate de prestaciones in natura. Si no paga en el plazo de los cuarenta días y hasta ese plazo los intereses a abonar por el asegurador serán los establecidos con carácter general, sin penalización o agravación, y dejarán de computarse el día que comiencen a devengarse los correspondientes al pago total de la prestación o cuando sea pagado el importe mínimo por el asegurador.

En este ámbito, y antes de adentrarnos en el contenido concreto del precepto proyectado, hay que destacar que el principal cambio a tener en cuenta en este texto es la supresión del veinte por ciento de interés anual transcurridos dos años desde la producción del siniestro sin que el asegurado haya recibido la indemnización, en lo que debe considerarse como una mejora de la situación de las compañías aseguradoras frente a la gran masa de los asegurados, al sustituirse por el doble del interés legal del dinero, incrementado éste en un cincuenta por ciento, así como una corrección en lo que ha venido siendo considerado como una desviación respecto de la disciplina común del incumplimiento de las obligaciones, estableciendo un régimen especial al tratar de imprimir un mayor rigor en el tratamiento de la conducta incumplidora del asegurador, y que además no tenía reflejo en los Ordenamientos de nuestro entorno.

Esto significa que se mantiene desde la fecha de los tres meses y hasta el momento del pago, un interés simple en el interés legal del dinero incrementado en un cincuenta por ciento, aclarando además en el apartado 4 que también tiene derecho el tercero perjudicado que ejercite el derecho a la indemnización en el seguro de responsabilidad civil o el tomador cuando a su vez se ejercite el derecho de rescate. De este modo, el Anteproyecto señala a otros acreedores con derecho a percibir los intereses moratorios si se dan las condiciones para ello, debiendo presuponerse que siempre lo serán los tomadores, asegurados y beneficiarios, según los casos, y sin proceder a realizar distinciones entre ellos. Por tanto, se mantiene el derecho a obtener del asegurador la indemnización por mora no sólo a las personas cuyo crédito deriva del contrato de seguro, sino también al tercero perjudicado por el seguro de responsabilidad civil.²⁶

Desde un punto de vista general, se ha tratado de justificar la revisión a la baja del interés moratorio en una adecuación de la situación a lo que es la realidad del mercado financiero, lejos de las tensiones inflacionistas en las que el original artículo 20 de la LCS fue concebido, y evitando rigideces que impidan adaptarlo a cada concreta

²⁶ Por ello continua vigente la crítica que a la configuración esta materia realizaba el profesor SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro... op. cit.*, pp. 374 y 377 y 392 a 394, cuando destacaba el presupuesto equivocado del que partía al confundir los intereses compensatorios que forman parte integrante del daño por parte del tercero perjudicado por un hecho ilícito y que como tales han de computarse desde el momento en que se producen, con los intereses moratorios propiamente dichos. Ahondando en la cuestión, aporta más argumentos para considerar que debería haberse realizado un tratamiento diferenciado: en primer lugar, porque el legislador considera que el derecho del perjudicado frente al asegurador nace del contrato de seguro y no del hecho ilícito; en segundo lugar, por presuponer que todo causante de un daño está obligado a asegurar su responsabilidad; y en tercer lugar, asimilar el daño que puede sufrir todo tercer perjudicado al que padece una víctima de tráfico lo cual no tiene fundamento alguno desde un punto de vista general. En definitiva, que se establece a favor del tercer perjudicado una situación que resulta de dudosa justificación.

coyuntura económica²⁷. Además esta regulación quedaría situada en la línea de la normativa sobre contrato de seguro de los países de nuestro entorno. Y debe añadirse también a las posibles justificaciones de esta rebaja en los intereses correspondientes la finalidad de dejar a un lado posibles intenciones por parte de los asegurados de rentabilizar el retraso de las entidades aseguradoras en el pago de las indemnizaciones debidas.

En este sentido, es cierto que se produce una importantísima simplificación de la normativa existente pasándose de un artículo 20 de la LCS -que ha dado lugar a una enorme litigiosidad²⁸- con once apartados a este precepto a tener únicamente cuatro (la simplificación era aún mayor en la Propuesta, pues se contemplaban únicamente dos apartados), pero tal vez si con la redacción todavía actual se está pecando por exceso, en la prevista puede ocurrir lo contrario por defecto, al dejarse de señalar algunas cuestiones que pueden resultar de fundamental importancia para evitar situaciones conflictivas. Es por ello por lo que tal vez solo pueda hablarse de una aparente claridad. Lo que queda claro, en todo caso, es que se va a seguir hablando de dos tramos temporales y dos tipos diferenciados para cada uno de ellos con la variación señalada que supone, en principio, una rebaja al pasar del veinte por ciento al doble del interés legal del dinero, incrementado en un cincuenta por ciento, en ambos casos atendiendo a su cómputo por días.

En cuanto a la constitución en mora de la entidad aseguradora se mantiene el sistema vigente en la LCS. Ello significa que seguirá sin exigirse la intimación del acreedor al deudor, tal y como señala el artículo 1100 del Código Civil, ya que la Ley declara expresamente cuando se produce esta situación. Se mantiene también en la redacción del Anteproyecto el plazo de tres meses para que el asegurador entre en esta situación de mora, bien desde la declaración del siniestro sin que el asegurador hubiese reparado el daño o indemnizado su importe por causa no justificada o que le fuera imputable, o bien no hubiera procedido al pago o consignación del importe mínimo del siniestro conocido por el asegurador transcurridos los cuarenta días señalados por la

²⁷ Vid., DE LA CASA GARCÍA, R., *La mora del asegurador en el contrato de seguro*, Madrid, 2000, pp. 29 y 33, en relación a la anterior reforma que se produjo en la LCS con ocasión de la aprobación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, manifestando que ya entonces el establecimiento a partir de dos años de un tipo de interés del 20 por ciento, no se ajustaba a las circunstancias del momento resultando inapropiado para acomodarse a eventuales variaciones de la coyuntura económica.

²⁸ Se trata, como se sabe, de uno de los preceptos más controvertidos de la LCS que ha dado lugar a un gran número de conflictos y sus correspondientes sentencias. Esta situación se ha puesto particularmente de manifiesto en la actuación llevada a cabo por el Tribunal Supremo dictando la sentencia de 1 de marzo de 2007 para unificar doctrina y tratar de zanjar las discrepancias entre las distintas Audiencias Provinciales.

Vid., *El contrato de seguro en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1980-2012)*, Bataller Grau, Boquera Matarredona, Olavarría Iglesias (coords.), Valencia, 2013, pp. 229 y ss, en especial, p. 253.

Esta doctrina jurisprudencial será igualmente válida si finalmente se mantiene la redacción dada por el Anteproyecto homogeneizando para todo el periodo de tiempo a tener en cuenta los intereses que van a devengarse con la eliminación del incremento del veinte por ciento transcurridos los dos primeros años de la producción del siniestro. Así, la indemnización por mora consistirá, cuando transcurran esos dos años, en el pago de un interés anual igual al doble del interés legal del dinero al tipo vigente cada día que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un cincuenta por ciento.

norma. La situación, en todo caso, y conforme al régimen general de la mora no ha de impedir en modo alguno un cumplimiento tardío de la prestación por parte del asegurador ya que si así no fuera, estaríamos ante un incumplimiento definitivo de la prestación con independencia de la imputabilidad de esta situación a la conducta del deudor. Aunque en el caso concreto y conforme a lo establecido por la norma proyectada no puede apreciarse diferencia si llega a producirse el cumplimiento tardío del asegurador o bien se verifique un incumplimiento total puesto que en ambos casos se pondrán en marcha las consecuencias resarcitorias previstas.

Así, e igualmente, se mantiene que la generación de intereses se producirá por días desde la fecha de declaración del siniestro, una situación que puede ser problemática, bien porque se prolongue a lo largo de diversos días o bien porque sea de especial dificultad su descubrimiento. Es por ello por lo que sigue llamando la atención que la mora se genere desde la fecha señalada, bien se conozca porque se haya comunicado en el plazo previsto, o bien porque se haya procedido a su reclamación por acción directa de los perjudicados, y no se considere propiamente desde el momento en que el asegurador ha incumplido su obligación de pago puntual de la indemnización o, en su caso, de la reposición o reparación del objeto siniestrado, siendo en este supuesto la base inicial del cálculo de los intereses será el importe líquido de tal reposición o reparación.²⁹ De algún modo, se trata de una situación que resulta contradictoria con la consideración de la mora en sentido estricto, ya que se utiliza esta técnica en sentido formal, pero sus efectos sancionatorios tienen lugar respecto de una época en la que todavía, y en sentido estricto, el asegurador no ha entrado en situación de mora³⁰ si lo comparamos con el régimen general de la mora en las obligaciones de naturaleza pecuniaria.

Esta misma línea es la que se ha seguido con las causas de exoneración de responsabilidad para no hacer frente al pago de la indemnización. Tal y como se ha señalado, la entidad aseguradora quedaría exonerada si la falta de pago tiene lugar por una causa justificada o bien que no le fuera imputable, de tal modo que la indemnización no sufriría el incremento previsto en un cincuenta por ciento del interés legal del dinero. El mantenimiento de estos conceptos que exoneran al asegurador,

²⁹ SIERRA NOGUERO, E., “Artículo 21. Intereses moratorios”, monográfico de la *RES* sobre el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, núms. 143-144, 2010, p. 618. Como consecuencia de las dificultades que la fecha prevista por el legislador puede plantear en la práctica es por lo que resulta oportuno tener en cuenta algunas pautas para su determinación. De tal modo que si la producción del suceso dañoso que es objeto de cobertura se prolonga a lo largo de varios días, el que habrá de tenerse en cuenta para la determinación de la situación de mora es el último de ellos. Si, por otro lado, estamos ante un descubrimiento tardío del siniestro por parte del asegurado y la correspondiente tardanza en la comunicación al asegurador, ello puede dar lugar incluso a su consideración como una causa de justificación para evitar la aplicación estricta de este régimen. Vid., SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro... op. cit.*, p. 385.

³⁰ CUÑAT EDO, V., “El nuevo artículo 20 de la ley de contrato de seguro”, *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino F. Duque*, II, Valladolid, 1998, p. 1231, quien además ahonda en la problemática de la falta de comunicación del siniestro por parte del asegurado como consecuencia de disponer el día del siniestro como día inicial determinante de la mora por falta de pago de la indemnización. Por su parte, DE LA CASA, *op. cit.*, p. 173, señala que en este caso no le convencen los argumentos esgrimidos para justificar esta situación en el estímulo del cumplimiento puntual de la obligación de cobertura asumida por el asegurador ni la reiterada invocación de la necesidad de extremar la tutela del asegurado.

ciertamente indeterminados, sin acudir a la teoría general con el caso fortuito y la fuerza mayor como causas de exoneración, motivan la necesidad de seguir interpretando individualmente cada supuesto que se presente en la realidad y cuándo y en qué supuestos la entidad aseguradora se va a ver liberada del pago de los correspondientes intereses moratorios.

Por todas las apreciaciones que se han ido realizando es por lo que se considera que se está ante una ocasión más que propicia para elaborar un régimen jurídico más adecuado de la mora del asegurador, tal vez aproximándole más a la mora de cualquier otro deudor y abordando la problemática que generan las cuestiones mencionadas de una forma más clara que no obligue a remisiones o a interpretaciones diversas. Como se trata de una cuestión que ha planteado importantes y numerosos problemas en la práctica dada su enorme trascendencia económica, tal vez fuera oportuno introducir otros posibles modelos o al menos otras posibilidades que permitan reducir de un modo eficaz la problemática que normalmente ha estado acompañando a este régimen. Se debería establecer un sistema que busque mayor equilibrio entre las partes contratantes a través de un más protagonismo del órgano judicial o del mediador en asuntos civiles y mercantiles como expresamente establece el artículo 582-14 para los seguros de daños, en aquellos supuestos para los que no se lograra un acuerdo en el plazo de cuarenta días.

3. OBLIGACIONES DE RECOMENDABLE INCORPORACIÓN

Si tenemos en cuenta que el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil mantiene de forma casi intacta en su contenido lo dispuesto en la LCS sobre obligaciones del tomador del seguro en relación a la declaración del riesgo y a sus posibles agravaciones, sigue llamando la atención el desequilibrio que se aprecia con las obligaciones de información que corresponden a las compañías de seguros, en las que se considera que reside el conocimiento de la técnica aseguradora y sobre las que no hay menciones en este texto. También es cierto que aunque no se recoja expresamente en el apartado correspondiente, sí hay algunas cuestiones que consideramos merece la pena destacar. Nos referimos a la exigencia de que la póliza contenga las condiciones generales, especiales o particulares, que sean realmente aplicables al contrato que suscriba el tomador con la finalidad de evitar que sea a él a quien corresponda discriminar qué cláusulas le van a resultar aplicables y cuáles no (artículo 581-3, en particular, 3.a). Redundado en la cuestión, se lleva al contenido de la póliza la exigencia de que se identifique completamente la naturaleza del riesgo cubierto, describiendo, de un modo claro, destacado y comprensible, las garantías y coberturas otorgadas en el contrato. Igualmente, respecto a cada una de ellas se deben indicar las exclusiones y limitaciones que les afecten, que además deben estar destacadas tipográficamente (artículo 581-8.2.c). Y se pretende, en todo caso, dar una respuesta satisfactoria al asegurado, al beneficiario e incluso al perjudicado, facilitando la información en la que se van a concretar las razones que van a servir como fundamento para no atender la petición de indemnización.

A pesar de las indicaciones formuladas, no se establece en el texto la imposición al asegurador de un específico deber de información ni precontractual ni puramente contractual. Se echa en falta la configuración de una obligación que verse sobre cuestiones de fundamental importancia en el funcionamiento de un contrato de seguro que son las que además van de permitir al asegurado realizar una adecuada elección de la figura contractual que necesite.³¹ No parece que sea de recibo que se establezcan expresamente obligaciones de asesoramiento profesional para los corredores de seguros y no se haga lo propio con las compañías aseguradoras cuando se celebren los contratos sin la intermediación de aquellos. Esta falta de equilibrio se pone aún más de relieve si se tiene en cuenta el deber que se impone a los asegurados de declarar las circunstancias que rodean al riesgo que se quiere asegurar así como sus posibles agravaciones, así como la facultad de comunicar su disminución.

Y es que no aparece recogido en el Anteproyecto como tampoco lo hacía la propuesta la obligación a cargo del asegurador de proporcionar al asegurado una nota informativa con el contenido que establecía tanto el artículo 8 como el anexo del Anteproyecto de LCS³² y con la que se procedía a llevar a la normativa contractual los aspectos informativos todavía regulados tanto en el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados,³³ como en su Reglamento aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre.

Los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro sí recogen estas obligaciones de información del asegurador, aunque si bien es cierto que el contenido recogido es importante, puede ser considerado insuficiente. Y ello porque el artículo 2:202 se limita a obligar al asegurador en el momento de formalizar el contrato a que advierta al potencial asegurado de las incoherencias que puedan existir entre la cobertura ofrecida y las necesidades de aquel, que sean conocidas o debieran serlo por el asegurador, atendiendo a las concretas circunstancias y a la forma en la que se va a celebrar el contrato de seguro, en particular, si es a través de un mediador. En definitiva, los Principios se limitan a obligar a las entidades a señalar las exclusiones de cobertura de los riesgos que se reflejen en las pólizas de los contratos que puedan afectar a los asegurados, cuando esta obligación debería alcanzar también a asesorar sobre la modalidad de contrato de seguro más adecuada a la situación del asegurado, la elección

³¹ Vid., MUÑOZ PAREDES, op. cit., pp. 352 y 353, quien insiste especialmente en el deber de asesoramiento, antes y durante el contrato, que deben prestar las entidades aseguradoras.

³² PEÑAS MOYANO, M.J., "Relaciones entre la normativa contractual y de supervisión para la protección del asegurado: El deber de Información previa al tomador del seguro", *Supervisión en Seguros Privados*, Cuñat Edo y Bataller Grau (dirs), Valencia, 2013, pp. 669 y ss.

³³ En el diseño de la reforma en materia de ordenación y supervisión de seguros en la que se trabaja actualmente para llevar a cabo la transposición de la Directiva Solvencia II (Directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y de su ejercicio) continúa reconociéndose la información precontractual a prestar por el asegurador en el artículo 102 del Anteproyecto de Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras (ALOSSEAR), presentado el 6 de mayo de 2014, y confirmado el 30 de julio. Disponible en:

<http://www.dgsfp.mineco.es/direcciongencral/JuntaConsultiva/Documentos/Borrador%20ALOSSEAR%2030%20de%20julio%20de%202014.pdf>

Se mantiene, por tanto, inalterada la situación actual.

de las posibilidades que una póliza concreta le permita, orientaciones sobre sumas aseguradas, franquicias, etc.

De igual modo, y como venimos señalando, se considera oportuno que esta obligación de informar no se agote en el momento precontractual, sino que continúe a lo largo de la vida del contrato de seguro, y de forma particular en momentos cruciales del mismo en los que una correcta información permita hacer un uso más correcto de las posibilidades de la figura contractual celebrada. Por otro lado, ello no sería más que la contrapartida, como ya se ha señalado, a la obligación del tomador del seguro de informar al asegurado sobre las posibles agravaciones que se produzcan del riesgo a lo largo de la duración del contrato de seguro.

Debería también resaltarse la ausencia en el texto del Anteproyecto, como tampoco aparece ni en la legislación vigente ni en los Principios, de alguna consecuencia que se apareje al incumplimiento de la obligación correspondiente al asegurador de entregar las condiciones generales del contrato de seguro junto con la proposición³⁴, constatándose también la tardanza en su puesta a disposición del asegurado que se suele producir cuando ya se ha celebrado el contrato. Esta circunstancia obligaría a acudir a normas de naturaleza generalista como las establecidas en el artículo 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, norma que resulta expresamente aplicable al señalarlo el artículo 581-3.2 del Anteproyecto cuando manifiesta que resultarán aplicables a las condiciones generales del contrato de seguro las normas sobre las condiciones generales de la contratación. Esta remisión expresa también debe entenderse realizada a las disposiciones que se contemplan en el Título III del Libro IV que regulan las condiciones generales de la contratación.³⁵

4. CONCLUSIONES

Comenzando con una apreciación de carácter general acerca del proceso de elaboración de este nuevo Código Mercantil, nos gustaría poner de manifiesto que la reordenación de materias que necesariamente también supone esta labor, tendría que llevarse a cabo no sólo con el objetivo de comprimir en un único texto una normativa tan amplia que parece que se le va escapando por los bordes, sino para poner de manifiesto de forma nítida lo que significa: un avance en la elaboración de una regulación jurídica para lograr que sea más completa, más homogénea y adecuada a lo que se regula y, en definitiva, más perfecta.

Y es que desde nuestro punto de vista que no tiene demasiado sentido proceder únicamente a codificar la materia, sin un intento de reordenarla y actualizarla, aprovechando precisamente los cambios tan importantes que normativamente están teniendo lugar. De este modo, obviando lo que sucede en otros ámbitos, si a lo único que se procede es a un cambio de ubicación del régimen jurídico que se establece para

³⁴ Vid., al respecto, BATALLER GRAU, “La reforma de la Ley...”, cit., pp. 224 y 225, muy crítico con este incumplimiento de las entidades aseguradoras que se produce con gran frecuencia en la práctica.

³⁵ TAPIA HERMIDA, “Los contratos de seguro y de mediación...”, cit., p. 30.

la relación contractual del seguro de un texto legal individual a un código de considerables proporciones, el recorrido no es muy largo. Es por ello por lo que se considera muy conveniente aprovechar la etapa de elaboración legislativa hasta la aprobación definitiva del texto para realizar todo los cambios e incorporaciones que sean necesarios, entre los que creemos se sitúan algunos de los aspectos que hemos tratado de apuntar.

Ya, con carácter particular, insistimos en dos ideas básicas respecto a las obligaciones que corresponden al asegurador: por un lado, y en lo que se refiere a su principal obligación, resulta necesario determinar de forma nítida cómo se ha de proceder en caso de siniestro, estableciendo para ello un calendario claro y accesible para el asegurado, que no dé lugar a dudas interpretativas, en particular en materia de procedimientos y plazos de actuación, y que se impida con ello posibles retrasos en el cobro de la indemnización; por otro insistimos en la necesidad de recoger en el texto, aunque sea de forma mínima, una referencia a las obligaciones de información que corresponden a las entidades aseguradoras, antes de la celebración del contrato y durante su existencia.

CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN: ENTRE TEORÍA Y REALIDAD*

MARÍA PÉREZ PEREIRA**

Resumen

La actividad comercial actual tiene un gran componente internacional, y esto hace que sea necesario revisar y tener presentes las bases de los contratos internacionales más utilizados, entre ellos, el contrato de distribución comercial.

Contenido

1. Introducción. – 2. Modalidades de contratos de distribución. – 3. La atipicidad en el contrato de distribución. – 3.1. Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. – 3.2. Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). – 3.3. Normativa general sobre contratos. – 3.4. Normativa en materia de Derecho de la Competencia. – 4. Las consecuencias indemnizatorias derivadas de la extinción del contrato de distribución. – 4.1. Indemnización por daños y perjuicios. – 4.2. Indemnización por clientela. – 5. La distribución y el derecho de la competencia europeo. – 5.1. Acuerdos verticales. – 5.2. Un ejemplo: automoción. – 6. Conclusión

1. INTRODUCCIÓN

Con frecuencia aludimos a la necesidad de ser globales, esto es, de poder actuar, celebrar negocios jurídicos más allá de nuestras fronteras patrias. Es verdad, en pleno siglo XXI, al igual que en la Baja Edad Media, los comerciantes celebran con relativa normalidad contratos comerciales internacionales. Nada nuevo. Sin embargo, desde hace ya varias décadas, el empresario, para el desarrollo de su actividad profesional y el crecimiento de sus negocios, necesita de terceros que le ayuden a desarrollar su tarea. Este tipo de actividad se circunscribe dentro de la categoría doctrinal de “contratos de colaboración”: realización de numerosos negocios jurídicos desde el

* Es un orgullo poder participar en este homenaje al profesor Illescas, mi maestro y mentor. Su rigor científico, su vocación, su dedicación y la infinidad de logros y reconocimientos son por todos conocidos y no hay duda de que Rafael es, por derecho propio, uno de los nombres con mayúsculas del derecho mercantil. Pero, más allá de esas inmensas cualidades académicas y científicas, si hubiera de destacar a Rafael es por su inmensa humanidad y bondad. Desde el comienzo de mi andadura universitaria, he aprendido del profesor Illescas no sólo -y mucho- Derecho mercantil, sino también sobre la vida universitaria. Gracias Rafael por tus enseñanzas.

** Profesora Adjunta de Derecho Mercantil. Universidad Francisco de Vitoria.

fabricante hasta el destinatario final de los productos o servicios, utilizando uno o más intermediarios. Es decir, la labor del intermediario o colaborador del empresario ha ido generalizándose además de especializarse por sectores, y se ha formado los denominados “canales o redes de distribución”¹.

En el ámbito de la distribución comercial juega un papel fundamental el derecho de la competencia², y especialmente las normas comunitarias reguladoras de la competencia, como veremos más adelante, puesto que, por criterios económicos, el empresario tenderá a una reducción de costes e incremento del beneficio, lo que lleva aparejado la estandarización de la producción, de los contratos y las características de las economías de escala.

Hasta hace poco tiempo, los contratos de distribución comercial (siendo una de las partes española), y tal y como señala GARCIMARTÍN³, suelen –solían- responder prácticamente todos al mismo patrón: una empresa de distribución nacional que tiene un contrato celebrado con una firma extranjera. Pese a esta afirmación, es necesario señalar que en la actualidad, también tenemos en España un importantísimo volumen de negocio de empresas españolas que celebran contratos con empresas de distribución más allá de nuestras fronteras.

Los contratos de colaboración mercantil se pueden clasificar de múltiples maneras, pero destacamos la siguiente por la importancia que tiene en el derecho comunitario y de la competencia: Según el grado de integración en la red de distribución:

- Distribución libre o extensiva: el intermediario es independiente desde el punto de vista jurídico como económico y no está propiamente incorporado a la red comercial del fabricante (ej. Agente, comisionista, etc.)
- Distribución integrada o en sentido estricto: “comprende todas aquellas fórmulas en las que terceros empresarios se incorporan a la disciplina y condiciones de un canal impuestas por el fabricante, perdiendo en mayor o menor grado su autonomía”⁴ (ej: distribución y franquicia)

En el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución, de 29 de junio de 2011, y que posiblemente nunca llegará a convertirse en Derecho positivo⁵, encontramos la

¹ ALONSO SOTO, Ricardo, *Los contratos de distribución comercial*, en VV.AA. *Curso de Derecho Mercantil*, vol II. Civitas, 2ª ed., 2007, pág. 177.

² ALONSO SOTO, Ricardo, “Distribución comercial y derecho de la competencia”, disponible en www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/DComp.pdf (consultada por última vez el 28 febrero 2015).

³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J, “Contratos de distribución internacional: competencia judicial y ley aplicable”, disponible en http://www.institutomercadoycompetencia.com/wp-content/uploads/CONTRATOS-DE-DISTRIBUCIÓN-INTERNACIONAL_-COMPETENCIA-JUDICIAL-Y-LEY-APLICABLE.pdf (consultada por última vez el 28 de febrero de 2015)

⁴ ALONSO SOTO, op. Cit., págs. 178-179.

⁵ No faltan críticas a este proyecto, especialmente por su excesivo formalismo, cuya aplicación dificultaría los contratos transnacionales. Vid. GOMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, M, “Cuestiones de formación del contrato en la propuesta de Anteproyecto de ley de contratos de distribución”, *InDret*, 1/2010, pág. 18.

misma clasificación que ya tenemos en el Draft Common Frame of Reference IV.E-2:101, distinguiendo entre:

- a) El contrato de compra en exclusiva, por el cual el distribuidor, a cambio de contraprestaciones especiales, se obliga a adquirir, para su comercialización, determinados bienes o servicios solamente al proveedor o a otras personas a quienes éste designe.
- b) El contrato de venta en exclusiva, por el cual el proveedor se obliga a vender únicamente a un distribuidor en una zona geográfica determinada los bienes o servicios especificados en el contrato para su comercialización en dicha zona.
- c) El contrato de distribución autorizada, por el cual el proveedor se obliga a suministrar al distribuidor bienes y servicios para que éste los comercialice, bien directamente o bien a través de su propia red, como distribuidor oficial, en una zona geográfica determinada.
- d) El contrato de distribución selectiva, por el cual el proveedor se obliga a vender los bienes o servicios objeto del contrato únicamente a distribuidores seleccionados por él y que no gozan de exclusividad territorial, mientras que el distribuidor se compromete a revender esos bienes o a prestar esos servicios a consumidores y usuarios finales, respetando las instrucciones pactadas y prestando, en su caso, asistencia técnica a los compradores.
- e) El contrato de concesión mercantil, por el cual el distribuidor pone su establecimiento al servicio de un proveedor para comercializar, en régimen de exclusividad y bajo directrices y supervisión de éste, bienes y servicios en una zona geográfica determinada.

Puede definirse el contrato de distribución⁶ como un acuerdo de voluntades entre empresarios por el cual uno de ellos (fabricante o productor) se obliga a la entrega de un bien al otro (distribuidor) para que éste lo revenda en una zona determinada a cambio de un precio. Es decir, el distribuidor adquiere los productos para su reventa, característica básica que lo distingue ya del contrato de agencia⁷. En el DCFR (IV.E-5:101 párrafo 1), se establece que se entiende por contrato de distribución el celebrado entre dos partes, proveedor y distribuidor, en el que se acuerda que la primera suministrará a la segunda ciertos productos o servicios de forma continuada y ésta se comprometerá a adquirirlos y suministrarlos a terceros por cuenta y en nombre propios.

Así, las características tradicionales del contrato de distribución comercial son:

⁶ Sobre los contratos de distribución, en general, vid. entre otros, IGLESIAS PRADA, Juan Luis, “Notas para el Estudio del Contrato de Concesión Mercantil” en VVAA. *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid 1978, pág. 251-281; VV.AA., *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 21, 2006 –monográfico dedicado al contrato de agencia, distribución y franquicia, además de las referencias existentes en las monografías generales sobre Derecho mercantil.

⁷ Una de las primeras sentencias en España de relevancia es AP Bilbao 26 noviembre 1992, en la que se define el contrato de distribución. Debemos destacar que en algunos países extracomunitarios, algunos autores han distinguido entre contrato de distribución y contrato de concesión comercial (vid. MARZORATI, Osvaldo, *Sistemas de distribución comercial*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 153) aunque en España ambos términos se refieren al mismo contrato.

- Atipicidad contractual;
- Suministro continuado de bienes o servicios: el distribuidor **adquiere** los productos para revenderlos al destinatario de los mismos en nombre y cuenta propios: esto trae como consecuencia directa la asunción de los riesgos derivados del tráfico jurídico⁸;
- generalmente son contratos de adhesión⁹;
- se suele pactar en el contrato la cesión de derechos sobre activos intangibles¹⁰ del fabricante o productor, lo que presupone que estamos ante un contrato en el que la confianza juega un papel fundamental¹¹.

La cesión de los derechos sobre activos intangibles del fabricante, así como licencias de comercialización, pactos de exclusividad (territorial o temporal), puede llevar aparejada a medio o largo plazo la vulneración del derecho comunitario de la competencia (los casos más frecuentes son los relativos a la compartimentación de los mercados y restricciones abusivas contrarias a la competencia leal)¹².

Una vez conocidas las características de los contratos de distribución, es sencillo deducir el interés comercial de este tipo de contratos: el fabricante, por un lado, se beneficia de la distribución de sus productos sin necesidad de invertir en la creación material de una estructura; y por otro lado el distribuidor, al incorporarse a la red del fabricante, éste le ofrece el know how (entre otros activos) a la hora de organizar su actividad comercial y adquiere, crea o mejora la clientela del fabricante, eso sí, asumiendo el riesgo de las transacciones, dado que ha adquirido los productos del fabricante.

2. MODALIDADES DE CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

En la distribución comercial es necesario entender incluido tanto la distribución de bienes, como de servicios. Más aún, cada vez es más frecuente de emplear los acuerdos de distribución para la distribución de contenidos protegidos por el derecho de autor (típico caso de obras musicales) o distribución de servicios financieros¹³.

⁸ De interés las sentencias españolas: STS 8 de noviembre de 1995, 5 de febrero de 1998, 16 de diciembre de 2005 y 10 de julio de 2006, entre otras. En la Jurisprudencia europea, se refiere a esta asunción de los riesgos la antigua sentencia de 16 de diciembre de 1975 (Suiker Unie y otros vs. Comisión) y la sentencia de 24 de octubre de 1995 (Bundeskartellamt vs. Volkswagen AG y Vag Leasing GMBH) al hilo de una cuestión prejudicial.

⁹ Esto supone que será aplicable la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la Contratación.

¹⁰ Marcas, know-how, logotipos, etc.

¹¹ STS de 17 de mayo de 1999.

¹² En palabras de ALONSO SOTO (op.cit. pág. 192), “la creación de redes de distribución produce una ordenación de los mercados intermedios que genera un elevado riesgo de incurrir en prácticas contrarias a la libre competencia”.

¹³ Las modalidades que se pueden incluir en los contratos de distribución comercial, con o sin establecimiento físico son muchas y variadas. Esta apreciación ya la formuló PUYALTO FRANCO,

Se habla de los contratos de distribución, habida cuenta de las variantes que existen en función de los pactos contractuales, resultando especialmente importante el pacto de exclusividad, que puede afectar:

- a la adquisición de los bienes, productos o servicios por parte del distribuidor: el distribuidor se compromete a adquirir exclusivamente del fabricante los productos o servicios que vaya a destinar a la reventa.
- respecto de la reventa: el fabricante o productor se obliga a suministrar únicamente los productos al distribuidor dentro del territorio o tiempo pactados en el contrato
- también es posible que en el contrato de distribución coexistan tanto la exclusividad de compra como de distribución de los productos.

Si bien, al tratarse de un tipo de contrato regido básicamente por la voluntad de las partes, la exclusividad en los pactos dependerá de cada sector. Así, en el caso de la distribución de alimentos, es frecuente que existan acuerdos de exclusividad respecto de productos o gamas de productos concretos, pero no afectarán a la totalidad de la actividad desarrollada por el distribuidor.

Pese a las posibilidades de exclusividad, en el sector de la automoción, en el que nos centraremos a lo largo del trabajo por la importancia del derecho comunitario, la exclusividad suele operar tanto respecto de la exclusividad de la compra como de la distribución de los productos (basta simplemente un análisis empírico: los concesionarios de automóviles están vinculados en su gran mayoría a un único fabricante, no siendo muy frecuentes los concesionarios –denominados- multimarca).

3. LA ATIPICIDAD EN EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

El contrato de distribución o concesión comercial es un contrato atípico en toda la Unión Europea excepto en Bélgica¹⁴. La Unión Europea únicamente ha regulado el contrato de agencia, primo hermano del de distribución, a través de la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes¹⁵, sin embargo no existen en el momento actual ningún tipo de

María José, *Derecho europeo de los contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, (VV.AA.), ed. Atelier, Barcelona, 2012, pág. 1603.

¹⁴ La Loi relative à la résiliation unilatérales des concesssions de vente exclusive à durée indéterminée, de 1961 fue la primera y única reguladora de la materia en la UE y gran parte de los países de NNUU. Actualmente se derogó en 2014 por la Loi portant insertion du livre X “Contrats d’agence commerciale, contrats de coopération commercial et concesssions de vente” dan le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre X, dan le livre Ier du Code de droit économique (DO 28 de abril de 2014). Resulta simpático saber que, en la práctica, para evitar la aplicación de la ley belga, las partes establecen que la ley aplicable al contrato es de otro país (donde no exista regulación). Así lo expresan MESTDAGH, Tillo y VERVA, Jacques en “Contrats d’agence et de distribution en France et en Belgique”, paper de la Chambre de commerce franco-belge du Nord de la France, pág. 13

¹⁵ Directiva que se transpuso ya en la práctica totalidad de los Estados Miembros de la Unión, regulándose en España en la Ley 12/1992 sobre contrato de agencia.

normativa comunitaria sobre los contratos de distribución comercial en la Unión¹⁶, salvo la ya aludida DCFR y un eterno proyecto de ley español.

Pese a ello, la Unión Europea, consciente de la importancia de estos contratos y de su incidencia en el mercado interior, publicó el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “La evolución de la gran distribución y su impacto en proveedores y consumidores” (2009/C 175/10)¹⁷. Este dictamen todavía no ha tenido especial impacto entre el sector de fabricantes de productos y de distribuidores, dado que se centra en la perspectiva del consumidor o destinatario final.

Pese a una ausencia generalizada de regulación, en la Unión Europea sí existen algunas propuestas de armonización en el ámbito contractual (caso de los Principios Europeos de derecho contractual – (Principles of European Contract Law). Tales propuestas han sido consideradas en numerosas ocasiones como necesarias para el incremento de las relaciones comerciales intracomunitarias y la mejora de la protección de empresas y consumidores en el seno de la Unión¹⁸.

Así las cosas, a la hora de interpretar y conocer los contratos de distribución comercial hemos de atender en primer lugar a lo establecido por las partes en el contrato (principio de la autonomía de la voluntad de las partes, inspirador de nuestro Derecho así como de los países de nuestro entorno y, por supuesto, del Derecho de la Unión Europea) y en segundo lugar, en caso de lagunas, atender a los preceptos que pudieran resultar aplicables. Si estamos ante un contrato entre dos partes en la Unión Europea:

3.1. Convención de Viena 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías:

Para poder hablar de su aplicación, hay que tener en cuenta que las partes pueden excluir su aplicación si así se acuerda expresamente, al igual que acordar un “opting in” para *forzar* su aplicación.

La doctrina más autorizada se divide entre los que opinan que sí es de aplicación la CNUCCIM a los contratos de distribución comercial, caso de PERALES VISCASILLAS, afirmando que “en la medida en que el contrato de distribución implique compraventa de productos estando éstos determinados así como su precio

¹⁶ Lo más cercano al contrato que aquí se estudia es la Ley modelo de UNIDROIT sobre la divulgación de la información en materia de franquicia del año 2007, así como algún precepto en algunas normativas estatales, como nuestro art. 62.2 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

¹⁷ DOE C175, de 28 de julio de 2009.

¹⁸ A modo de ejemplo, vid. Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas, DOUE COM (2010) 348 final de 1 de julio de 2010; REDING, Viviane, “Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional”, *Indret*, núm. 2/2011, abril 2011, págs. 3-8. GÓMEZ, Fernando y GANUZA, Juan José, “Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo”, *Indret*, núm. 2/2011, abril 2011, págs. 25 y 26; BUSSANI, Mauro y MUSY, Alberto, “Il Common Core dei diritti europei del contratto”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, n° 3, setiembre 2000, págs. 537-538 y 545. Aunque ya es relativamente antiguo, no por ello debemos dejar de prestar atención a GAMBARO, Antonio. “Jura et leges nel processo di edificazione di un diritto privato europeo”, *Europa e diritto privato*, n° 4, 1998, págs. 993-1010.

(...), el contrato podrá considerarse bajo el ámbito aplicativo de la Convención de Viena, y por ello también las restantes obligaciones que se derivan del mismo”¹⁹. Sin embargo otros autores, como GARCIMARTÍN²⁰ consideran que la aplicación de la Convención de Viena no está exenta de dificultades prácticas, partiendo de la naturaleza misma de los contratos de distribución.

3.2. Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

El conocimiento de este Reglamento es básico para los contratos en los que existe un mercado componente internacional, puesto que en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden pactar libremente la ley aplicable a su contrato, sin embargo, respecto de los contratos de distribución comercial, además de la previsión del art. 2 del Reglamento (donde se establece que “la ley designada por el presente reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”), se establece que, a falta de elección por las partes, la ley aplicable será la del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual (art. 4.1.f) de Reglamento Roma I)²¹.

3.3. Normativa general sobre contratos

No es más que atender a lo establecido en el Código civil y código de comercio²². Esta afirmación no es banal. Pongamos el ejemplo de Brasil. En su código civil (del año 2002) se establece en su artículo 421 la “denominada función social del contrato”, la cual es desconocida para los europeos. Si a esto añadimos que el Decreto-Lei 4.657, de 4 de septiembre de 1942, de Introdução às normas do Direito Brasileiro establece en su artículo 5 que en la aplicación de la ley, el juez atenderá a los fines sociales y a las exigencias del bien común, no debiera sorprendernos que en los casos en los que el

¹⁹ PERALES VISCASILLAS, M^a del Pilar, “Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías”, en VV.AA. en *Estudios de Derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 1236.

Hemos de señalar que en otro artículo anterior del año 2001, ya especificaba que la Convención no es aplicable a los contratos de distribución internacional, pero sí al contrato de compraventa concluido sobre la base del acuerdo de distribución, en “El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980), disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html> (consultada por última vez el 28 de febrero de 2015)

²⁰ Op. cit. Págs. 6 y 7.

²¹ En la doctrina vid. Por todos, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “Contratos de distribución internacional: competencia judicial y ley aplicable”, págs. 11 a 13. Disponible en <http://www.institutomercadoycompetencia.com/wp-content/uploads/CONTRATOS-DE-DISTRIBUCION-INTERNACIONAL-COMPETENCIA-JUDICIAL-Y-LEY-APLICABLE.pdf> (consultado por última vez 7 de mayo de 2015).

²² O normativa equivalente en el caso de estar ante un contrato cuya ley aplicable es la de otro país distinto a España. Por ejemplo: en el caso de Francia: Code Civile y Code de Commerce; en Italia, Codice Civile; en Alemania, Bürgerliches Gesetzbuch o (BGB) o Handelsgesetzbuch (HGB); etc. En la Jurisprudencia comunitaria vid. Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 14/76

distribuidor sea brasileño, ante la ausencia de normativa aplicable (incluso internacional) las resoluciones judiciales y en muchos casos arbitrales (si el árbitro es brasileño) tienden a proteger a sus empresas. Esto no es más que un ejemplo de la importancia de conocer los derechos nacionales en el momento de celebrar un contrato de distribución comercial internacional. Pequeños detalles hacen grandes las diferencias, y que el mercado, en pleno siglo XXI ya no sólo es Europa, sino todo el planeta.

3.4. Normativa en materia de Derecho de la Competencia

Una vez conozcamos las obligaciones que dimanen del contrato y la ley aplicable a las obligaciones, en función de lo establecido por el Reglamento Roma I, hemos de tener en cuenta la normativa comunitaria vinculada al antiguo art. 81 TCE y actual 101 TFUE. En un primer momento, puede considerarse que algunas de las cláusulas establecidas en los contratos de distribución comercial de vehículos de motor vulnerarían los principios básicos sobre competencia, sin embargo es necesario atenerse al párrafo 3 del art. 101 TFUE para advertir que, cuando los acuerdos entre empresas puedan afectar al comercio entre los Estados Miembros (ver detenidamente párrafo 1 art. 101 TFUE) estarán prohibidos y se considerarán incompatibles con el mercado interior. Sin embargo, en algunos casos, tales acuerdos verticales (en nuestro caso), se permitirán siempre y cuando contribuyan a mejorar la producción o distribución de los productos y reserven a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante (párrafo 3 del art. 101 FUE)²³.

Dada la importancia del Derecho comunitario de la competencia, dedicaremos el epígrafe 5º a su estudio más detenido.

4. LAS CONSECUENCIAS INDEMNIZATORIAS DERIVADAS DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

El principal problema que se plantea en los contratos de distribución está vinculado directamente a la extinción del contrato, y concretamente los problemas por las divergencias de opiniones entre fabricante y distribuidor respecto de las consecuencias indemnizatorias que corresponden al distribuidor en los casos en los que no se establece nada en el contrato al respecto.

La legislación existente en la materia de contratos de colaboración se centra, casi exclusivamente, en los contratos de agencia (y en los contratos de seguros). Sin embargo esta ley (basada en la Directiva del año 86) no debe resultar aplicable por analogía automáticamente a los problemas que se suscitan en el caso de los contratos

²³ GONZÁLEZ GARCÍA, Sergio, “Acerca del Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas”, disponible en <http://www.institutomercadoycompetencia.com/wp-content/uploads/Reglamento-330-2010-SERGIO.pdf> (consultada por última vez el 7 de mayo de 2015).

de distribución, puesto que ambos son contratos de colaboración empresarial, pero divergen en su contenido.

Llegados a este punto es necesario recordar que el Reglamento Roma I establece la aplicación en los contratos de distribución comercial, en caso de omisión en el clausulado, de la ley del domicilio del distribuidor.

España, habida cuenta de la importancia del sector de la automoción, es uno de los países pioneros en la redacción de un (todavía) Proyecto de ley de contratos de distribución²⁴, que aborda el principal problema que rodea a estos contratos: las indemnizaciones que corresponden al distribuidor en el caso de la extinción contractual.

Así, en el caso de la extinción del contrato surge la duda sobre cuáles deben ser las consecuencias indemnizatorias derivadas de la extinción del contrato de distribución. Estas son básicamente dos²⁵:

- Indemnización por daños y perjuicios.
- Indemnización por clientela.

Las divergencias entre las soluciones ofrecidas por las posibles regulaciones estatales pueden dar lugar a situaciones de elección de foro competente y ley aplicable de conveniencia.

4.1. Indemnización por daños y perjuicios

En relación con la posible indemnización por daños y perjuicios es necesario señalar que no siempre constan en los contratos celebrados por las partes, aunque evidentemente han de regirse por los principios generales del derecho de contratos.

Las posibles indemnizaciones por daños y perjuicios en el ámbito de los contratos de distribución, especialmente aquéllos que incluyen pacto de exclusividad, se refiere a los daños que causa la misma resolución del contrato y que son distintas de las indemnizaciones que pudieran proceder por incumplimiento contractual²⁶. Son dos los tipos de daños y perjuicios posibles:

²⁴ En el año 2008 hubo una iniciativa parlamentaria para regular los contratos de distribución en España, una proposición de ley, pero tal proposición finalmente caducó, el mismo mes de abril que se presentó. Sin embargo, con la inclusión de la disposición adicional 16ª en materia de contratos de distribución en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, el sector de la automoción reaccionó de tal manera que el propio Ministerio de Industria está elaborando el proyecto al que hacemos referencia, en relación directa con diversas asociaciones de fabricantes y distribuidores.

²⁵ Sobre la distinción entre ambos tipos de indemnizaciones en el caso de la distribución en exclusiva, STS de 21 de enero de 2009, comentada por PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Mª Carmen, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 81, 2009, págs. 1201-1220. En la doctrina, CANDELARIO MACÍAS, Mª Isabel, “Sobre la reclamación indemnizatoria derivada del contrato de distribución en exclusiva”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, nº 6, 2010, págs. 26-32; y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, “En torno a las consecuencias patrimoniales de la extinción por el contrato de distribución”, *Cuadernos de derecho y comercio*, nº 12, 1993, págs. 217-234.

²⁶ Excepto en relación con el pacto del plazo de preaviso, si existiere.

- a. La falta de cumplimiento de un plazo de preaviso (en el caso de que la resolución sea anterior a la finalización del contrato o estemos ante un contrato de duración indefinida).
- b. En el caso de que el distribuidor hubiera realizado inversiones en su local de negocio mejoras en el desarrollo de la actividad y que éstas no hubieran podido ser amortizadas.

En el primero de los casos, el plazo de preaviso ha generado abundante jurisprudencia, puesto que lo más habitual es no establecer ningún plazo de preaviso, y únicamente quedaría como solución aplicar, por analogía, la ley del contrato de agencia, lo que no resulta deseable, habida cuenta de que únicamente ha de recurrirse a la analogía en casos excepcionales y no de manera automática y directa (vid. *Infra*).

El legislador español, raudo y veloz en numerosas ocasiones a la hora de legislar, ha tenido que rectificar²⁷, aunque esto sea cosa de sabios. En este caso, hemos de tener en cuenta el eterno proyecto de ley sobre contratos de distribución, que establece en su art. 25 las situaciones en las que corresponderá una indemnización por daños y perjuicios, que se centran en la Jurisprudencia tanto nacional como de otros países de nuestro entorno²⁸ en relación con la procedencia de tal reclamación, lo que parece un acierto del legislador.

Art. 25. Indemnización por daños y perjuicios.

1. Cuando el contrato de duración determinada sea denunciado sin justa causa antes de la finalización de su plazo o el contrato de duración indefinida sea denunciado sin respetar los plazos de preaviso pactados, o sin que haya transcurrido un plazo razonable para hacer posible la amortización de las inversiones específicas, la parte afectada tendrá derecho a exigir una compensación adecuada para resarcirse de los daños y perjuicios que acredite haber sufrido como consecuencia de la resolución del contrato.
2. A los efectos de cuantificar tales daños y perjuicios, se podrán tener en cuenta las inversiones específicas no amortizadas. Se considerarán inversiones específicas las realizadas en interés del negocio del denunciante que no puedan ser aprovechadas de modo real y efectivo para usos alternativos o que sólo puedan serlo con grave pérdida para el inversor. No tendrán la consideración de inversiones específicas, las inversiones ya amortizadas o que debieran estarlo conforme a las escalas de amortización establecidas ni, en ningún caso, las inversiones genéricas propias del devenir empresarial del distribuidor.

La Jurisprudencia española se ha pronunciado en este sentido, destacando la SAP Madrid de 29 de abril de 2013

²⁷ Por ejemplo, con la elaboración rapidísima del RDL14/99 en materia de firma electrónica, pocos meses antes de la publicación de la Directiva sobre la materia, tuvo que derogar el texto para adaptarlo a la Directiva comunitaria 1999/93/CE.

²⁸ Tribunal Federal suizo, sala Civil, Sentencia de 22 de mayo de 2008. A pesar de no ser una sentencia de un Estado Miembro de la Unión, esta sententencia es interesante por sí misma, así como la peculiaridad de ser Suiza miembro del EEE.

4.2. Indemnización por clientela

La Jurisprudencia española parece clara en relación con la posible aplicación analógica de la Ley 12/1992, pues establece que es posible el recurso a la aplicación analógica siempre y cuando éste sea excepcional y se cumplan los requisitos establecidos en el art. 28 de dicha ley²⁹.

Art. 25 Indemnización por daños y perjuicios

3. La terminación de los contratos de distribución no obligará al proveedor a compensar al distribuidor por la clientela que éste hubiera podido generar durante la relación.

No obstante, con carácter excepcional, el distribuidor tendrá derecho a una compensación cuando concurren cualquiera de las circunstancias siguientes:

- a) que por la naturaleza del contrato y por la actividad del distribuidor se hayan incrementado sustancialmente el tipo de operaciones o el número de clientes
- b) que el distribuidor acredite que la clientela seguirá produciendo ventajas sustanciales al proveedor tras la ruptura indebida del contrato.
- c) que se haya establecido un pacto por el cual el distribuidor, una vez extinguido el contrato no pueda hacer competencia al proveedor o al nuevo distribuidor. La duración del pacto de no competencia no podrá exceder de un año.

En este caso, el prelegislador español trata de establecer una postura única, respecto de la procedencia de la reclamación de una indemnización por clientela en el caso de los contratos de distribución, sin embargo las situaciones en las que concurren las circunstancias expuestas son las mismas que las que se establecen en el art. 28 de la Ley del contrato de agencia, lo que plantea la necesidad de regular de forma idéntica el contrato de distribución y el contrato de agencia, cuando la Directiva comunitaria no previó tal circunstancia y, por ello en el año 86 se limitó a la regulación del contrato de agencia (vid. art. 1 Directiva 86/653/CEE). Más aún, en la Ley de transposición de la Directiva se establecen los criterios para la indemnización máxima, previsión que desaparece en el caso del borrador de proyecto de ley sobre contratos de distribución y que, sin duda alguna, generará conflictos sobre si ha de aplicarse por analogía la ley del contrato de agencia, o por el contrato, al no existir previsión, no podemos considerar la existencia de indemnización máxima, no resultando adecuada ninguna de las dos soluciones. Pese a ello, es necesario destacar que la Jurisprudencia española, en por ejemplo, la STS de 3 de marzo de 2011, considera que la duración del contrato no es óbice para aplicar la Ley del contrato de agencia y así proceder a la indemnización por clientela por aprovechamiento del fondo de comercio.

²⁹ STS de 4 de marzo de 2009, 15 de octubre de 2008, STS de 12 de julio de 2010, 29 de septiembre de 2010 (véase la sentencia del JPI nº 3 de Arganda del Rey, de 27 de febrero de 2007). También STS de 22 de febrero de 2010, y el comentario realizado por ARROYO VENDRELL, Tatiana, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 84, 2010, págs. 1817-1832. Vid. También, el comentario a la STS de 12 de julio de 2010 realizado por GARCÍA VICENTE, José Ramón, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 85, 2011, págs. 609-626; SERRANO SANTAMARÍA, Ana, “La denuncia unilateral del contrato de distribución y la indemnización por clientela: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2010”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 26, 2011, págs. 311-320.

Sea como fuere, en relación con el derecho a la percepción de la indemnización por clientela, también existen sentencias que abogan por aplicar este derecho únicamente a los contratos de agencia, sin que quepa, en estos casos, una aplicación analógica del art. 28 de la LCA³⁰. ALONSO SOTO, recoge el Acuerdo de los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de 2005, que establece que “no procede en términos generales la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia a ningún otro supuesto ni puede resultar automática su aplicación a contratos tales como concesión, distribución y similares”³¹ posicionándose en la misma línea de pensamiento, con el que concordamos plenamente.³²

5. LA DISTRIBUCIÓN Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EUROPEO

El principal problema que se plantea en los contratos de distribución o concesión comercial es que, el hecho de incorporar pactos de exclusiva, puede afectar o alterar la libre competencia³³ y, además, pueden darse casos de competencia desleal (especialmente en lo relativo a la fijación de precios y mejores condiciones en función de los resultados alcanzados por los distribuidores).

En este epígrafe se comentarán en primer lugar las cuestiones generales a las prohibiciones de acuerdos verticales y en segundo lugar las especialidades en el caso del sector de la automoción.

En relación con el derecho de la competencia sí tenemos normativa (aunque relativamente dispersa) a la que debemos sujetarnos, habida cuenta del riesgo que tiene para la competencia leal los pactos de exclusividad tan habituales en los contratos de distribución.

En primer lugar, los antiguos art. 81 y 82 TCE³⁴, sustituidos por los art. 101 y 102 TFUE³⁵, relativos a acuerdos prohibidos y prácticas abusivas, respectivamente,

³⁰ Sentencias TS de 10 de febrero de 2002 y 27 de octubre de 2005

³¹ Será necesario, además, que el distribuidor sea capaz de probar que la clientela ha sido creada por él mismo y que tal clientela es susceptible de seguir produciendo ventajas sustanciales al suministrador.

³² ALONSO SOTO, Ricardo, “¿Sigue existiendo o no indemnización por clientela en la terminación de los contratos de distribución?”, disponible en http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/sigue_existiendo_o_no_indemnizacion_por_clientela_en_la_terminacion_de_los_contratos_de_distribucion.pdf, pág. 2, (consultada por última vez el 28 de febrero de 2015).

³³ Desde la perspectiva del Reino Unido, vid. por todos (a pesar de la “antigüedad”), WHISH, Richard; SUFRIN, Brenda, *Competition Law*, 3ª ed. Butterworths, London, 1993, págs. 536-597 y KORA, Valentine; O’SULLIVAN, Denis, *Distribution agreements under the EC competition rules*, Hart Publishing, Oxford, 2002, págs. 57-121 y 297-298.

³⁴ En relación con los acuerdos prohibidos ha de destacarse también el Reglamento Comunitario 2790/99, sobre la aplicación del art. 81 TCE sobre acuerdos verticales y prácticas concertadas. Este Reglamento comunitario fue determinante para que el legislador español promulgase el RD 378/2003 de 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia. Este RD del año 2003 está actualmente parcialmente derogado por el RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

son las normas básicas sobre el derecho comunitario de la competencia. La distribución comercial de productos cuando se incorporan pactos de exclusividad es muy posible que entren a vulnerar el art. 101 TFUE, sin embargo es necesario el mantenimiento en el seno de la Unión Europea de los canales y acuerdos de distribución por la importancia económica que tienen para la buena marcha de la economía en los Estados Miembros, y, por ende, en el mercado interior.

Por estos motivos, la propia Unión Europea establece, a través del instrumento de “exención por categoría” una especie de excepciones a la aplicación del art. 101 y 102 del TFUE. Es decir, es posible incurrir en actuaciones incompatibles con el mercado interior, pero en determinadas condiciones y para determinados sectores económicos, se permiten acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Para evitar que la excepción por categorías pueda provocar una situación de oligopolio en el mercado interior, se establecen una serie de pautas en el ámbito de los contratos de distribución (para el sector de los vehículos de motor), de manera que no se podrán beneficiar de la exención por categorías en los casos de:

- acuerdos de distribución realizadas por proveedores en un mercado en el que se exceda del 30% del mercado relevante (ámbito nacional)
- que los proveedores que impongan en sus contratos la distribución de productos de una única marca durante más de cinco años
- que el proveedor imponga obligaciones de distribución de marca única especialmente ideadas para excluir a posibles nuevos competidores

Además hay que señalar que en el caso de que las obligaciones de marca única cubran más del 50% de un mercado dado, la Comisión podrá adoptar un reglamento que declare la exención por categorías inaplicable a los acuerdos que contengan tales cláusulas.

5.1. Acuerdos Verticales

Conforme a lo establecido en el antiguo art. 81 TCE, actual art. 101 TFUE, establece que “serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados Miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior (...) que consistan –a los efectos que aquí nos interesan- en:

- fijar precios de venta o condiciones de transacción
- controlar la producción
- repartirse los mercados
- etc.

³⁵ Vid. el Reglamento UE 46/2010, de la Comisión, de 27 de mayo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor (DOUE L 129, de 28 de mayo de 2010).

En nuestro caso, en los contratos de distribución los acuerdos verticales consisten generalmente en el establecimiento de precios de venta a los destinatarios de los productos³⁶, control de la producción³⁷ y distribución de los mercados³⁸. Al necesitar el fabricante infringir el art. 101 TFUE a la hora de celebrar contratos de colaboración empresarial bajo la denominación de “contrato de distribución”, es necesario que el legislador comunitario establezca un régimen de salvedades o excepciones al cumplimiento de dicho precepto en función del sector ante el que nos encontremos³⁹.

5.2. Un ejemplo: automoción

Es de tal relevancia el sector de la automoción en la Unión Europea, que se han tomado algunas medidas, a través de “directrices suplementarias” permitiendo algunas restricciones en este sector, que, en principio estarían prohibidas ateniéndonos al art. 101 TFUE y que vienen a armonizar y unificar la interpretación de normativa comunitaria dispersa en la materia. Así, ha de destacarse la Comunicación de la Comisión “Directrices suplementarias relativas a las restricciones verticales incluidas en los acuerdos de venta y reparación de vehículos de motor y de distribución de recambios para vehículos de motor” (2010/C 138/05)⁴⁰. Estas directrices se aplicarán a partir del 1 de junio de 2013, dado que el Reglamento 1400/2002 mantendrá su vigencia hasta esta misma fecha.

En el sector de la automoción, han de destacarse, además de estas directrices, los Reglamentos 461/2010⁴¹, el Reglamento 330/2010⁴² (en este caso es un Reglamento de exención general por categorías para acuerdos verticales); y el Reglamento 1400/2002⁴³.

³⁶ Típico ejemplo es el de los anuncios publicitarios de vehículos de motor, indicando el precio del vehículo (eso sí, para evitar la vulneración del precepto comunitario indican “precio de venta recomendado”).

³⁷ No es especialmente aplicable en el caso de la distribución de vehículos de motor, pero sí en el caso de productos tecnológicos, por ejemplo, en el caso de numerosos productos de Apple.

³⁸ La mera inclusión en el contrato del pacto de exclusividad ya supone la restricción de la distribución del producto en el mismo territorio por un tercero, de manera que se produce una efectiva distribución de los mercados.

³⁹ ZANARONE, Giorgio, “Vertical Restraints and the Law: Evidence from Automobile Franchising”, *Journal of Law and Economics*, vol. 52, 2009, págs. 691-699.

⁴⁰ DOUE C138, de 28 de mayo de 2010.

⁴¹ Reglamento 461/2010, de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 101 apartado 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor. (DOUE L 129, de 28 de mayo de 2010)

⁴² Reglamento 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril, de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101 apartado 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOUE L102, de 23 de abril de 2010).

⁴³ Reglamento CE 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del artículo 81 apartado 3 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de vehículos de motor (DOUE L 203, de 1 de agosto de 2002).

Son especialmente interesantes los considerandos 13 a 17 del Reglamento 461/2010, puesto que se establecen los motivos por los que es necesario establecer las exenciones para las categorías de vehículos de motor, recordando los criterios que se establecen en el Reglamento 330/2010⁴⁴:

- Respecto del umbral de cuota de mercado:
 - la parte de mercado del proveedor no podrá superar el 30% del mercado de referencia en el que vende los productos
 - la parte de mercado del comprador no podrá superar el 30% del mercado de referencia en el que adquiere los productos
- Respecto de los pactos
 - Restringir la facultad del comprador de determinar el precio de venta⁴⁵
 - Restringir el territorio en el que el comprador pueda vender los productos, excepto en determinados casos (art. 4 b))
 - Restringir las ventas activas o pasivas a los usuarios finales en el caso de distribución selectiva multinivel, “sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro del sistema que opere fuera de un lugar de establecimiento no autorizado”
- Respecto del pacto de no competencia
 - No puede ser superior a cinco años⁴⁶.

Con la regulación del pasado año, se pretende que en los contratos de distribución en los que el distribuidor únicamente reventa productos de una misma marca, no puedan ser susceptibles de excluir a nuevos competidores o a marcas con una menor cuota de mercado. Incluso, en el caso de que se llegase a la exclusión de productos de marcas competidoras, podrá derogarse el beneficio de la exención por categorías por parte de las autoridades de competencia (en España, Comisión Nacional de la Competencia) al fabricante de automóviles que lleve a cabo tales prácticas. Más aún, en el caso de que se abarque más de un 50% de cuota de mercado, se establece que la propia Comisión podrá adoptar un Reglamento que declare inaplicable la exención por categorías a los fabricantes de vehículos automóviles.

Es especialmente reseñable la tutela que tiene la Unión europea sobre la actividad de fabricación y distribución vehículos de motor, y una muestra más sobre ello es la elaboración de las Directrices suplementarias relativas a las restricciones verticales incluidas en los acuerdos de venta y reparación de vehículos de motor y de

⁴⁴ Se señalan únicamente los que han dado pie a mayor número de decisiones jurisprudenciales o arbitrales.

⁴⁵ Añade el art. 4 a) Reglamento 330/2010, “sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos (...)”.

⁴⁶ Este límite es especialmente interesante puesto que en la legislación italiana la duración máxima de un pacto de no competencia, así como en el caso de que las partes no lo pacten, es de 6 años.

distribución de recambios para vehículos de motor⁴⁷, en las que se vuelve a insistir en el ámbito de aplicación del Reglamento de exención por categorías 461/2010.

6. CONCLUSIONES

Estamos ante un contrato atípico en el que, con el comienzo del milenio, han comenzado algunas tentativas de codificación.

Es un contrato que por su propia naturaleza jurídico-económica es capaz de alterar la competencia, por la necesidad que tiene el fabricante de celebrar acuerdos verticales con los distribuidores.

Que, habida cuenta de lo anterior y de las graves repercusiones jurídico-socio-económicas que traería consigo la aplicación, especialmente, del art. 101 TFUE, la UE ha elaborado diversos reglamentos de exacción por categorías, como por ejemplo, el relativo a los vehículos de motor.

Que, gracias al Reglamento Roma I, en caso de que la partes no pacten la ley aplicable al contrato, será de aplicación a las obligaciones contractuales, la ley del lugar de residencia habitual del distribuidor.

Que, a pesar de lo establecido en el Reglamento Roma I, queda pendiente la determinación del foro competente, puesto que en el Reglamento no se concreta en el art. 4 si se refiere únicamente a la ley aplicable al contrato o, de forma menos restrictiva, también sería el foro competente⁴⁸.

Realmente quedaría pendiente resolver la siguiente cuestión: ¿Sería necesaria la elaboración de una Directiva o Reglamento comunitario en materia de contratos de distribución? ¿Y una convención internacional?

- Sí, puesto que aportaría una mayor seguridad jurídica a nivel del mercado interior, en el que los contratos de distribución tienen gran importancia.
- Sí, para diferenciarlos definitivamente del contrato de agencia y dejar de aplicar por analogía excepcional (que acaba siendo habitual) la Directiva o ley del contrato de agencia.
- No, porque es un contrato atípico de gran importancia para el comercio internacional y entorpecería las relaciones comerciales con terceros Estados no miembros de la UE. Sin embargo sí podría ser útil una Convención internacional, al menos, de mínimos que sienta las bases en materia de obligaciones contractuales y sobre las consecuencias indemnizatorias en los casos de finalización del contrato.

⁴⁷ Esta comunicación de la comisión es la 2010/C 138/05, DOUE C 138, de 28 de mayo de 2010.

⁴⁸ Vid. CALVO CARAVACA, *op. Cit.*, pág. 133.

FRANQUICIA Y CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

FRANCISCO JAVIER PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ*

Resumen

La Propuesta de Código mercantil (2013) fue sustituida por el Anteproyecto de Código mercantil (en mayo de 2014) para iniciar su tramitación parlamentaria. Sin ninguna justificación ni explicación, el capítulo referido a los contratos de distribución de la Propuesta ha sido suprimido por completo del texto. Deja de estar prevista de este modo, la regulación jurídica de estos contratos y, en concreto, del contrato de franquicia. Reclamamos esta regulación, como inaplazable, en los términos que la habían recogido los textos pre legislativos (Proyecto de Ley y Propuesta) y teniendo en cuenta la experiencia de otras normas en el entorno comunitario, en los nuevos derechos de otros ordenamientos más modernos y siguiendo las recomendaciones de Unidroit. La autonomía de las partes, fuente de las obligaciones, no puede ser el único marco del contrato de franquicia. Tampoco lo son las reglas generales sobre las obligaciones y contratos y las tuitivas de los derechos de los consumidores. Este contrato entre empresas, con sus normas propias por ello, reclama un texto legal mínimo para el que ofrecemos algunas propuestas.

Contenido

1. La propuesta de nuevo Código mercantil. – 1.1. Nueva regulación de materias. – 2. Contenido del contrato de franquicia. – 2.1 Obligaciones del franquiciador y franquiciado. – 2.2. Los pactos de exclusiva. – 2.3. Finalización del contrato. – 2.4. La indemnización por clientela. – 3. El Proyecto de Ley de Contratos de Distribución. – 3.1. Artículo 30: “Regulación de la franquicia”. – 4. El Anteproyecto de Código mercantil.

1. LA PROPUESTA DE NUEVO CÓDIGO MERCANTIL

Por Orden de 7 de diciembre de 2006, del Ministerio de Justicia, se encargó a la Comisión General de Codificación (en concreto, a su Sección Segunda, de Derecho mercantil), la elaboración de un texto que constituyese un nuevo *Código mercantil*, que sustituiría al vigente Código de comercio. Con fecha 17 de junio de 2013, cumplido el encargo para el que se necesitó más tiempo del previsto, se entregó al Ministro la

* Profesor Asociado de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España). Máster Oficial en Derecho de los Negocios (Universidad de Granada) y Máster en Asesoría Jurídica de Empresas (Ilustre Colegio de Abogados de Granada).

*Propuesta de Código mercantil*¹ cuyos principales objetivos son: evitar la dispersión normativa; modernizar la regulación de las materias contenidas en el Código de comercio (que, según se señala en la Exposición de motivos, “no ha perdido vigencia pero sí vigor”); y garantizar la unidad de mercado, lo que, en definitiva, hará aumentar la seguridad jurídica de los operadores del mercado).

1.1. Nueva regulación de materias

Sin entrar ahora en una consideración general de la *Propuesta* presentada, limitaremos nuestro comentario a señalar que en la misma se incluyen materias que carecían de normativa aplicable. Entre ellas, ocurría con determinados tipos de contratos y, en concreto, con el de franquicia². El Libro Cuarto y el Libro Quinto de la *Propuesta*, se dedican a las “obligaciones y lo contratos mercantiles en general”³, redactado a partir del *Anteproyecto de Ley de modificación del Código de comercio* en la parte general sobre contratos mercantiles⁴ y a “los contratos mercantiles en particular”⁵, respectivamente. En este último Libro del *Anteproyecto* se incluyen los contratos de intercambio de bienes (compraventa mercantil en general y compraventas especiales, suministro y permuta mercantil), contratos de obra por empresa, contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales (comunicaciones electrónicas, contratos publicitarios, servicios turísticos, etc.), contratos de colaboración, contrato de depósito, contrato de transporte, contratos financieros mercantiles (depósito de dinero, préstamo, apertura de crédito, arrendamiento financiero, cesiones financieras de créditos, contratos de garantía y contratos

¹ La Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación es presidida por el Dr. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Su composición y régimen de trabajo seguido durante los siete años de elaboración del texto (plazo durante el cual hubo ciento veinte reuniones del Pleno), puede consultarse en *Propuesta de Código Mercantil* elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013, pp. 695-698. El sistema de trabajo, Cfr. *idem*, pp. 689 y ss., se llevó a cabo por ponencias y grupos de trabajo, que prepararon la Propuesta de textos sobre cada materia, que se transmitían a una ponencia de coordinación. El texto resultante tras las observaciones de ésta, que se rechazaban o admitían, se presentaba al Pleno de la Sección que discutía después las enmiendas presentadas.

² I-25. “Pero la mayor parte del Código incluye la regulación de materias que carecían de normativa aplicable y que, por lo tanto constituyen una innovación en el ordenamiento jurídico. En la regulación de materias nuevas cabe mencionar la referente a la empresa y operaciones sobre la misma, la representación, la competencia desleal y la defensa de la libre competencia, la inclusión de varios artículos sobre la propiedad industrial y muy especialmente los distintos tipos de contratos como los de distribución, suministro, franquicia, mediación, contrato de obra por empresa, prestación de servicios mercantiles, operaciones sobre bienes inmateriales, contratos turísticos, prestación de servicios electrónicos, contratos bancarios y de financiación y operaciones en el mercado de valores.”

³ En él se contienen disposiciones generales sobre el contrato: deberes en la fase precontractual, perfección, modificación. Interpretación, contenido, extinción, cumplimiento y morosidad; sobre formas especiales de contratación; condiciones generales de la contratación, cláusulas de confidencialidad y exclusiva; y cesión de créditos mercantiles.

⁴ Boletín del Ministerio de Justicia N° 2006. Este Anteproyecto fue redactado, en su momento, por una Ponencia presidida por D. Fernando Sánchez Calero, de la que formaba parte D^a Mercedes Vergez, D. Alberto Bercovitz y D. Manuel de Prada. La adaptación del texto proyectado para su inclusión como Libro Cuarto del nuevo Código, fue llevada a cabo por D^a Mercedes Vergez y D. Ángel Rojo.

⁵ Fruto del trabajo de diferentes grupos que se encargaron de distintos tipos contractuales.

financieros instrumentales), operaciones en el mercado de valores y contratos de seguro y de mediación de seguros. Efectivamente, en este Libro, se recogen y disciplinan contratos que ya tenían regulación en el Código de comercio de 1885 (el Código vigente) junto a otros que la tenían en leyes especiales (fuera, por tanto, del Código) y contratos carentes de regulación jurídica.

El Título IV de este Libro Quinto –“De los contratos de colaboración”- se divide a su vez en siete Capítulos que se refieren al contrato de comisión (el I), al de agencia (el II), a los contratos de distribución (el III), al contrato estimatorio (el IV) al contrato de mediación (el V), al contrato de admisión a subasta pública (el VI) y al contrato de participación (el VII). Nos interesa el Título IV citado (“De los contratos de colaboración”)⁶, del que dice textualmente la Exposición de Motivos: “VI-18. El título cuarto se refiere a los contratos de colaboración, aplicando así una denominación que está ampliamente recogida en la doctrina y la práctica, para incluir diversos tipos contractuales, algunos de los cuales ya estaban regulados en nuestra legislación, como es el caso de la comisión y la agencia, y otros difundidos en la práctica se regulan superando así la atipicidad legal en que se encontraban, tal es el caso de los contratos estimatorio, de mediación mercantil y de admisión a subasta pública”. Nada se precisa en este comentario del propio legislador sobre los contratos de “distribución comercial” (ni sobre el *nuevo* de participación), limitándose a recordar que el título se preocupa de contratos que ya estaban regulados con anterioridad (comisión y agencia) y de otros como el estimatorio, de mediación mercantil y de admisión a subasta pública que carecían de ella. A pesar de la importancia práctica en el mercado de los llamados contratos de distribución, en el que puede incluirse (tal y como hacía la *Propuesta*) al contrato de franquicia, no merecieron, sorprendentemente, la necesaria referencia extensa en ese punto de la Exposición de Motivos, cuando considerábamos que se trataba de una de las principales novedades en este ámbito, aunque según la misma, la inclusión del tratamiento de estos contratos en la *Propuesta* obedece a la necesidad de que este tipo de técnicas de comercialización de "distribución integrada" tenga un marco normativo de referencia, incluyendo bajo dicha terminología los contratos de venta en exclusiva, distribución selectiva, concesión mercantil y franquicia, con necesidad de proteger a la parte más débil de la relación contractual, esto es, al distribuidor al que también se llama comercializador, para lo cual se señala que el régimen consagrado reviste carácter imperativo, teniendo presente esta exigencia sobre todo cuando se trata de pequeñas y medianas empresas⁷.

Tras la definición, común para todos los contratos de distribución, del artículo 543.1 de la *Propuesta* -“Por los contratos de distribución, cualquiera que sea su denominación, una de las partes, denominada distribuidor, que actúa como empresario independiente y asume el riesgo de las operaciones que realiza, se obliga a adquirir de otra, denominada proveedor, bienes o servicios para comercializarlos de manera

⁶ Obra del Grupo XI de trabajo de la Sección CGC, presidido por D. Evelio Verdera y Tuells y formado también por D. Fernando Rodríguez Artigas y D. Ricardo Alonso Soto.

⁷ *Vid.* números VI 83, 84 y 85 de la Exposición de Motivos.

duradera y estable”⁸. El siguiente precepto proyectado cita las principales modalidades que pueden adoptar los contratos de distribución comercial, entre las que se encuentra (junto a la contrato de compra en exclusiva, venta en exclusiva, distribución autorizada, distribución selectiva y concesión mercantil) el de franquicia, por el cual “el titular de la franquicia, denominado franquiciador, cede al distribuidor, denominado franquiciado, el derecho a explotar en beneficio de éste un sistema de comercialización de bienes o servicios bajo los signos distintivos y la asistencia técnica permanente del franquiciador, a cambio de una compensación económica y del compromiso de ajustarse en todo momento a las reglas de actuación establecidas” (art. 543-2.f). Considerándose excluidos de la aplicación de las reglas de este capítulo los contratos de la ahora llamada “franquicia industrial”, en los que se faculta al franquiciado para la fabricación de productos sirviéndose de las patentes, procedimientos, conocimientos o técnicas del franquiciador”.

Casi paralelamente *Proyecto de Ley de Contratos de Distribución*⁹ regulaba de una manera similar esta materia, por lo que su contenido, en gran medida, no sólo habrá sido tenido en cuenta, sino incorporado, en gran parte, al nuevo texto que extendía su ámbito de aplicación a los contratos de distribución, que ya no serían objeto de una regulación especial¹⁰. La franquicia y el resto de contratos de distribución, se incluyen en la *Propuesta*, pues. Debe señalarse que a nivel comunitario no se ha exigido expresamente la regulación de los contratos de distribución. Sí se obliga a los Estados, sin embargo, a la transposición de la Directiva 86/653/CEE sobre agentes comerciales, por lo que la normativa interna sobre el contrato de agencia, se ha aplicado analógicamente a los de distribución, en los diferentes ordenamientos que tutelan, en mayor o menor medida y según los casos, al distribuidor (en el *Proyecto* se establecían mecanismos de tutela de ambas partes, con criterios de equidad, “amparando a la parte débil en los supuestos necesitados de tutela”, posición que ocupa, regularmente, el distribuidor).

Atendiendo a las prescripciones que, con carácter general para todos los contratos de distribución y, con carácter especial, para la franquicia, contiene la *Propuesta* de Código, podemos considerar el contrato de franquicia como una especie de aquél, aunque bien pudiera haberse configurado como un contrato diferenciado pues, junto a la concesión, entendemos tiene una importancia práctica y económica mucho mayor que la del resto de modalidades, entre las que se le ha incluido. Será la franquicia entonces, un contrato de colaboración, de carácter bilateral (y sinalagmático, generando obligaciones para ambos contratantes, franquiciador y franquiciado), consensual

⁸ Para una completa consideración de la *Propuesta* y la consideración y regulación que se hace en ella de los contratos de distribución, *Vid.* PLANA PALUZIÉ, A., “El contrato de distribución en la *Propuesta* de Código mercantil”, Thomson Reuter Aranzadi, BIB 2013/2391 y, muy especialmente, ALONSO SOTO, R., “Los contratos de distribución en la *Propuesta* de Código mercantil”, *RDC*, La Ley, 2014.

⁹ BOCG de 29 de junio de 2011 (LEG 2011,4857), Proyecto de Ley N° 121/000138.

¹⁰ Como ocurre, por ejemplo, en Bélgica, *Loi relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée*, de 27 de julio de 1961, regulación ciertamente parcial o en Puerto Rico, *Ley 75 de 24 de junio de 1964, Ley de Contratos de Distribución*, en los que las partes contratantes son el distribuidor y el principal o concedente.

(aunque las partes pueden exigir la forma escrita), oneroso, intuitu personae y de tracto sucesivo. De haber llegado a ser texto vigente la *Propuesta*, la franquicia sería un contrato típico, regulado por el ordenamiento jurídico. Naturalmente, se trata de un contrato mercantil en el que a veces –muy frecuentemente– se pacta mediante la existencia de condiciones generales, por lo que le serán de aplicación las reglas generales previstas para los contratos de adhesión¹¹.

En lo que se refiere al contrato, hay unos deberes precontractuales para ambas partes y un contenido –mínimo– de derechos y obligaciones para proveedor (franquiciador) y para distribuidor (franquiciado)¹², que coinciden, en gran medida, como hemos dicho, con los del Proyecto de 2011. En este sentido y con carácter previo a la celebración del contrato, las partes deben entregarse –y se destaca que por escrito, con lo que todos los tratos preliminares, informaciones verbales, etc., deberán “formalizarse” en un documento– toda la información que se considere necesaria para poder obligarse con conocimiento de causa. Esta información se referirá, a título meramente indicativo pues puede ser de mayor contenido, a la identificación, con detalle de sus condiciones, de los contratantes; a la actividad que se va a llevar a cabo y sus características, titularidad de los signos distintivos y estructura y extensión de la red de distribución; y al contenido del contrato, derechos y obligaciones de las partes, pactos de exclusividad, restricciones y otros elementos del contrato. Si una parte entrega una cantidad de dinero, aún antes de la firma del contrato, para integrarse en la red o para obtener la reserva de una zona, deben precisarse las prestaciones que se han garantizado como contrapartida por la entrega de esa cantidad, así como las obligaciones asumidas por cada parte, si no llega a celebrarse el contrato. Esta información, que no tendrá que incluir, en principio, la relación de clientes ni las condiciones que se les apliquen, debe ser veraz y no engañosa y sobre ella debe mantenerse absoluta discrecionalidad. No se trata de una característica específica para este tipo de contratos, porque en las Disposiciones generales dictadas para los contratos¹³ se incluye la regla general, ahora repetida.

Rompiéndose la regla general de libertad de forma para los contratos mercantiles o, al menos, matizándose la misma, libertad que se consagra en el artículo 51 del Código de comercio vigente y en el artículo 413.1 de la *Propuesta*¹⁴, el 543.5 se refiere a la formalización por escrito de los contratos de distribución, advirtiendo que cualquiera de los contratantes “podrá exigir en el momento de celebración del contrato o con

¹¹ Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación.

¹² Concebido el contenido contractual en la regulación que comentamos para distribuidor y proveedor, lo haremos propio de los contratantes de un contrato de franquicia, esto es franquiciador y franquiciado, y a pesar de que la mencionada norma proyectada se refiera a los primeros, nosotros lo haremos aludiendo expresamente a los segundos, concretándola para ellos y particularizando la misma de modo que su aplicación práctica y singular nos permitirá disponer de un contenido y un haz de derechos y obligaciones de la franquicia merced a una norma prevista no sólo para este contrato (objeto específico de nuestro estudio), sino para todos los de distribución.

¹³ En los Art. 411.1 a 417.5, se consagra el deber de confidencialidad en esta fase preparatoria del contrato, haciéndose responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen a la otra parte, a la que infrinja este deber. (Cfr. Art. 412.1).

¹⁴ “Salvo disposición contraria de la ley, los contratos mercantiles se perfeccionan, modifican y extinguen por el mero consentimiento”.

posterioridad, que el contrato y sus modificaciones o adiciones consten por escrito”, debiendo estar firmado en ese caso, por los contratantes a los que habrá de entregarse un ejemplar, exigencia que ya se encuentra recogida, en esta ocasión con carácter general para todos los contratos, en el 413.9 de la Propuesta¹⁵. Creemos conveniente, a pesar de cualquier posible consideración, que el contrato de franquicia se pacte por escrito.

2. CONTENIDO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

En cuanto al contenido del contrato, hay dos obligaciones que recaen en franquiciador y franquiciado: la de observar en sus relaciones la máxima lealtad y buena fe, de un lado; la de colaborar para lograr la más alta difusión en el mercado de los bienes o servicios, de otra. En lo que se refiere a la primera, no viene sino a destacar el carácter de este contrato, basado en la mutua confianza, aunque el Código civil ya recoja el principio de buena fe en las relaciones contractuales¹⁶. Por lo que se refiere a la segunda obligación, es de capital importancia pues condensa el fin último del contrato: la colaboración entre empresarios para la ampliación de la actividad comercial y del mercado. Habrá que concretar en el contrato, cómo se puede llevar a efecto esta obligación, que exigirá posiblemente el establecimiento de unas ventas mínimas por parte del franquiciado y, como requisito previo para hacer ello posible, un suministro mínimo por parte del franquiciador¹⁷. Consideramos que en el contrato deberá fijarse, igualmente, la determinación de los objetivos comerciales del distribuidor –que se fijará de mutuo acuerdo- y el contingente de mercancías que, para ello, deberá obrar en su poder.

Corresponderá su fijación, a falta de pacto, a la decisión de árbitros o peritos que tendrán como referente para ello, la valoración de las operaciones realizadas con anterioridad en la misma zona, las estimaciones de ventas y las tendencias y fluctuaciones del mercado nacional e internacional: factores objetivos, de un lado; subjetivos, de otro y estimativos.

¹⁵ El precepto citado hace recaer sobre el contratante que no acceda a la formalización del contrato por escrito (si lo exige o lo prevé la ley) la carga de probar que su contenido difiere de lo dispuesto en la regulación legal del contrato. Si el contrato se hubiese formalizado por escrito se estará a su contenido.

¹⁶ También lo hace el Código de comercio en el art. 57, pero tal fórmula no se encuentra recogida en el texto de la *Propuesta*, lo que ciertamente sorprende.

¹⁷ *Vid.* STS 2 de marzo 2001 (RJ 2001, 2616), en la que se señala que estas cláusulas constituyen una obligación principal, no accesoria, siempre y cuando no sean desproporcionadas, en cuyo caso dejarán de considerarse como válidas.

2.1. Obligaciones del franquiciador y franquiciado

Serán obligaciones del franquiciador, suministrar al franquiciado la necesaria información comercial y técnica que sea precisa para la más amplia distribución de los bienes y servicios que sean objeto del contrato. Concebida esta obligación con un carácter general para todos los contratos de distribución, como hemos dicho, se concreta específicamente para la franquicia, con la que impone el artículo 543-17 al franquiciador: “comunicar al franquiciado los conocimientos secretos necesarios para poder desarrollar el negocio y a prestarle asistencia técnica y comercial requerida”. La segunda obligación del franquiciador será la de tener a disposición del franquiciado el mínimo de unidades del producto o elementos de la prestación, para el normal abastecimiento del mercado (no podrá exigirse más de lo habitual para cada época o período), impidiéndose al franquiciado que solicite un suministro superior a ése, de no mediar previo aviso en un plazo razonable.

El franquiciado, por su parte, está sometido a otras obligaciones (en este caso contempladas igualmente con carácter general por la *Propuesta* para los distribuidores), como son la de disponer de una organización empresarial suficiente y desarrollar una actividad comercial adecuada “para promover la máxima difusión de los bienes o servicios”, que es el fin de la operación. Por ello, como segunda obligación, debe comercializar los bienes o servicios respetando el prestigio del franquiciador, su marca y su presentación y debe ajustarse al sistema de distribución que sea establecido por él.

Finalmente el franquiciado debe llevar unos registros contables auxiliares, a añadir a los documentos contables que le sean exigidos de modo general por la legislación mercantil y contable, relativos a la actividad que constituya el objeto de la franquicia, de modo que el franquiciador pueda examinarlos, conocer su contenido y practicar las pertinentes liquidaciones. Específicamente, al franquiciado corresponde pagar la cuota y el canon de acceso estipulado, al tratarse de un contrato oneroso, en la forma pactada. Tiene la obligación negativa de abstenerse de divulgar los conocimientos secretos que le hayan sido transmitidos, lo que supondría no respetar el principio de buena fe y perjudicar las reglas de la competencia, tratándose sin duda de una conducta o práctica desleal. También deberá informar al franquiciador de las violaciones de los derechos de propiedad industrial e intelectual que se produzcan en el territorio, ámbito del contrato¹⁸. Deberá, finalmente, obtener la aprobación del franquiciador, si pretende llevar a cabo una actividad publicitaria (tanto si se ha previsto en el contrato, como si lo es a iniciativa propia) sobre los bienes o servicios objeto del contrato. Para mantener la imagen comercial del producto o servicio –que debe salvaguardarse en todos los contratos y de similar modo- el franquiciador tendrá que dar su aprobación a la campaña, en lo que se refiere al diseño y al contenido del carácter publicitario. De esta forma no sólo se garantizará que la campaña publicitaria sea adecuada y no perjudique

¹⁸ Artículo 543.17.2. *Franquicia*.

al proveedor, sino que se logrará una cierta homogeneidad, en todo caso beneficiosa, en las diferentes campañas de los diferentes franquiciados.

Como obligación negativa, el franquiciado ha de abstenerse de aplicar precios o llevar a cabo cualquier actuación que menoscabe la imagen de la marca o del prestigio comercial del franquiciador que, de producirse, tendrá derecho a resolver el contrato. No podrá tampoco ceder el contrato, ni siquiera parcialmente, ni designar subcontratistas (se trataría de un ejemplo de subfranquicia) sin el consentimiento del franquiciador, aunque sí agentes u otros colaboradores sin vínculo con el franquiciador, excepción hecha de que así se haya establecido en el contrato.

2.2. Los pactos de exclusiva

En lo que atañe a los pactos de exclusiva se limitarán éstos a los bienes o servicios y al espacio geográfico. En este caso es imprescindible delimitar el área o la zona asignada al franquiciado, dentro de la cual llevará cabo su actividad empresarial, tutelado y protegido por ese pacto de exclusiva. Se ha previsto en la norma (543-9) que no se haya llevado a cabo esa limitación, entendiéndose entonces, de manera muy amplia e inconcreta –y creemos que con inadecuada expresión- que abarcará la “mayor de las zonas posibles”. Se trata de una interpretación, ante la falta de concreción, extensiva, impropia a nuestro juicio del Derecho de la Competencia que no queda protegido de forma adecuada en esta concreta ocasión y en el que cualquier restricción debe ser interpretada, a su vez, restrictivamente; más aún tratándose de una excepción al principio de libertad de empresa del artículo 39 de la Constitución española¹⁹. Al contrario, las excepciones a la exclusiva (que, lógicamente también deben ser objeto de especificación) se interpretarán restrictivamente cuando no se hayan realizado claramente, esto es, cuando admitan diversidad de significados. También aquí debemos reflexionar sobre la solución dada al hecho de que el contrato carezca de pacto sobre su duración, con lo que se considerará indefinido (al igual que si es de duración determinada y se continúa ejecutando por las partes, se entenderá transformado en indefinido) y el propio Derecho de la competencia. Señala muy acertadamente PLANA PALUZIE²⁰ que éste es el caso del plazo máximo de limitación de competencia en supuestos de exención de acuerdos verticales en cinco años y, por lo tanto, también de los pactos indefinidos, cuya regulación se halla en el artículo 5.1 del Reglamento (UE) 330/2010 que desarrolla el artículo 103.3 TFUE, por lo que la exclusividad no puede extenderse automáticamente, independientemente de lo que ocurra con el contrato.

2.3. Finalización del contrato

El contrato de franquicia (como cualquier contrato de distribución comercial) concluirá cuando se cumpla el plazo por el que se pactó. El transcurso del tiempo opera como

¹⁹Vid. la *Nota Monográfica sobre el proyecto de Ley aplicable a los contratos de distribución*, CUATRECASAS, GONÇALVEZ Y PEREIRA, junio 2011.

²⁰PLANA PALUZIE, *El contrato de distribución en la Propuesta ... op. cit.*, 2014, p. 6.

causa de extinción, si el contrato se pactó por tiempo determinado. No obstante, será frecuente y es propio de la naturaleza de este contrato (contrato de duración, de colaboración comercial) que el contrato se pacte por tiempo indefinido. Incluso el legislador prevé que, tratándose de un contrato por tiempo determinado, pueda continuar la actividad, la relación contractual, más allá del término del mismo, porque tácitamente las partes decidan que no se extingue, para lo que bastará con que el contrato continúe siendo ejecutado por ambas partes, transcurrido el plazo previsto. En ese caso, se transformarán (es la expresión concreta del texto legal) en contratos de duración indefinida, esto es, sin fijación del término.

En el supuesto usual, contrato de franquicia pactado por tiempo indefinido, será necesaria la denuncia unilateral para que se extinga el contrato, mediante un preaviso, que deberá ser realizado por escrito y para el que se establece el plazo general de un mes por cada año de vigencia de contrato, hasta un máximo de seis meses. Es posible que este plazo se amplíe (no que se restrinja) por acuerdo de las partes e incluso que sean diferentes para uno u otro contratante, actuando como doble límite de esa libertad de pacto, de un lado que solo podrá ampliarse el plazo legal (de un mes por año e incluso de seis meses como máximo) y de otro, que el plazo de preaviso otorgado al franquiciado no puede ser inferior que el que se conceda al franquiciador o distribuidor. Si se trata de contratos de duración indefinida no pactada, sino por *transformación* (como se ha dicho, por el hecho de que, concluido el plazo, las partes continúan ejecutando sus respectivas prestaciones sin oposición ni denuncia de la otra) para la determinación del plazo de preaviso, se computará la duración del contrato por tiempo determinado (la duración inicialmente prevista y pactada) y se le añadirá el tiempo transcurrido desde que se produjo el contrato de duración indefinida, esto es, desde que se transformó el contrato.

Con esta simple solución legislativa, propia para los contratos sin plazo de vencimiento, podría darse la circunstancia de que la denuncia por una de las partes, que en principio podría realizar al cabo de un año de vigencia del contrato, trajese graves consecuencias a la otra, que realizó un gasto, que no ve amortizado pues lo llevó a cabo en la confianza y previsión de que el contrato tendría una duración mayor. Por ello se impide que estos contratos sean denunciados por una parte antes de que haya transcurrido un “plazo razonable de amortización de las inversiones específicas realizadas para la ejecución del contrato”, considerándose como tales aquellas que no puedan ser aprovechadas de un modo real para usos alternativos o que sólo puedan serlo con una grave pérdida para el inversor. Sin poder descender al contenido de cada contrato en concreto, la inversión que haya realizado el franquiciador (en el franquiciado) para el que realizó una determinada publicidad, con un gasto inicial efectivo que se esperaba recuperar en un plazo, que luego no ha llegado a cumplirse porque el franquiciado denuncia el contrato; o la que el franquiciado debió hacer adaptando su local, separando espacios en el mismo o arrendando locales contiguos por un número de años (por exigencias de integración en la red comercial), a modo de ejemplos, que han supuesto un importante gasto del que se verá compensado con el paso de algunos años lo que, sin embargo, no llegará a producirse por el hecho de

interrumpirse la relación contractual de una forma, prematura para él, por denuncia del franquiciador, es evidente que debe existir un plazo mínimo, durante el cual el contrato debe de vincular a las partes, sin posibilidad de denuncia. Ese plazo mínimo será el “razonable”, según cada caso concreto, de amortización de las inversiones específicas realizadas para la ejecución del contrato. No obstante ello, si quien denuncia el contrato ofrece el pago de la amortización pendiente de realizarse, que correrá a su cargo, sí cabrá esa denuncia unilateral en cualquier momento y operará como causa de disolución del contrato. Pero si se concluye o termina el contrato sin respetar ese plazo (ese plazo razonable que será diferente según el caso y la amortización pendiente) la parte denunciante deberá indemnizar a la otra el valor de las inversiones específicas, a modo de compensación²¹.

Siendo el transcurso del plazo pactado la principal causa de extinción de este contrato, con la previsión legal establecida para los contratos sin ese plazo, pueden existir otras causas de extinción como la imposibilidad de cumplimiento, muerte o incapacidad de uno de los contratantes, salvo que se haya pactado continuarlo con su causahabiente si le sucede en la explotación de la empresa, etc. También el incumplimiento de las obligaciones contraídas, supondrá la resolución del contrato, por ejemplo, como hemos señalado, aplicar precios o realizar actuaciones que supongan un menoscabo para la imagen de la marca o del prestigio comercial del franquiciador (proveedor) o, aunque no se señale expresamente como causa de extinción, aunque es un incumplimiento del contrato, la cesión del contrato de franquicia. La parte que quiera dar por extinguido el contrato debe notificar por escrito a la otra su voluntad de rescindir el contrato, señalando la causa de la extinción. El incumplimiento, ni siquiera el incumplimiento reiterado de las obligaciones pactadas, no se ha contemplado expresamente como causa de resolución, ni se ha aclarado si, en ese caso, será necesario el preaviso²². Será cuando se reciba tal notificación cuando se considere extinguido el contrato. Un supuesto excepcional y especial de extinción, que deberá haberse pactado como tal en el contrato, es que cualquiera de las partes haya sido declarada en concurso de acreedores²³. Tanto si es el franquiciador como el franquiciado quienes, en situación de insolvencia, han sido declarados en situación de concurso, el contrato podrá declararse extinguido, con las consecuencias legales de tal situación al tener que separarse los bienes, en su caso, de las correspondientes masas. También podrá

²¹ “Se exceptúan los casos en que el contrato se haya extinguido por incumplimiento esencial, o por cualquier otra causa justa para la terminación”, señala el último inciso del artículo 543.22.3.

²² Al contrario de lo que sucede en el *Proyecto de Ley de Contratos de Distribución*, en el que el artículo 24 se señala que en caso de incumplimiento de las obligaciones legales o de incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones contractuales podrá darse por finalizado el contrato sin preaviso.

²³ Esa es la expresión que recoge la *Propuesta* (artículo 543.21.1), aunque insistamos, como ya se ha hecho en muchas ocasiones, en que el término legal correcto es el de “concurso” y no el de “concurso de acreedores”, como señala la Ley Concursal. Véase su Exposición de Motivos: “El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de «concurso», expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII... No se persigue con ello solamente rescatar un vocablo tradicional en la terminología jurídica española, sino utilizarlo para significar el fenómeno unificador de los diversos procedimientos de insolvencia e identificar así gráficamente el procedimiento único, como ha ocurrido en otras legislaciones”.

continuar la relación contractual, sometido ya el contrato al procedimiento concursal, si no se hubiese pactado el concurso como causa de extinción. El carácter *intuitu personae* del contrato permite el pacto señalado que se entiende perfectamente.

Una vez terminado el contrato, por cualquier causa que traiga consigo esta extinción, se abre un período de liquidación del mismo. La regla general es que se adopten, por las partes, las previsiones (las decisiones, creemos que sería más adecuado o, aún mejor, que se lleven a cabo las gestiones y operaciones) que sean conformes a la buena fe, de acuerdo con las características y la naturaleza del contrato. La que puede denominarse fase de liquidación servirá para dar fin a la relación contractual y se extenderá por un plazo que se ha limitado con un máximo, debiendo considerarse qué debe hacerse con las mercancías en poder de una de las partes y con el material publicitario, que el franquiciador entregó al franquiciado al inicio del contrato. Señala la *Propuesta* que (artículo 543-23.2) que las mercancías “en poder del proveedor o del distribuidor cuya fabricación o adquisición haya sido impuesta contractualmente”, deben ser adquiridas, por el contratante a quien corresponda hacerlo, al precio de venta o de compra establecido en el contrato. Ciñéndonos a nuestro caso, si hay un stock de mercancías en poder del franquiciado, porque tuvo que adquirirlas necesariamente porque así se había previsto en el contrato que se va a extinguir, corresponderá a la otra parte su adquisición, con el precio que se pactó, lo que impedirá lógicamente que el franquiciado pueda seguir contratando y lucrándose con tales productos. Más difícil de comprender es el supuesto inverso: si el franquiciador ha tenido que fabricar, por acuerdo contractual, un determinado número de unidades que no podrá entregar al franquiciado por la extinción del contrato, deberá ser éste el que las adquiera. Pero entendemos que no podrá comercializarlas o no podrá hacerlo en régimen de franquicia, por lo que mejor hubiese sido fijar una indemnización en la que se tuviera en cuenta el valor de las mercancías fabricadas y el perjuicio que realmente se produjera al fabricante (o franquiciador). En lo que afecta al material publicitario que facilitó el franquiciador de modo gratuito, podrá ser retirado, a su costa, por el franquiciador en un plazo máximo de tres meses (que, a falta de otra indicación, también consideramos aplicable al de liquidación del contrato por adquisición de mercancías, al que antes nos hemos referido). De cualquier modo, extinguido el contrato el franquiciado no podrá utilizar material publicitario alguno, aunque no se haya retirado por el franquiciador, aunque no se le entregara gratuitamente y hubiera de pagar un precio por el mismo, que pueda inducir a error sobre la posible pertenencia a la franquicia o a la red, con la cual ya se carece de vínculo contractual. Se aclara en la norma proyectada que deberá retirarse de la denominación social, del rótulo del establecimiento (como signos distintivos) y de cualquier material publicitario, cualquier indicación que sea relativa al contrato extinguido, lo cual supondría, al menos, un acto de competencia desleal y no respetaría el principio de la buena fe.

2.4. La indemnización por clientela

Si bien es posible que durante la duración del contrato el franquiciado haya podido generar una clientela o aumentar la que pudiese existir con anterioridad, no existe de modo general y establecido por la ley la indemnización por clientela, en el supuesto de extinción. Sí procederá ésta en el caso de que se hubiese pactado o bien en el caso de que se den alguno de los tres supuestos siguientes: “que la naturaleza del contrato y la actividad del distribuidor hayan incrementado sustancialmente el tipo de operaciones o el número de clientes”, supuesto en exceso abierto pues no se concreta en qué casos se puede entender que el aumento de operaciones o el número de clientes es, efectivamente, sustancial, ni tampoco cuál podría ser esa indemnización; en el caso de que el franquiciado facilite al franquiciador un listado de los clientes, pues hay que entender en este supuesto que le está transmitiendo la clientela, que se valora económicamente, lo que constituirá el monto de la compensación y, a nuestro juicio, deberá pactarse por las partes el precio de la cesión y el modo mismo de transmisión de la clientela, mediante el listado del que habla la norma e incluso mediante cartas de recomendación que el franquiciado enviará a quienes han sido sus clientes. En este supuesto, el franquiciado renuncia tácitamente a hacer competencia una vez concluido el contrato. El último supuesto que supone una excepción al principio de no indemnización o compensación por clientela, es precisamente que exista un pacto por el que el franquiciado se ha comprometido o se le ha prohibido hacer competencia tanto a su franquiciador, como al posible nuevo franquiciado. La compensación será el precio que habrá de abonar el franquiciador por el hecho de que el franquiciado del contrato extinguido se abstenga (durante un plazo máximo de un año) de dedicarse a la misma actividad y a la venta de productos o servicios similares (es evidente que no podrá hacerlo con los propios de la marca de la franquicia) en la misma zona. Habrá que estar, sin embargo, a cada caso concreto y al contenido contractual sobre esta cuestión, operando como límite siempre la buena fe.

Con todo acierto se consagra legalmente la independencia entre el proveedor y el distribuidor en este tipo de contratos²⁴. Franquiciador y franquiciado son empresarios diferentes, independientes y autónomos, sin perjuicio de la existencia de una red comercial (creada por uno de ellos) y de la integración del otro en la misma. Franquiciador y franquiciado son empresarios (personas físicas o jurídicas o sociedades mercantiles), en la noción de “operador económico” que recoge la *Propuesta*. Al ser independientes, responden según las reglas generales del Ordenamiento jurídico, tanto de sus deudas como de los daños que puedan causar, sin perjuicio de la aplicación, cuando proceda, del régimen de responsabilidad del fabricante. De igual modo serán, según cada caso, titulares exclusivos frente a terceros de los derechos y de las obligaciones que se deriven de las relaciones contractuales que existan. El hecho de estar integrado en una red comercial no supone ningún tipo de comunicación de responsabilidad ni la asunción por parte de ningún otro miembro de la red ni del creador

²⁴Artículo 543-14.

o titular de la misma de obligación alguna atribuida por convenio o por ley al franquiciado que soporta, lógicamente también, las obligaciones legales propiamente mercantiles como registro, publicidad tanto legal como privada (con los límites y en las condiciones comentadas), llevanza de contabilidad, etc. Quizás por ello la norma ha descendido a precisar que en toda la documentación mercantil que expida el franquiciado y en la publicidad que lleve a cabo, advierta de su condición de empresario independiente, aunque también tendrá que hacer mención de la red en la que está integrado.

3. EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

Como hemos señalado, la *Propuesta* de Código mercantil ha tenido como precedente el *Proyecto de Ley de Contratos de Distribución*, Proyecto que publicó el BOCG en 29 de junio de 2011²⁵. Tal *Proyecto* no ha sido aprobado²⁶ pero los redactores de la *Propuesta* de Código de comercio sí consideraron conveniente incluir la regulación de estos contratos en el nuevo texto general. No podemos entrar, por no considerarlo de excesivo interés y por una cuestión de simple economía y practicidad, en el análisis detenido del *Proyecto*²⁷, aunque sí parece necesario hacer algún comentario sobre el mismo, principalmente destacando las diferencias de su contenido sobre el de la *Propuesta* y, de modo singular, en la consideración que se hace en él de la franquicia.

Señalemos, de un lado, que la Exposición de Motivos del *Proyecto* reconocía expresamente: “En apenas un decenio (desde la incorporación a la Unión Europea) el

²⁵ Que encomendó su aprobación con competencia legislativa plena y por el procedimiento de urgencia a la Comisión de Industria, Turismo y Comercio. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en su reunión de 15 de junio de 2011, elaboró y aprobó un informe, relativo al *Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución*. Previa y posteriormente también ha habido algunos intentos de regulación del sector. En la Disposición Final Cuarta de la Ley 7/2011, de 11 de abril, *Ley de modificación de la Ley 41/1999 sobre sistemas de pago y de liquidación de valores y del Real Decreto-ley 5/2005 de reformas para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública*, se instaba al Gobierno a aprobar y remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un Proyecto de Ley de Contratos de Distribución Comercial.

²⁶ En marzo de 2012, el Ministro de Industria, Energía y Turismo anunció la voluntad del Gobierno de no dar prioridad ni “luz verde” al proyecto de Ley de Contratos de Distribución, señalando que era preferible “dejar que las partes lleguen a acuerdos en lugar de imponer normas”. El Proyecto había sido presentado por el Gobierno en 2011, en la IX Legislatura y la nueva mayoría no continuaría su tramitación.

²⁷ Puede consultarse, por ser de sumo interés, el Informe que la Comisión Nacional de la Competencia (IPN 58/11) emitió sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución, en el que opina sobre su contenido y realiza observaciones generales en relación con el Derecho de la Competencia y las posibles limitaciones a la libertad de empresa) junto a otras observaciones más concretas, en relación con el articulado: inclusión de un precepto relativo al cumplimiento de la normativa de competencia, principales modalidades de los contratos de distribución (proponiéndose la supresión del precepto y, en concreto, refiriéndose a la franquicia cuando dice: “En este sentido, tampoco se entiende el interés de definir el contrato de franquicia en el apartado 2.f), una vez que las redes de distribución integradas han sido definidas...), principios rectores, establecimiento de Códigos de Conducta y Sistemas de resolución de conflictos, deberes precontractuales de información (precontractuales y durante el contrato), obligación de compra mínima, ventas directas y Políticas de marca y actividad publicitaria conjunta) fundamentalmente.

tejido empresarial español se adaptó a las nuevas circunstancias. Se dio el salto del comercio tradicional a la instalación de cadenas de franquicia y distribución selectiva, grandes superficies y multicentros. Se renovaron y especializaron los mercados tradicionales... Por eso se necesita un instrumento normativo de alcance general actualizado al nuevo contexto económico y a los modelos de negocio utilizados en el mercado”²⁸. Destaquemos, por otro, que la regulación prevista en el Proyecto era más amplia que la contenida en la *Propuesta*, independientemente del número de preceptos que se dedican a la materia. El Título I, con epígrafe “Disposiciones Generales” define los contratos de distribución con un concepto más amplio²⁹ bajo el cual se comprenden varios tipos de contratos: los contratos de distribución celebrados entre proveedores con mayoristas y proveedores o mayoristas con minoristas; contratos de distribución bilaterales simples, bilaterales con repetición sistemática y acuerdos multilaterales; contratos marco para el desarrollo de actividades de comercialización por los distribuidores; y las redes de distribución³⁰, tras lo que se incluyen las principales modalidades de los contratos de distribución (y las exclusiones), una de las cuales será la actividad comercial en régimen de franquicia (llamado, más propiamente, contrato de franquicia en la *Propuesta*) que es la que se lleva a cabo, “en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de

²⁸ Este Proyecto de Ley de Contratos de Distribución tiene sus precedentes: en 2006, la Sección de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia (Sección de Derecho mercantil) elaboró una Propuesta de Anteproyecto de Ley General de Contratos de Distribución que no llegó a tramitarse; el Congreso de los Diputados, en sesión de 20 de marzo de 2007, aprobó una proposición no de ley con el siguiente tenor: “El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a analizar, con audiencia de los sectores interesados, la problemática de los contratos de distribución comercial y a proponer en su caso las modificaciones legislativas pertinentes, con el fin de evitar situaciones contractuales de abuso y de promover la seguridad jurídica de los operadores económicos en el mercado de distribución de bienes y servicios, con especial atención a la naturaleza de las pequeñas y medianas empresas que intervienen en el mismo” fruto de la cual fue un Informe realizado por la Dirección General de Comercio Interior, remitido al Congreso en febrero de 2007; en 2008 la Federación de Empresarios de Automoción (FACONAUTO) promovió una iniciativa legislativa popular para presentar una Proposición de Ley de Contratos de Distribución que no alcanzó el número de firmas de electores requerido; la Ley 1/2010 de 1 de marzo (de Reforma de la Ley del Comercio Minorista) impone un mandato al Gobierno en su Disposición Adicional Undécima para establecer la regulación del sector (“procederá a regular el régimen jurídico de los contratos de distribución comercial”. Finalmente la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible modificó la Ley del Contrato de Agencia (Ley 12/1992 de 27 de mayo y establecía en su Disposición Adicional Decimosexta: “Hasta la aprobación de una Ley reguladora de los Contratos de Distribución, el régimen jurídico del contrato de agencia previsto en la presente Ley se aplicará a los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales”. La Ley 7/2011, sin embargo, derogaría esta Disposición.

²⁹ Artículo 1 del Proyecto: “Se entenderá por contratos de distribución, y quedarán sometidos a la presente ley, aquellos contratos, cualquiera que sea su denominación, que tengan por objeto establecer las condiciones en las que una de las partes, denominada distribuidor, se obliga frente a la otra, denominada proveedor, a realizar actos u operaciones consistentes o relacionadas con la venta de productos, prestación de servicios o la combinación de ambos, de manera continuada o estable, actuando como empresario independiente y asumiendo el riesgo y ventura de tales obligaciones”.

³⁰ “En las que un organizador dirige o coordina el reparto de las funciones comerciales entre varios distribuidores repartidos territorial o sectorialmente. En particular las redes de distribución integradas, en las que un proveedor ejerce un poder de dirección comercial sobre una pluralidad de distribuidores, caracterizada por una marca o un método operativo propio”, Artículo 1.2.d) del proyecto.

productos o servicios”³¹. Concluye el Título con la elaboración de unos Principios rectores entre los que destacan: libertad de pactos, colaboración, igualdad de trato entre las partes, interés mutuo y buena fe en la ejecución e interpretación de los acuerdos, así como independencia económica y autonomía jurídica de los contratantes. Como complemento de ello se insta a las Administraciones Públicas a que promuevan la elaboración de Códigos de conducta sectoriales relativos a las normas de lealtad en la interpretación y ejecución de los contratos (lo que no ha merecido consideración en la *Propuesta*). De modo relativamente similar a la *Propuesta*, se refiere el Proyecto a la formación del contrato y a su contenido, aunque en éste se distinguen los deberes de información durante el contrato y, de manera más detallada que en la *Propuesta*, a la determinación de objetivos comerciales, obligación de compra mínima, pactos de exclusiva territorial, modificación del contrato, entre otras. Muy pormenorizadamente y creemos que de forma adecuada se regula la duración y extinción del contrato, llamando la atención el hecho de que se exija que los contratos prevean un período de duración mínimo que sea suficiente para hacer posible la amortización de las inversiones específicas, limitándose en cierto modo pero de manera justificada el principio general de libertad de pactos y la consideración que se hace de la posible indemnización por clientela, más y mejor regulada.

3.1. Artículo 30: “Regulación de la franquicia”

Particularmente nos interesa el artículo 30 del Proyecto: “Regulación de franquicia”. Se compone de dos números que tratan de dos cuestiones bien diferenciadas: el Registro de Franquiciadores y la información que, con carácter específico y complementario a la exigida con carácter general para todos los contratos de distribución, se requiere para la franquicia. La primera cuestión debe considerarse en la necesaria creación y exigencia de un Registro especial, el llamado registro de Franquiciadores, en el que se recogerán los datos que se fijen reglamentariamente. Cualquier empresario, cualquier persona física o jurídica en la expresión original, que quiera desarrollar en territorio español una actividad de franquicia en España, deberá comunicar su intención, con una antelación de tres meses, al Registro. También las empresas extranjeras no establecidas en España, que pretendan desarrollar su actividad de franquicia en nuestro país, deberán comunicarlo directamente al Registro de Franquiciadores del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. No será el único Registro existente en este sector porque se establece en la norma la necesaria comunicación, mediante informaciones cruzadas entre el registro del Ministerio, citado, y el “autonómico correspondiente”. Se señala en el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores que este Registro de franquiciadores, previsto ya en el artículo 62.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (y creado en 1998), se configura como un registro de carácter público y naturaleza administrativa, a los solos

³¹ Definición similar a la contenida en la *Propuesta*, que preferimos a ésta por más completa y técnica.

efectos de información y publicidad. En dicha norma se justifica la existencia y exigencia del Registro por la conveniencia de disponer de un censo de las empresas de franquicia que actúan en España. La Disposición Derogatoria única del Proyecto de Ley no incluye entre las normas que vendría a derogar, el Real Decreto 201/2010, por lo que seguiría éste vigente, sirviendo las normas relativas al Registro de Franquiciadores del Proyecto de Ley como complemento (en su caso modificación al tratarse de una norma posterior) del contenido del mismo.

De otra parte, se fija un plazo de veinte días anteriores a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte de quien va a ser franquiciado al franquiciador de cualquier pago, para que el franquiciador, por escrito, ofrezca toda la información necesaria sobre el futuro acuerdo, las características, estructura y extensión de la red, elementos esenciales del acuerdo, identificación del franquiciador y descripción de la actividad del negocio objeto de la franquicia. Así se protege al eventual franquiciado, que dispondrá de todos los elementos necesarios para decidir libremente y “con conocimiento de causa” se señala textualmente, su incorporación a la red de franquicia. Se trata de una información reforzada que estimamos muy conveniente. Pero ello vuelve a llamarnos la atención, pues en el mismo Real Decreto ya mencionado de 2010, se reserva el artículo 3 a la información precontractual al franquiciado (y el 4 a la confidencialidad), lo que nos lleva a pensar que lo que pretendería el Proyecto de Ley, es dejar sin efecto el contenido del Real Decreto, pues trata de las mismas cuestiones, mucho mejor resueltas en el texto vigente que en el proyectado. Pero esta posible interpretación, que de mantenerse supondría una crítica a la solución adoptada, no merece mayor justificación ni análisis, dado que, resueltamente, se trata de un texto que no va a convertirse en norma y que ya ni siquiera es, realmente, un Derecho proyectado, por lo que nuestra consideración es simplemente académica.

Dos últimas reflexiones haremos sobre el *Proyecto*. Se destaca, tanto en la Exposición de Motivos como en el artículo 4.1, como se ha señalado de modo incidental, la autonomía de la voluntad de las partes, de tal modo que la Ley de Contratos de Distribución solo será aplicable en defecto o ausencia de pacto. Así, la “libertad de las partes para componer libremente su relación, solo se matiza respecto a aquellas cuestiones que la experiencia señala que terminan constituyéndose en fuente de conflictos”, se dice en el número II de la Exposición de Motivos, puntualizando el precepto concreto en este sentido que los “contratos de distribución se regirán por los principios de libertad de pactos”. De otra parte, el mismo artículo 4 en el apartado 5, advierte que los contratos de distribución quedan sometidos a la normativa del Derecho de la Competencia. Resulta razonable, quizás innecesaria también, esta aclaración pero plantea algunas cuestiones que han sido puestas de relieve pues el *Proyecto* prohíbe obligar a la “*compra de lotes o series de suministro con productos no requeridos por el distribuidor*” (artículo 12.1) salvo en el supuesto de la distribución selectiva en los que el proveedor establezca un sistema de comercialización completo con un método operativo propio caracterizado por su marca o imagen comercial, mientras que a normativa de competencia, por su parte, autoriza las ventas vinculadas o condicionadas en cualquier contrato, siempre y cuando ninguna de las partes implicadas tenga una

cuota elevada en ninguno de los mercados afectados. No nos detenemos en esta cuestión, de la que solo queremos dejar constancia, por ser ajena a nuestro interés en este momento³².

Aún habría un nuevo intento de regulación de los contratos de distribución, con base al Proyecto comentado. A ello responde una Proposición de Ley³³, cuyos preceptos serían de carácter dispositivo, que vendría a regular los contratos de distribución concluidos tras su entrada en vigor y las renovaciones, prórrogas, novaciones y tácitas reconducciones producidas con posterioridad, excluyéndose de la aplicación de la norma en los supuestos de comercialización directa con consumidores y usuarios y los contratos con régimen propio (gas, agua, luz, servicios financieros y seguros, productos sanitarios y medicamentos). En esta iniciativa, que sigue en la medida de lo posible, el régimen aplicable del contrato de agencia (duración y extinción del contrato e indemnización por clientela) no prosperó. Fue presentada por el Grupo Socialista, cuando el Grupo Popular disponía ya de mayoría absoluta.

4. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

La nueva mayoría parlamentaria no continuó con la tramitación del *Proyecto* al constituirse la X Legislatura a finales de 2011. Tampoco parece que tuviera demasiado sentido la presentación del *Proyecto* en un período en el que era fácil prever que no llegaría a ser realidad o norma ante el fin de la legislatura³⁴. Una regulación jurídica efectiva de los contratos de distribución prevista y en *Proyecto de ley*, no llegó a concretarse. Más aún, la Disposición adicional decimosexta de la Ley de Economía Sostenible que introduce una Disposición adicional primera en la Ley del Contrato de Agencia, para los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales, quedó sin efecto (*en suspenso*) a los pocos meses de su publicación, por la disposición final cuarta de la Ley 7/2011. Una regulación de los contratos de distribución, limitada y restringida a un sector concreto, ha estado vigente durante un mínimo período de tiempo, situación que sorprende extraordinariamente, si bien el carácter de la norma era meramente provisional pues regiría hasta que se aprobase la ley (ya general) para los contratos de distribución, que nunca llegó a aprobarse³⁵. La norma provisional (y de tan escasa vigencia temporal) vino a ser una más de las que regulaban, desde algún sector o

³²Vid. HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, La Ley, Madrid, 2006.

³³Vid. BOCG de 27 de diciembre de 2011.

³⁴Si bien las Elecciones Generales se anticiparon no se disponía de demasiado tiempo para la discusión del Proyecto y su aprobación, lo que podría haberse hecho, de cualquier modo, durante las dos legislaturas en las que el Partido Socialista dispuso de la mayoría.

³⁵Vid. FAISÁN RUIZ, P., “La nueva regulación de los contratos de distribución de vehículos”, <http://www.cuatrecasas.com>, *Derecho mercantil*, pp. 72 y ss.

aspecto parcial, los contratos de distribución³⁶ cuya regulación se esperaba como próxima, incluido como hemos visto, desde la propia norma positiva. .

Pero ha tenido lugar un nuevo impulso legislativo, que constituye una novedad, en principio con gran importancia y que ha provocado grandes expectativas, junto a nuevas críticas, esperanzas e incluso desilusiones, según los casos. Con fecha 30 de mayo de 2014 el Gobierno aprueba el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, según la *Propuesta* elaborada y presentada al Ministro por la Comisión General de Codificación, a la que nos hemos referido³⁷. En lo que se refiere a los contratos que regula este texto, puede indicarse que “incluye un amplio número de contratos mercantiles que se celebran habitualmente en el tráfico económico para impulsar la seguridad jurídica a través del establecimiento de un régimen jurídico previamente conocido. No obstante, algunos se regulan por primera vez a nivel legislativo, como los financieros o los de prestación de servicios informáticos”³⁸. Nada se dice sobre los contratos de distribución, que en la *Propuesta* sí fueron una importante novedad, porque sencillamente no se han incluido en el nuevo texto. Quizás haya que considerar que debieran incluirse en la referencia que se hace³⁹ por parte de los Ministerios que presentan el texto del Anteproyecto: “Además, se mantiene la posibilidad de considerar como mercantiles, en virtud del principio de libertad de pactos, otros tipos contractuales que se producen en el mercado. A esos contratos atípicos se les aplicarán las normas sobre obligaciones y contratos mercantiles en general previstos en el Libro cuarto del Anteproyecto”. La presión del sector puede haber sido una de las causas de supresión de la regulación que se hacía en la *Propuesta* y que motivó que, desde diversos sectores, se advirtiera que el nuevo Código mercantil ponía en peligro el sector de la distribución en España⁴⁰; quizás también deba indicarse la opinión contraria al texto, en la cuestión que comentamos por parte del propio Ministerio de Economía y Competitividad, que lo considera una “mera propuesta académica”. Una vez remitido al Congreso el texto será *Proyecto de ley* y se iniciará la tramitación parlamentaria para que (en opinión y deseo

³⁶Junto a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; el Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de noviembre de 1999, sobre la aplicación del artículo 81.3 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas; el Reglamento (CE) 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, sobre la aplicación del artículo 81.3 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor; el Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, sobre la aplicación del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas y el Reglamento (UE) 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo de 2010, sobre la aplicación del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor), entre otras.

³⁷De 1726 artículos, un Título Preliminar y siete Libros, que recoge una legislación común para todo el territorio nacional, en sintonía con la de otros países, que recupera la igualdad de todos los operadores del mercado. El Libro Quinto se dedica a los contratos mercantiles en particular.

³⁸Como se advierte en la *Nota de Prensa* del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Economía y Competitividad, de 30 de mayo de 2014, p.7.

³⁹*Ibidem*.

⁴⁰Cfr. *Noticias de Economía*, <http://bit.ly/IGbahyp>

del Ministro de Justicia –ya ex ministro–), sea ley vigente en 2016, posibilidad que dadas las actuales circunstancias político-legislativas se nos antoja difícil. La oportunidad de regular unos contratos atípicos de tan capital importancia en la economía, los de distribución, piezas clave, en efecto, del comercio y del mercado actual (tanto nacional como internacional) se ha desaprovechado o, deliberadamente, se ha dejado pasar por la razón que sea. Es cierto que la Unión Europea no ha exigido una norma sobre estos contratos –y esa pueda ser la razón que se aduzca para justificar la desaparición de los preceptos que dedicaba la *Propuesta* de Código, elaborada por técnicos juristas- pero no sería suficiente justificación pues no sólo hay ordenamientos que sí disponen de ella, sino que la necesidad de disponer de un texto legal es evidente en todos los ordenamientos y mercados y, desde luego y por supuesto, en el español. La importancia de la Jurisprudencia y de sus decisiones aumentará, por tanto, al ser necesaria su intervención en los conflictos que surjan entre los intervinientes en estos contratos y de nuevo será la creadora de conceptos, delimitación de contenido obligacional y límites a la libertad de pactos. Con cierto pesimismo en nuestra reflexión pues, a nuestro juicio, la regulación jurídica de los contratos de distribución era y es necesaria, urgente e inaplazable, advertimos sobre la ausencia de referencia alguna en el nuevo texto proyectado. No creemos que en una discusión y trámite parlamentario, aún por venir y con una perspectiva que difícilmente puede aventurarse, vaya a incluirse lo que se ha suprimido sin mayor explicación. Tampoco que el *Proyecto* de ley específico abandonado, de modo especial cuando se presenta la *Propuesta* que es recibida con tanto júbilo, al menos por un sector de la doctrina, vaya a ser recuperado o que se vaya a elaborar uno nuevo. A pesar de que se haya pensado lo contrario hasta fechas bien recientes⁴¹, los contratos de distribución y, refirámonos al que es objeto específico de nuestra investigación, el contrato de franquicia, no va a dejar de ser un contrato atípico, para el que se solicita una regulación específica vista esta omisión injustificada⁴². Si la redacción prevista en la *Propuesta* suponía un avance en el tratamiento de los problemas del sector de la distribución, como acertadamente señala EMPARANZA⁴³, con normas para protección del contratante más débil, protección que se hacía necesaria, la supresión de estos 24 artículos en el texto actual, nos parece un retroceso y hasta un

⁴¹ El profesor BERCOVITZ señalaba, como novedades más significativas que, “entre los más de 1.900 artículos que integran este nuevo Código, dividido en siete libros y un título preliminar, se han introducido materias que hasta ahora quedaban fuera de la regulación legal. Así ha ocurrido, por ejemplo, con los contratos electrónicos, turísticos, de distribución o financieros mercantiles que no estaban respaldados por una ley”. Las palabras del Ministro de Justicia: “La aparición de nuevas figuras jurídicas y nuevas fórmulas mercantiles que necesitaban también una regulación legal es otra de las razones para crear un nuevo Código”, también animaban a considerar que la regulación de estos contratos iba a ser una realidad. Pero ya advertía que “esta *Propuesta* y las valoraciones que lleguen al Ministerio desde diversos ámbitos de la sociedad servirán al Gobierno para presentar su proyecto”. Y han debido ser muchas las valoraciones negativas que hayan llegado sobre la regulación –no sobre una concreta regulación- sino sobre la regulación en sí misma sobre estos contratos, para que se haya hecho desaparecer la existente. *Cfr. Nota de Prensa del Ministerio de Justicia* de 20 de junio de 2013, pág.3.

⁴² En opinión de EMPARANZA, A., “Los contratos de distribución: ¿una laguna en el anteproyecto de código mercantil?”, Legaltoday.com. (consultada por última vez el 13 de junio de 2014); opinión que compartimos.

⁴³ *Ibidem*.

error. El hecho concreto es que los contratos de distribución y, en ellos, el de franquicia han desaparecido del texto del Anteproyecto y “esta amputación tiene una enorme gravedad y trascendencia. Se confirma así la orfandad de los contratos de distribución y naufraga una vez más el intento de dotarlos de un mínimo andamiaje jurídico”, como ha señalado con total claridad y a modo de queja, que compartimos, GÓMEZ SEGADE⁴⁴.

El Derecho vigente en la materia, aunque fragmentario e incompleto, lo conconemos y a él nos hemos referido y remitido en esta reflexión sobre el Derecho proyectado, habiendo preferido que la consideración que se hacía en la Propuesta sobre el contrato de franquicia en particular y sobre los contratos de distribución en general, se hubiese respetado y conservado en el texto proyectado, del Anteproyecto de Código mercantil. Quizás, ante esta situación, pudiera hasta carecer de sentido esta reflexión, que creemos lo conserva, sin embargo, no sólo por cuanto nos hemos referido con detalle a un texto que merece nuestro reconocimiento y nuestra adhesión (de modo especial en esta materia), la *Propuesta* que, sin duda, conserva su valor a pesar de la supresión injustificada de parte de su texto⁴⁵, sino también como reconocimiento a sus autores⁴⁶. Sin embargo y a pesar de todo lo dicho, no podemos establecer ni un simple diseño sobre cuál será la futura consideración legal de estos contratos y de la franquicia, en concreto, pero sí puede mantenerse que la regulación del contrato de franquicia –necesaria, insistimos, inaplazable desde hace tiempo y más aún en este tiempo en el que este contrato es una respuesta a las nuevas tendencias y necesidades del mercado,- no parece que esté próxima o que esté concebida, -más bien al contrario-, por parte del *legislador* español que desaprovecha, al no incorporar al *Anteproyecto*, la disciplina que se llevó a la *Propuesta*.

⁴⁴ GÓMEZ SEGADE, J.M., “Los contratos de colaboración”, en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, (A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Coordinador), Thomson Reuters ARANZADI, Cizur Menor, 2014, p.484.

⁴⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Presentación del Anteproyecto de Código mercantil”, en *Hacia un nuevo Código mercantil*, *cit.*, p.52 señala: “El hecho de que la regulación de una serie de instituciones no aparezcan incluidas en el Anteproyecto no significa que la regulación de esas materias en la Propuesta de Código tenga ningún valor. Se suscita así un tema de gran interés que consiste en determinar qué valor hay que atribuir al borrador y al Anteproyecto respectivamente”. “La Propuesta de Código, precisa, tiene valor en sí misma, incluso en las partes que no han sido recogidas en el Anteproyecto de ley”.

⁴⁶ En especial al Dr. RAFAEL ILLESCAS ORTIZ, en cuyo homenaje se presenta esta contribución, con admiración y afecto.

LA SOLIDARIDAD DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

DR. JOSÉ LUIS PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ*

Resumen

El Código de comercio español vigente no recoge prescripción general sobre el régimen de responsabilidad de las obligaciones con varios deudores, por lo que debe acudir al Código civil que establece, de forma terminante, un régimen de presunción de mancomunidad para las mismas, si bien sí hay numerosas disposiciones legales en sentido contrario. Tanto la doctrina científica (civil y mercantil) como la Jurisprudencia, han reclamado, para estas obligaciones, en el ámbito mercantil, el carácter solidario de la deuda. El Anteproyecto de Código mercantil supone un gran avance en esta materia pues no sólo incluye numerosas normas que recogen el principio de la responsabilidad solidaria, sino que en un precepto consagra de modo general, la solidaridad de las obligaciones mercantiles, lo que puede entenderse ya como una característica distintiva y diferenciadora de las obligaciones civiles.

Contenido

1. Introducción. – 2. La solidaridad de deudores en el sistema español vigente. – 3. La doctrina científica. – 4. El criterio legal del Código de comercio. – 5. Criterios jurisprudenciales. – 6. El nuevo texto. Propuesta y Anteproyecto de Código mercantil. – 6.1. Supuestos concretos de solidaridad en el nuevo texto. – 6.2. La regla general de solidaridad en el PCM. – 6.3. Valoración. – 7. Consideración final y homenaje.

1. INTRODUCCIÓN

El Código de comercio vigente, como se sabe, no incorporó en su texto una regla que hiciera presumir el carácter solidario de las obligaciones. Guardó silencio, por el contrario, sobre esta materia, debiéndose acudir, entonces, al Código civil para conocer el régimen aplicable a las obligaciones en las que hay varios deudores de una misma obligación, salvo que una norma (mercantil) o las partes hayan pactado el carácter de las mismas (solidario o mancomunado). También la solidaridad activa está presente en el tráfico mercantil, aunque ahora nos referimos y limitamos a la solidaridad pasiva, esto es, a la solidaridad de deudores. El principio genérico de solidaridad fue la tónica

* Catedrático de Derecho mercantil. Universidad de Granada. *Seminario de Derecho mercantil MIGUEL MOTOS.*

general en los Códigos de la época del español y en algunos posteriores¹. Sin embargo se puede mantener y se trata de una opinión que compartimos rotundamente, que las exigencias del tráfico mercantil, que descansa en la velocidad circulatoria y en la protección el crédito, hace que la solidaridad llegue a cobrar en la esfera mercantil rango de principio básico, a pesar de que en el Derecho histórico español tampoco se incorporó².

El artículo 1294 del *Codice civile* establece la presunción de solidaridad que sólo quedará destruida si la ley o el pacto de los contratantes así lo determina³ y el Código Comercial portugués, por su parte, señala algo similar⁴, llamado la atención de que el precepto que recoge el principio de solidaridad en las obligaciones mercantiles es seguido en el cuerpo legal por la disposición específica relativa a la solidaridad en la fianza, al igual que el texto del Anteproyecto⁵. De igual modo sucede en el Código de Colombia, en el que abundan los supuestos de responsabilidad solidaria, que se concreta en su artículo 825 de modo terminante⁶ la presunción de solidaridad de deudores en las operaciones mercantiles.

La solidaridad, como nota propia de las obligaciones mercantiles, se dará sólo cuando las partes la hayan pactado con ese carácter, a pesar de que, como hemos dicho, el cumplimiento de las obligaciones mercantiles se caracteriza por su mayor rigor en su

¹ En el BGB se proclamaba la solidaridad aún en la esfera civil, desconociéndose presunciones contrarias a su reconocimiento; también lo hacía el Código italiano de 1882. Así lo recoge, en la actualidad, por ejemplo, PEINADO GRACIA, J.I., “Las obligaciones mercantiles. Su régimen en el Derecho español”, en *Obligaciones y contratos mercantiles, Derecho mercantil*, vol. 5, JIMENEZ SANCHEZ (coord.), II, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 567. También LANGLE, E., *Manual de Derecho mercantil*, II, Madrid, Bosch, 1954, p. 20, señalaba que de esta forma –presumiendo la solidaridad– procedieron otras legislaciones extranjeras: “los Códigos de comercio de Portugal, Austria, Hungría, Bulgaria, Japón, Salvador, etc.” El régimen de Francia puede considerarse especial ya que el Código de comercio francés, como el español, tampoco recoge el principio de solidaridad y el Código civil, en el artículo 1202 establece una presunción de signo contrario, pero la diferencia radica en que en Francia un uso mercantil consagró con anterioridad a la entrada en vigor del Code, la solidaridad en materia de sociedades, que se extendía a todos los casos en los que el interés de las partes lo justificase. *Vid.* FONT RIBAS, A., “Génesis y evolución del principio de solidaridad : Aproximación al centro de gravedad del sistema crediticio”, en AAVV, *Estudios Jurídicos homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, t. III, Civitas, Madrid, 1996, pp. 3243 y ss. y MIRANDA SERRANO, L., “Las disposiciones del Código de comercio sobre el contrato y la obligación mercantil en general”, MIRANDA SERRANO, VELA TORRES, DIAZ PICARDO, *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, en AA.VV. *Tratado de Derecho Mercantil*, OLIVENCIA, FERNANDEZ NOVOA, JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), t. 30, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 69 y ss.

² Como ejemplo: Ley X, título I, Libro X de la Novísima Recopilación: “Establecemos, que si dos personas se obligaren por contrato o en otra manera alguna para hacer y cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entienda ser obligados cada uno por la mitad; salvo si en el contrato se dixere que cada uno sea obligado in solidum, o entre sí en otra manera fuese convenido e igualado, y esto no embargante qualesquier leyes del derecho común que contra esto hablan; y esto sea guardado así en los contratos pasados como en los por venir”.

³ “I condibetori sono tenuti in solido, se dalla lege o dal titolo non risulta diversamente”.

⁴ “Art.º 100.º - Regra da solidariedade nas obrigações comerciais. Nas obrigações comerciais os co-obrigados são solidários, salva estipulação contrária.

§ único. Esta disposição não é extensiva aos não comerciantes quanto aos contratos que, em relação a estes, não constituírem actos comerciais.

⁵ Art.º 101.º - Solidariedade do fiador. Todo o fiador de obrigação mercantil, ainda que não seja comerciante, será solidário com o respectivo afiançado,”

⁶ “PRESUNCIÓN DE SOLIDARIDAD. En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente”.

ejecución lo que impediría, desde una consideración primera y teórica, ejercitar tantas acciones como deudores haya en una obligación en la que éstos supongan una pluralidad.

2. LA SOLIDARIDAD DE DEUDORES EN EL SISTEMA ESPAÑOL VIGENTE

El sistema mercantil español presenta como puntos de partida a nuestra consideración dos cuestiones que han de destacarse: de un lado, la inexistencia en nuestro Derecho positivo de un principio sancionador de la solidaridad en las obligaciones mercantiles; de otro, la entrada en juego, como derecho supletorio del Código civil y con ello, los problemas que plantean los artículos 1137 y 1138, que se dedican a definir el régimen de la responsabilidad en las obligaciones. En lo que se refiere a la primera cuestión –la inexistencia de un principio sancionador de la solidaridad- en el Código de comercio vigente no existe, efectivamente, una regla general que proclame ese régimen solidario en el cumplimiento de las obligaciones constituidas en la esfera mercantil, omisión inadecuada, como desde antiguo criticó nuestra doctrina más clásica, al entender que el principio de la solidaridad se ajustaría mejor a la naturaleza de la obligación mercantil y que incluso respondería mejor a la verdadera voluntad de las partes contratantes. Ante la ausencia de norma civil sancionadora del principio genérico de la obligación mercantil como solidaria y al no poder considerarse como un uso, hay que recurrir al Derecho civil como supletorio del Código de comercio. En materia de obligaciones, frente a la teoría general prevista para ellas en el Código civil, existen particularidades o características de las mercantiles, que sí se recogen en el Código de comercio (así ocurre con el carácter fatal de los términos de cumplimiento, con la exigibilidad de las obligaciones puras o con el régimen de la mora del deudor) pero nada se advierte expresamente y de modo general sobre la solidaridad⁷.

De manera terminante se expresa el Código civil cuando, en su consideración sobre las obligaciones mancomunadas y solidarias, sienta una presunción, por completo adversa al reconocimiento de la solidaridad de las obligaciones (acertada en el ámbito de los contratos civiles), en el artículo 1137⁸: “La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine,

⁷ Sobre el proceso de formación histórica del Código de comercio español, *vid.* MOTOS GUIRAO, M., BLANCO CAMPAÑA, J., *Centenario del Código de comercio*, vol. I, Madrid, 1991 y vol. II, Madrid, 1993, en donde se analiza con singular detalle el trabajo de cada una de las sucesivas Comisiones que fueron formándose y trabajaron en los diferentes Proyectos de Código. En cada uno de ellos se iban recogiendo o silenciando los posibles caracteres (consagrados legalmente, por ello) de las obligaciones mercantiles. No se incorporó a ninguno de los textos, sin embargo, un régimen de solidaridad que fuese distinto del previsto en el Código Civil unos años más tarde.

⁸ En el Proyecto de Código civil de 1851 –de García Goyena- el artículo 1058 (equivalente al vigente 1137) ampliaba la posible solidaridad negocial (“cuando la obligación expresamente lo determine”) a la solidaridad legal, que podría estar prevista en una norma de Derecho positivo: “No hay solidaridad entre acreedores y deudores sino en virtud de pacto expreso o disposición de la ley”, lo que hubiera sido de mejor técnica legislativa y más acorde con la realidad.

constituyéndose con el carácter de solidaria”, lo que corrobora el 1138⁹. Incluso puede hablarse no del principio de no presunción de solidaridad sino de la existencia de una regla general –la mancomunidad- y la posible excepción de la existencia solidaridad, como mantuvo SANCHO REBULLIDA¹⁰ La interpretación de ambos preceptos lleva a la conclusión de que para considerar que una obligación es solidaria se requiere que así se diga de modo expreso en el texto del contrato, excluyéndose cualquier otra interpretación o presunción. Y por establecerlo así el Código civil, se extenderá el régimen previsto, al ámbito mercantil y a las obligaciones mercantiles, posición que hubo de mantener la Jurisprudencia e intentaba ser superada por la doctrina.

3. LA DOCTRINA CIENTÍFICA

Debe desatacarse, entre los esfuerzos de interpretación, en contrario, del 1137 (y 1138) la posición a mediados del pasado siglo tanto de HERNÁNDEZ GIL¹¹ como de LANGLE¹². En su consideración y análisis de varias Sentencias del Tribunal Supremo llega el civilista a las conclusiones y propuestas de que el principio de la no presunción de solidaridad, recogido en los absolutos términos del Código civil, no goza de mucha consistencia ni en el orden histórico, ni en el económico, ni en el Derecho comparado (sin tratarse tampoco, propiamente, de un postulado del Derecho natural que deba mantenerse, por lo que sugiere una tendencia a su limitación e incluso a su eliminación¹³. En opinión de HERNANDEZ GIL, seguida por la doctrina de la época, cabe una solidaridad derivada por vía interpretativa, no tanto del texto del contrato como de la intención efectiva de las partes; esto es, de la voluntad tácita, exteriorizada mediante un determinado comportamiento (actos u omisiones). Y en este sentido su propuesta de reforma legislativa que evite las presunciones (en una u otra dirección), aún cuando habría que mantenerla, en su sentido positivo, en el supuesto de concurrencia de deudores en obligaciones con prestación indivisible y en las obligaciones mercantiles; y en aumentar los casos de solidaridad en la norma.

LANGLE, recogiendo la posición de la doctrina más clásica¹⁴, propone resueltamente que el Código de comercio establezca como regla la presunción de solidaridad, admitiéndose la prueba en contrario, aunque el Código civil mantiene la posición contraria, por lo que habrá que atemperar sus rígidos postulados. Para ello hace

⁹ “Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros.”

¹⁰ SANCHO REBULLIDA, F., “La mancomunidad como regla en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos”, en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, vol. III, Pamplona, 1969, pp. 567-578.

¹¹ HERNANDEZ GIL, A. “La solidaridad en las obligaciones”, *Revista de Derecho privado*, año XXX, núm. 35, 1 Junio de 1946, pp. 397-411.

¹² LANGLE RUBIO, E., *Manual de Derecho mercantil*, II, 1954, *cit.*

¹³ *Op. cit. Vid. también HERNANDEZ GIL, A. Derecho de obligaciones. Obras completas. Tomo III, Madrid, 1988. p. 406*

¹⁴ *Op.cit.* pág. 20: “... todos los escritores –desde Álvarez del manzano, Blanco Constans y Benito hasta Garrigues y Vicente Gella- condenan la falta en nuestro Co. De una presunción completamente opuesta a la que sienta el Cc.”

cuatro propuestas, en cierto modo seguidas ya en algunas de sus decisiones por los Tribunales:

- La Jurisprudencia española podría seguir la orientación de la francesa, dando entrada a la tradición y a los usos, pues de la práctica comercial se puede deducir este carácter.
- Debería proclamarse la solidaridad cuando pudiera derivarse de la intención de las partes, inferida de las circunstancias concurrentes en el acto o por aparecer de la relación jurídica la voluntad de los deudores de pagar íntegramente lo debido.
- La existencia de la solidaridad debe ser investigada según las reglas de interpretación de los contratos y, en este punto, juega un importantísimo papel el artículo 57 del Código de comercio con su llamada a la buena fe y a la prohibición de tergiversar el sentido usual de las palabras o restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubiesen explicado su voluntad y contraído sus obligaciones¹⁵.
- Apartándose del criterio establecido en el Código civil, los juzgadores deben abstenerse todo lo posible de aplicar la regla establecida, cuando se trate de obligaciones mercantiles y resolver en sentido contrario, esto es, en pro de la solidaridad y ello en los casos en que se trate de obligaciones que deban ser consideradas como solidarias por su naturaleza (por ejemplo las indivisibles o las que no permitan determinar la parte que corresponde a cada uno de los deudores); en los supuestos en que haya de indemnizarse por daños causados por el incumplimiento de una obligación; y siempre que la obligación no surja de un contrato, sino cuando lo haga de un cuasicontrato o de un acto ilícito civil. Todo ello exige una interpretación muy amplia que tenga en cuenta las palabras que utilizan los contratantes, pero también los actos que éstas lleven a cabo, los intereses en juego y, en su caso, la existencia de un uso que favorezca la solidaridad¹⁶. Su propuesta va dirigida a los Tribunales, al advertirse seguramente como imposible, desde luego muy improbable en la época, una modificación legislativa.

4. EL CRITERIO LEGAL DEL CÓDIGO DE COMERCIO

No existe un precepto en el Código de comercio, como se ha dicho, que recoja el principio de solidaridad como presunción; existe un principio contrario, el de mancomunidad de las obligaciones si no se ha pactado expresamente la solidaridad, en el Código civil, que debe aplicarse ante la ausencia de norma en el Código especial, a pesar de que la solidaridad de deudores pueda considerarse como una nota característica, incluso distintiva, entre la obligación mercantil y la civil. Y por ello las

¹⁵ Cfr. VIEIRA GONZALEZ, A.J., “La interpretación de los contratos privados en el Ordenamiento Jurídico español”, *eciencia.urjc.es/handle/10115/7858*, 10 de julio de 2012.

¹⁶ Nuestra conclusión definitiva, señalaba finalmente LANGLE, *op.cit.*, pág. 22, es que “una jurisprudencia renovadora está llamada a instaurar, en el ámbito mercantil, concepciones menos arcaicas y perjudiciales para el tráfico que las derivadas de la ley común, tomada a la letra y aplicada sin más en la vida de las transacciones comerciales. Aquí incumbe a los juzgadores ir abriendo camino a la doctrina de la solidaridad. Indudablemente, disponen para ello de medios adecuados.

obligaciones mercantiles solo se configuran como solidarias, como muy precisa y claramente ha manifestado la más reciente doctrina¹⁷ “cuando la solidaridad viene establecida por una disposición mercantil (solidaridad legal) o es pactada de modo expreso por los sujetos interviniente en la relación obligatoria (solidaridad negocial)”.

Los numerosos supuestos en los que la ley mercantil prevé la solidaridad en las obligaciones mercantiles, llevan a considerarla como algo propio de este sector del Derecho privado y permite considerar que, efectivamente es un principio inherente (inmanente)¹⁸ que late en nuestro Derecho positivo¹⁹. En el Código de comercio (y en las leyes complementarias) han sido muy numerosos los ejemplos de solidaridad legal²⁰, destacando entre todas las normas quizás, el régimen de solidaridad cambiaria²¹, si bien en el C.co. no incluía ningún precepto con una declaración expresa que reconociera la solidaridad cambiaria²².

¹⁷ A propósito del texto previo al que comentamos en este trabajo (la Propuesta de Código mercantil) señalan MIRANDA SERRANO, L. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La Propuesta de Código mercantil consagra la solidaridad como especialidad de las obligaciones mercantiles”, Ccopyme, Consejo Consultivo para la pequeña y mediana empresa, www.cepyme.es/.../11 de nov. de 2013

¹⁸ Así lo consideran MIRANDA y PAGADOR, *op. cit.*

¹⁹ Desde la publicación del Código y en las sucesivas reformas del mismo.

²⁰ Así, sin pretensión de ser exhaustivos, en materia de sociedades personalistas, los antiguos artículos 126,3º, 127, 147 y 148 del C.co., la proclamaban con respecto a todos los socios colectivos y a los colectivos de la comanditaria; el art. 10, señalaba que si la mujer ejercía el comercio quedaban solidariamente obligados a las resueltas de su gestión mercantil todos sus bienes y todos los bienes y derechos que ambos cónyuges tuvieran en la comunidad o sociedad ganancial (precepto reformado con una nueva redacción dada por la Ley 14/1975, 2 mayo («B.O.E.» 5 mayo), sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y de los derechos y deberes de los cónyuges); el 373 (en el supuesto del transportes combinado: si bien este precepto no utiliza la expresión “solidaria”, sin que quepa duda que liga a este clase de responsabilidad a los sucesivos porteadores, lo que corroboró la interpretación jurisprudencial)); y en el 586, en lo que afecta al propietario del buque y el naviero, por los actos del capitán. En la legislación sectorial societaria ocurría lo mismo en las dos leyes fundamentales. La LSA de 17 de julio de 1951 lo hacía en los artículos 7 (los gestores responden solidariamente frente a las personas con que hubiesen contratado en nombre de la sociedad), 13 (los fundadores lo hacen de igual modo frente a la sociedad y frente a terceros de la aportación de la cuarta parte del capital social suscrito, de la valoración de las aportaciones no dinerarias, de la inversión de los fondos destinados a la constitución de la sociedad y de cuantas declaraciones se hagan en la escritura fundacional), 27 (los otorgantes de la escritura responden solidariamente los daños y perjuicios causados por el retraso en el otorgamiento de la escritura o en la presentación o morosidad de sus inscripciones), 28 (extiende ese régimen a los promotores), 40 (los copropietarios de una acción responden solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de su condición de accionista), 45 (para el supuesto de transmisión de acciones con dividendos pasivos, el cesionario responde solidariamente con los cedentes que le preceden y a elección de los administradores de la sociedad, del pago de la parte no desembolsada), 117 (los administradores que incumplan las obligaciones de publicidad en materia de emisión de obligaciones lo son frente a los obligacionistas), entre otros. La LSRL de 17 de julio de 1953, por su parte, en los artículos 6,1º (responsabilidad solidaria de los gestores frente a las personas con las que hubiesen contratado en nombre de la sociedad, si ésta no llega a ser inscrita o no acepta tales contratos), 9 (en el caso de aportaciones no dinerarias los socios responden solidariamente frente a la sociedad y frente a terceros de la realidad de las aportaciones y del valor que se les haya atribuido en la escritura), 13,2º en el supuesto de responsabilidad de los administradores recogido en ese precepto, si tal responsabilidad se extendiese a más administradores, la responsabilidad de éstos será solidaria) y 23 (los comuneros de una participación social responden solidariamente de las obligaciones de socio).

²¹ Arts. 481, 513, 516, 532 y 542 del Código de comercio, vigentes hasta la entrada en vigor de la Ley Cambiaria y del Cheque de 25 de julio de 1985.

²² Sí lo hacía en el artículo 542 al tratar del cheque y disponer: “serán aplicables a estos documentos las disposiciones contenidas en el Código respecto a la garantía solidaria del librador y endosantes”, Con la interpretación de los preceptos a que alude el Código se obtenía la conclusión de que todos los que

Esta solidaridad impuesta (legalmente) se puede observar, también como nota distintiva en los contratos mercantiles a fuerza de su inclusión repetida en los vigentes textos legales, en la práctica totalidad de los sectores de la contratación mercantil. En este sentido, en Derecho de sociedades, además de las referencias que hemos hecho a los supuestos en las sociedades personalistas, vigentes en la actualidad (Código de comercio), el TRLSC recoge, de nuevo, un régimen de responsabilidad solidaria para fundadores y promotores de sociedades (arts. 30 y 54), por desembolsos pendientes en el caso de transmisión de acciones no liberadas (art. 85 que hace responsable solidario a cedente y adquirente), en el caso de responsabilidad de los cotitulares de acciones (art. 126) y de administradores (arts. 236.1 y 367.1), así como para los socios, en los casos de aportaciones no dinerarias, en las Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 402), También en este sentido el art. 5 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico sanciona como solidaria, la responsabilidad de los miembros de las AIE. En materia de Propiedad Industrial, el art. 78 de la Ley de Patentes hace lo propio. En seguros, el artículo 34 LCS declara la responsabilidad solidaria por las primas vencidas e impagadas en el seguro de daños, entre el adquirente y el transmitente del objeto asegurado. De igual modo, aunque no se contenga con tanta claridad sino que sea necesaria una interpretación en este sentido, ocurre en la Ley 15/2009, en el contrato de transporte terrestre de mercancías (art. 6, en las relaciones entre cargador y porteador contractual y efectivo). En varios supuestos se prevé este tipo de responsabilidad en TRLGDCU, por ejemplo en el caso de productos defectuosos (art. 132), responsabilidad de los causantes de daños cuando concurren varias personas (art. 27.2) y en el art. 132 (“Las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados”). También la Ley de Ordenación de la Edificación establece una suerte de responsabilidad solidaria de los agentes que intervienen en el proceso de edificación en concretas circunstancias (cuando no pueda determinarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido o cuando no pueda individualizarse la causa de los daños materiales que se causen).

En otro orden de cosas y refiriéndonos ahora a la venta de la empresa, hemos de señalar que se trata de un supuesto contractual que no está recogido en la legislación vigente en cuanto tal; es más, son muchas las dificultades que ofrece el Derecho español para esa transmisión, en la que han de transmitirse diferentes elementos patrimoniales, de muy variada naturaleza, pero como un todo (incluidas las deudas de la empresa). Precisamente en este punto, normas de carácter sectorial, declaran solidaria la responsabilidad entre ambos contratantes (vendedor y adquirente de la empresa), para proteger al tercero acreedor (que, en ocasiones, ni ha tenido posibilidad de oponerse ni consentir en la transmisión)²³.

hubiesen girado, aceptado, avalado o endosado una letra de cambio (sin limitaciones o restricciones en los casos en que ésta procediesen) quedaban obligados solidariamente frente al tenedor de la misma.

²³ El artículo 97,2º de la Ley de Bases de la Seguridad Social señalaba: “En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión”. La Ley general Tributaria (de 1973) en su artículo 72 precisaba: “Las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de explotaciones y actividades económicas por personas físicas, sociedades y entidades jurídicas, serán exigibles a quienes les sucedan por cualquier concepto en la respectiva titularidad”, lo que

De igual modo que más arriba se advertía para el Derecho cambiario, en la regulación del Código de comercio, hay que hacerlo en la actualidad, en lo que afecta a la Ley Cambiaria y del Cheque. De modo terminante el art. 57 de la misma establece que todos “los que hubieren librado, aceptado, endosado o avalado una letra de cambio responden solidariamente frente al tenedor” de la misma, lo que evita cualquier duda interpretativa que pudiese existir con anterioridad por los preceptos del Código, solución legal que robustece la posición jurídica del acreedor, que es uno de los fines de la propia Ley cambiaria²⁴.

Pero para que la solidaridad pueda predicarse de una obligación mercantil (desde luego igual ocurre para el caso de una obligación civil) sin que una ley específica la haya consagrado en concreto para esa obligación, es necesario como hemos visto, que sean las partes las que lo hayan acordado y lo hayan hecho de forma expresa, pues en cualquier otro caso, por extraño que pueda resultar a los intereses a que sirve la norma, la obligación tendrá carácter mancomunado. Si del pacto expreso de los contratantes o de la ley no se desprende que ha de aplicarse la solidaridad, a cada uno de los deudores solo podrá exigírsele la cantidad que resulte de dividir la deuda en tantos deudores como hubiera. Esa es la regla, presunción de mancomunidad o, mejor, regla general de mancomunidad, del Código civil aplicable a las obligaciones mercantiles.

5. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia ha sido, como es fácil imaginar, abundantísima tanto en lo que se refiere a la interpretación del Código civil como en lo que, en concreto, afecta a las obligaciones mercantiles. Y es posible encontrar ya una Sentencia en 1891 (cinco años después de la entrada en vigor del C.co. y dos después de la aprobación del C.c.), STS de 1 de diciembre de 1981, que ya atempera y suaviza la dicción literal del precepto al negar que la solidaridad haya de designarse “expresamente”, mediante el empleo de una palabra concreta y específica (“solidaridad”), si se puede deducir de los términos o giros usados (seguida de las STS de 8 de julio de 1915, 11 de febrero de 1927, etc. y de las de 10 y 11 de octubre de 1927 y 11 de marzo de 1931, exponentes éstas de la teoría de que debe entenderse que existe la solidaridad si puede derivarse de la intención de las partes, por las circunstancias concurrentes en el acto, aunque en esta primera época también se encuentran decisiones que van en contra de esta directriz que LANGLE llamó “tan progresiva”, como las STS de 19 de octubre de 1929, 27 de noviembre de 1931 o 26 de abril de 1940). La STS de

consideramos como un caso de responsabilidad solidaria más que subsidiaria. El estatuto de los Trabajadores, en su artículo 44, obligaba al cedente o cesionario de la empresa a comunicar la cesión a los representantes de los trabajadores haciendo responsables a los cesionarios solidariamente de las obligaciones legales nacidas anteriormente durante tres años. Son tres normas extrañas al ámbito mercantil pero que se relacionan con él a través de este supuesto de transmisión de la empresa.

²⁴ *Vid.*, para un estudio completo de la solidaridad cambiaria y sus diferencias con el régimen general de la solidaridad de deudores en el ámbito civil y mercantil, SANCHEZ-PARODI PASCUA, J.L., “La solidaridad cambiaria”, *Estudios jurídicos: libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de la Laguna*, Vol. 2, 1993, pp. 99-126

22 de diciembre de 1941, por su parte, es más exigente con una aplicación estricta del 1137 (solo será solidaria si el contrato lo determina expresamente) tanto en el orden civil, en el que se inserta el precepto interpretado, como en el mercantil, al no existir regla especial alguna contraria al C.c. y tener que acudir a éste por el mandato del artículo 50 del C.co. Lo cierto es que la doctrina jurisprudencial ha ofrecido opiniones diferentes, como criterio general flexibilizando la rigidez del 1137 y podemos encontrar ejemplos de resoluciones en las que los juzgadores han apreciado solidaridad, aún cuando las partes no habían pactado nada (STS 26 de abril de 1985, 20 de octubre de 1989 ó 7 de marzo de 1992) o cuando han entendido que se trata de un régimen tácitamente convenido (STS de 23 de junio de 2003) e incluso, sin necesidad de acudir a este criterio de la voluntad expresada o la intención inferida de las partes, proclamando, como se hace en la STS de 16 de octubre de 1989, la solidaridad como un principio general de las obligaciones mercantiles, sin una base legal contundente que permita tal declaración. También a este respecto es decisiva, a la vez que sorprendente, la STS de 11 de julio de 2006 que declara: “olvidan los recurrentes dos importantes cuestiones: a) –que es la que nos interesa en este momento– “que la solidaridad es la regla en el ámbito del Derecho mercantil ya que la rígida norma del artículo 1137 ha sido objeto de una interpretación correctora por parte de este Tribunal y muy especialmente en relación con las obligaciones mercantiles...””.

El estudio de la posición del Tribunal Supremo en esta materia y su evolución desde considerar la mancomunidad como regla y la solidaridad como excepción, que sólo puede darse en muy contadas y concretas situaciones, hasta mantener una posición diferente cuando no contraria sorprende por los distintos pronunciamientos del alto Tribunal²⁵. En efecto, se ha pretendido y logrado eludir la regla de la mancomunidad, posiblemente por no creerla adecuada a las circunstancias fundamentalmente económicas de los contratos en que se aplica. Ha señalado con extraordinaria claridad PEREZ ALVAREZ²⁶, cuáles han sido las dos vías que ha seguido el tribunal Supremo: una primera, haciendo que la solidaridad llegue a alcanzar a obligaciones no incluidas en el ámbito estrictamente contractual (como ocurre en la STS de 24 de mayo de 2004 que señala que la responsabilidad “responde a un fundamento de salvaguarda del interés social, en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados” o mediante la creación de una nueva categoría, la de la solidaridad impropia (STS de 17 de abril de 2002) que habrá de aplicarse a los casos de responsabilidad extracontractual cuando siendo varios los agentes, no es posible individualizar la responsabilidad de cada uno)²⁷. En lo que se refiere a la obligaciones contractuales, precisa PEREZ ALVAREZ, citando la STS de 28 de octubre de 2003, que el Tribunal Supremo ha ido otorgando

²⁵ Vid. EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., “La responsabilidad solidaria en el ámbito civil: perspectiva jurisprudencial”, *Aranzadi Civil*, nº 12, 1994; DIAZ DE LEZCANO, N., *La no presunción de solidaridad –estudio en torno a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo–*, Madrid, 1997.

²⁶ PEREZ ALVAREZ, M.A., “En torno al criterio jurisprudencial favorable a la solidaridad en el ámbito contractual”, *AFDUDC*, 11, 2007, pp. 697-717.

²⁷ GOMEZ LIGUERE, C. ha comentado la STS de 13 de marzo de 2007, que impide un segundo pleito para determinar la responsabilidad de cada uno de los condenados solidariamente, por parte del que indemnizó, en “Sobre la posibilidad de un segundo pleito entre condenados solidarios, para determinar la distribución de las cuotas de responsabilidad”, *InDret*, Barcelona, 2007.

paulatinamente al 1137 del C.c. una interpretación primero declarativa; más adelante extensiva y después semicorrectora e incluso correctora, distinguiendo en su estudio, que seguimos²⁸, tres fases: en una primera, el TS mantiene que no es preciso utilizar expresamente el vocablo “solidaridad” (como sí se exigía en una importante Jurisprudencia previa), bastando con que quede evidente la voluntad de las partes (por ejemplo en STS de 11 de marzo de 1931, 2 de junio de 1960 y 7 de diciembre de 1968); en una segunda fase, a partir de los años 60, se avanza en la flexibilización del precepto y va a hacerse desprender la solidaridad de la mera voluntad (ya solo tácita) de las partes y así, “el contexto de la obligación” o simplemente “las circunstancias concurrentes en el contrato” van a permitir conocer que la intención de las partes fue que imperara el régimen de la solidaridad (así las STS de 19 de marzo de 1970, 15 de marzo de 1982 o 20 de abril de 1985); hasta llegar a una tercera fase, que se sigue principalmente a partir de los años setenta, en la que se llega mucho más lejos, pues se hace derivar la solidaridad de la existencia de algún vínculo entre los (co)deudores, invocando para ello el principio de unidad de fin. De este modo, si los deudores son, por ejemplo, copropietarios de un negocio o simplemente cotitulares del mismo, se entenderá que en virtud del principio de unidad de fin, que el vínculo existente entre ellos, atrae para la obligación contraída, el carácter de solidaria (STS de 4 de mayo de 1970, 30 de marzo de 1973, 16 de marzo de 1976 y, más recientemente, 28 de octubre de 2005). En virtud de todo ello, concluye con un lógico tono de cierto lamento que los órganos jurisdiccionales tienden de modo inexorable a apreciar que la obligación tiene naturaleza solidaria. “Si para el Tribunal Supremo la existencia de un vínculo entre los obligados determina la solidaridad, no es fácil imaginar un solo caso en que se aplique la regla de la mancomunidad”²⁹, sin entrar a considerar si esta postura del Alto Tribunal es conveniente o no sino si es técnicamente correcta o deja de serlo. A nuestro juicio la interpretación de la norma, por conveniente que sea hacerla en uno u otro sentido, tiene sus límites y, frente a una interpretación inadecuada, excesiva o impropia, debería elegirse una reforma legislativa.

MIRANDA y PAGADOR³⁰ estructuran y ordenan en cuatro momentos la “erosión del principio de presunción de no solidaridad”, en lo que se refiere a la doctrina del Tribunal Supremo que ha ido orientando sus decisiones alrededor, a su vez, de cuatro, postulados. En un primer momento sólo se admite la solidaridad si hay una declaración expresa que la recoge en el contrato, aunque no se exija un término concreto, período de principios del siglo XX (STS de 8 de julio de 1915 y de 11 de febrero de 1927 y 8 de octubre de 1927). En un segundo momento, la solidaridad puede deducirse o inferirse con la interpretación de la intención de las partes, sin que ni siquiera sea necesaria una declaración (sirvan de ejemplo las STS de 10 y 11 de octubre

²⁸ PEREZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 704-708 y ss. en donde analiza la fundamentación jurisprudencial de la interpretación correctora del 1137 en materia de contratos, comentando con profundidad y detalle los distintos argumentos que usa el TS: la unidad de fin –STS de 1 de julio de 2002- (o comunidad jurídica de objetivos –STS de 28 de octubre de 2005- o identidad de fin –STS 25 de mayo de 2004-), la realidad social como canon sociológico –STS de 7 de marzo de 1992- y la tutela judicial efectiva –STS de 19 de mayo de 1992.

²⁹ *Op.cit.* pág. 707.

³⁰ *Op.cit.*

de 1927, 14 de noviembre de 1934, 28 de junio de 1956 y 18 de noviembre de 1970, entre otras muchas) En este sentido, la citada STS de 11 de julio de 2006, advierte que basta que aparezca la voluntad evidente de los contratantes de pedir o prestar íntegramente la cosa objeto de la obligación para que pueda declararse la solidaridad, Sentencia que cita otras anteriores (de 6 de noviembre de 1997 y de 26 de noviembre de 1994 o de 19 de noviembre de 1991) que son clara muestra de la teoría correctora de la eficacia del 1137. Aún se da un paso más, reconociéndose que hay un principio –y no solo una presunción- cuando se trata de obligaciones mercantiles. Ello lleva a permitir que se investigue la voluntad de las partes y determinarla a través de una serie de indicios que se dan en el ámbito comercial, como puede ser la utilización de un nombre comercial común. El 1137 se considera como una norma interpretativa (STS de 22 de marzo de 1950, 30 de marzo de 1973 y 16 de marzo de 1976). Finalmente, como antes veíamos, el Tribunal Supremo consagra en su doctrina un auténtico principio de solidaridad en las obligaciones mercantiles, propio de la naturaleza de éstas, pero exagerado, sin duda, a la luz de la solución ofrecida por el legislador en el tantas veces citado 1137, de aplicación necesaria a nuestro ámbito, basándose el Tribunal Supremo para mantener tal posición en el artículo 3.1 del Código civil y el criterio de interpretación de las normas que éste ofrece, además de en el hecho de que de este modo se añade “una especificidad más al Derecho mercantil en relación con su tronco origen del Derecho civil” (STS de 20 de octubre de 1989, 7 de marzo de 1992 y 27 de octubre de 1999).

6. EL NUEVO TEXTO. PROPUESTA Y ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

Así las cosas, con las prescripciones legales, cada vez en mayor número, proclives a la declaración e solidaridad en el ámbito de las obligaciones mercantiles, con una doctrina proclive a esa consideración y con una Jurisprudencia cada vez más inclinada al reconocimiento, incluso como principio general, del carácter solidario de las obligaciones mercantiles, se acomete la tarea de preparar un proyecto de nuevo Código mercantil, cuyos hitos hasta ahora son la Propuesta de Código³¹ y el Anteproyecto de Ley de Código mercantil al que nos referimos en este trabajo³². En su Libro Cuarto, “De las obligaciones y los contratos mercantiles en general”, con normas de carácter dispositivo, estructura los deberes en la fase preparatoria del contrato, novedad del derecho positivo mercantil codificado, y regula la perfección y modificación del contrato. Entre las novedades que se incorporan al texto, se establece un principio

³¹ Elaborada por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación. Cfr. la edición preparada por el Ministerio de Justicia, Madrid 2013. Vid., igualmente, *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), Aranzadi, Cizur Menor, 2014. En dicha obra se incluyen treinta y tres trabajos sobre la propuesta y el Anteproyecto.

³² Aprobado por el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014, con notables diferencias –aunque no en la materia que nos ocupa- con la *Propuesta*. Existe igualmente una edición del Ministerio de Justicia.

contrario al contenido en el Código civil, al establecerse la solidaridad de las obligaciones³³.

Con una relativa coincidencia temporal, en Enero de 2009 (tres años después de publicada la Orden de 7 de noviembre de 2006, del Ministerio de Justicia, por la que se encarga la elaboración de un nuevo Código mercantil a la correspondiente Sección de la Comisión General de Codificación) el Ministerio de Justicia publicó la *Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y contratos* (redactado por la sección de Derecho civil de la propia CGC a propia iniciativa)³⁴. En su preparación se tuvo en cuenta el Derecho comunitario y el Derecho contractual europeo así como los *Principios del Derecho Europeo de Contratos* (PECL). Recientemente ha tenido lugar la reforma del BGB en 2001 (que entró en vigor en 2002) y la del Code de commerce francés. También el Código unificado civil y comercial para la Nación Argentina en el que no se recoge, por cierto, el principio de solidaridad en las obligaciones, Código próximo a su entrada en vigor, con una regulación especialmente sugerente y atractiva del régimen general de responsabilidad³⁵. En la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos citada, se contiene una importante modificación del criterio del 1137³⁶, incorporando a su texto la presunción de la solidaridad pasiva (solidaridad de deudores), salvo en el ámbito de los consumidores y la presunción de la mancomunidad activa (de acreedores). Aunque ya no sería necesaria la remisión al Código civil, no existiría en cualquier caso, contradicción entre ambas normas. Caso de que llegase a convertirse en norma esta Propuesta, siguiendo vigente el Código de comercio, las obligaciones mercantiles

³³ Vid. nuestro comentario sobre la regulación de los contratos en el nuevo texto, PEREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., "Apuntes sobre la nueva regulación de los contratos en el Proyecto de Código mercantil español", *Juristas do mundo, Publicação oficial do XII Encontro Internacional de Juristas*, Série Excelência Jurídica, volume III, Brasília, 2015, pp. 247 y ss.

³⁴ Cfr. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LXIII, Enero de 2009, Ministerio de Justicia. Vid. "Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España", ALBIEZ (dir.), PALAZÓN y MÉNDEZ SERRANO (coord.), y los trabajos de varios autores que en él se incluyen, Barcelona, Atelier, 2011. En su muy interesante y útil trabajo en dicha, señala ALBIEZ (ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la Propuesta", pp. 15-25): "En estos momentos, la Propuesta es un texto más muerto que vivo, con muy pocas posibilidades de convertirse en un texto legal...", p. 16.

³⁵ Vid. PEREZ-SERRABONA GONZALEZ, F. J. "El nuevo (proyecto de) Código Civil y Comercial de Argentina y la unificación del derecho de obligaciones y contratos", *Revista Crítica de Derecho Privado*, 2013, Montevideo, nº pp. 381-401

³⁶ Aunque no vamos a entrar en su comentario, baste señalar el contenido del proyectado artículo 1122: "Cuando en virtud de un mismo contrato dos o más personas sean deudoras de una misma prestación que cualquiera de ellas pueda realizar íntegramente, quedarán obligadas solidariamente, salvo que otra cosa resulte de la ley o del contenido del contrato".

Esta regla no es aplicable si los deudores lo son en virtud de un contrato celebrado con un profesional y en el que han actuado como consumidores o usuarios.

Será solidaria la obligación de indemnizar un daño extracontractual cuando sea objetivamente imputable a varias personas y no pueda determinarse el respectivo grado de participación en cada una de ellas.

Tanto en el supuesto regulado en el inciso final del primer párrafo como en los demás casos en que no sea aplicable el régimen de la solidaridad, la obligación será mancomunada si otra cosa no resulta de la ley o del contrato. Entre acreedores solo habrá solidaridad cuando así lo determinen el título de la obligación o la ley.

La solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones.

tendrían la consideración de obligaciones solidarias. Habría tenido, otra vía, la tan necesaria modificación del texto legal, lo que daría la razón a la doctrina y a la jurisprudencia en sus esfuerzos para lograrla.

Se ha señalado en la Exposición de Motivos del PCM que, en materia de “Disposiciones Generales” sobre contratos mercantiles (en el Libro Cuarto) las normas básicas que se incorporan se inspiran en los trabajos realizados a nivel internacional para unificar las reglas que han de ser aplicadas al tráfico mercantil³⁷. Por ello conviene precisar que en los *Principios de Derecho Europeo de Contratos*, preparados y revisados por la Comisión del Derecho Europeo de Contratos³⁸ se contiene la disciplina de los supuestos de pluralidad de deudores y de acreedores en el capítulo 11, cuyo número 1 está dedicado a las definiciones³⁹, mientras que el número 2 del mismo artículo (1.1.2) lleva por título “Presunción de solidaridad”: “Se presume la solidaridad cuando varios deudores se obligan frente a un acreedor por la misma obligación, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario”⁴⁰. El nuevo texto español ofrece una nueva delimitación de lo que será la “materia mercantil” que ‘girando en torno a los sujetos y a los contratos, se amplía de forma considerable⁴¹ por lo que, de convertirse en texto vigente, existirá una presunción en su articulado –las obligaciones se contraen con carácter solidario- contraria a la que se mantiene el en Código civil que presume, al menos, o declara como norma, salvo que se pacte lo contrario, la mancomunidad.

6.1. Supuestos concretos de solidaridad en el nuevo texto

De igual modo que más arriba nos referíamos a las normas mercantiles (dispersas por el Código vigente y por las leyes mercantiles) que consagraban el principio de solidaridad, cabe decir lo mismo en lo que se refiere al PCM, en cuyo texto, y referido a los distintos sectores, encontramos de nuevo una profusión de normas en las que se apela a la solidaridad. Una vez más nuestro propósito no es exhaustivo, pero sí queremos ofrecer el panorama legislativo, en el texto del nuevo Código, distinguiendo entre las diferentes materias o cuestiones que en él se incluyen.

Así, en determinados contratos, se ha establecido una responsabilidad solidaria: tal es el caso de de los nuevos contratos que han merecido en esta ocasión la atención del legislador: contrato de pública subasta, en el que aparece como responsable solidario

³⁷ En concreto, la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías de 11 de abril de 1980; los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales para la Unificación del Derecho Privado y los trabajos de la Comisión Landó sobre el Derecho Europeo de Contratos. Se establece en ella que, en materia de obligaciones y contratos, “se regulan solamente las cuestiones fundamentales, siguiendo básicamente los trabajos de Unidroit y de Uncitral”.

³⁸ Presidida por el profesor Ole Landó.

³⁹ “Pluralidad de deudores y de acreedores. Sección 1. Pluralidad de deudores. Artículo 11.1.1. (Definiciones). Cuando varios deudores se obligan frente a un acreedor por la misma obligación: a) las obligaciones son solidarias si cada deudor responde de la totalidad; b) las obligaciones son separadas si cada deudor responde solo por su parte”.

⁴⁰ “Artículo 1.1.3 (Derechos del acreedor frente a los deudores solidarios). Cuando los deudores se obligan solidariamente, el acreedor podrá reclamar el cumplimiento a cualquiera de ellos hasta obtener el cumplimiento total”.

⁴¹ Y que puede llevar a entender que el nuevo texto abarque toda la contratación actual, excepción hecha de la que se realice entre consumidores, a tenor de lo preceptuado en el artículo 1.

el subastador y el promotor⁴² e igual régimen se prevé para la contratación automática en máquinas⁴³, que también se regula. En el contrato de fianza la obligación del fiador es solidaria con la del deudor principal⁴⁴ de igual modo que lo serán cedente y cesionario en el contrato de cesión de créditos garantizados con prenda⁴⁵. También cedente y cesionario responden de igual forma en los contratos de cesión y licencia de bienes inmateriales⁴⁶. En materia de propiedad industrial y en Derecho de la competencia hay un precepto que establece limitaciones para el ejercicio de los derechos de propiedad industrial, que no podrán ser utilizados para realizar prácticas anticompetitivas. El titular de la tecnología que sea objeto exclusivo de propiedad industrial y el fabricante de los productos a los que esa tecnología se aplica, responden solidariamente a los consumidores por defecto de esa tecnología⁴⁷. En el contrato de seguro, que vuelve al texto del Código⁴⁸ se hace responsables solidarios⁴⁹ del pago de las primas, en caso de cesión del contrato, a tomador cedente y cesionario.

⁴² Artículo 422-2. *Anuncio e información de la subasta.*

2. El subastador y el promotor de la subasta responderán solidariamente frente a terceros de los daños y perjuicios causados por la falta de veracidad del anuncio o por la insuficiencia de la información prestada”

⁴³ Artículo 423-4. *Responsabilidad.*

El propietario del espacio en que esté instalada la máquina de contratación y el titular de la actividad que allí se ejercite, responderán solidariamente con el propietario de la máquina y con la persona responsable del suministro de los bienes o servicios ofertados del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato automático”.

⁴⁴ Artículo 578- 3. *Solidaridad.*

1. La obligación del fiador es solidaria con la del deudor principal desde el incumplimiento de ésta. 2. Siendo varios los fiadores de una misma deuda principal serán solidariamente responsables, entre sí, frente al acreedor afianzado. En lo demás subsistirán las consecuencias del carácter accesorio y subordinado de la obligación del fiador o de los fiadores”.

⁴⁵ Artículo 450-4. *Cesión de créditos garantizados con prenda.*

En el caso de garantía constituida con prenda, salvo que el contrato de prenda disponga lo contrario, el cesionario podrá exigir la entrega de la cosa pignorada que estuviera en poder del cedente, pero no de la que estuviera en poder del deudor o de un tercero. Si le fuera entregada, el cesionario asumirá todas las obligaciones propias del derecho de prenda, respondiendo de su cumplimiento solidariamente con el cedente”.

⁴⁶ Artículo 535-6. *Responsabilidad frente a terceros.*

“1. Quien transmita un derecho sobre un bien inmaterial, responderá solidariamente con el cesionario de las indemnizaciones a que hubiere lugar como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados a terceras personas por defectos inherentes al objeto del derecho. 2. El cedente que hubiera debido hacer frente a la responsabilidad mencionada en el apartado anterior podrá reclamar al adquirente o cesionario las cantidades abonadas, a no ser que se hubiere pactado lo contrario, que hubiere procedido de mala fe o que, dadas las circunstancias del caso y por razones de equidad, deba ser él quien soporte en todo o en parte la indemnización establecida a favor de los terceros. Artículo 536-7. Responsabilidad...3. Si como consecuencia de la explotación de una licencia se producen daños y perjuicios a terceras personas por causa de defectos inherentes a su objeto, el licenciatario responderá solidariamente con el licenciatario de las indemnizaciones a que hubiere lugar”

⁴⁷ Artículo 360-11. *Limitaciones legales y responsabilidad frente a los consumidores...* “

3. El titular de la tecnología que sea objeto de los derechos de propiedad industrial y el fabricante de los productos a los que se aplique responderán solidariamente de los daños causados a los consumidores por defectos de la tecnología protegida aplicada a dichos productos”.

⁴⁸ La LCS de 8 de octubre de 1980 supuso la derogación del Código de comercio y del Código civil, en lo que se refiere al contrato de seguro, regulado en ambos textos, y es una Ley especial que se encuentra en trance de ser reformada, bien por el texto del Anteproyecto que comentamos, bien por el Anteproyecto de Ley español de Contrato de Seguro, de 8 de abril de 2011.

⁴⁹ Artículo 582-10. *Transmisión del objeto asegurado.*

En el PCM se define la empresa y se regulan los negocios sobre la misma, concretándose que cuando la empresa se transmita como conjunto, se cederán los contratos, los créditos y las deudas, de las que el transmitente responderá solidariamente con el nuevo empresario⁵⁰, sin tener que acudir a la legislación sectorial (para conocer el régimen de responsabilidad en cada caso) ni al pacto concreto entre empresario transmitente y cesionario.

De una manera mucho más completa y acertada que en el vigente Código se regulan los auxiliares del empresario y la representación de éste. En esa sede se encuentra, también, una nueva manifestación de responsabilidad solidaria, en el supuesto de sustitución del poder⁵¹

Y de nuevo encontramos el clásico principio de la solidaridad cambiaria en el 631.14, que hace responsables frente al tenedor del título a todos los que hubieran firmado como libradores, endosantes o avalistas una letra de cambio, un pagaré o un cheque, a quienes habrá de añadir a quienes hubiesen aceptado una letra de cambio⁵², responsabilidad que se extiende en los supuestos de pluralidad de firmantes, en una

“1. Salvo pacto en contrario, en caso de transmisión del objeto asegurado, el adquirente se subroga en el momento de la enajenación en los derechos y obligaciones que correspondían en el contrato de seguro al anterior titular. Se exceptúa el supuesto de pólizas nominativas para seguros no obligatorios. 2. El asegurado está obligado a comunicar por escrito al adquirente la existencia del contrato del seguro de la cosa transmitida. Una vez verificada la transmisión, también deberá comunicarla por escrito al asegurador en el plazo de quince días. Serán solidariamente responsables del pago de las primas vencidas en el momento de la transmisión el adquirente y el anterior titular o, en caso de que éste hubiera fallecido, sus herederos”.

⁵⁰ Artículo 132-4. *La cesión de contratos.*

“1. Salvo pacto o disposición en contrario, el adquirente de la empresa se subrogará automáticamente en los derechos y obligaciones de los contratos celebrados en el ejercicio de la actividad empresarial. 2. Sin embargo, la otra parte contratante podrá dejar sin efecto la relación contractual comunicando su decisión al adquirente en el plazo de un mes a contar del día en que hubiera recibido noticia de la transmisión. Esta facultad no existirá en las transmisiones realizadas en el concurso de acreedores. Artículo 132-5. *La cesión de créditos.* 1. La transmisión de la empresa implica la cesión automática de los créditos generados en el ejercicio de la actividad empresarial. El transmitente será responsable de la legitimidad del crédito y, salvo pacto en contrario, de la solvencia del deudor. 2. La transmisión de la empresa deberá ser notificada al deudor. A falta de notificación, el pago realizado de buena fe por el deudor al transmitente será liberatorio. Artículo 132-6. *La asunción de deudas.* 1. El adquirente de la empresa asume todas las deudas que resulten de la documentación contable y empresarial y aquellas otras que se pacten expresamente. 2. El transmitente de la empresa responderá solidariamente con el adquirente de todas las deudas contraídas para la organización de la empresa y el ejercicio de la actividad empresarial con anterioridad a la transmisión. El adquirente no responderá, sin embargo, de las deudas que no figuren en la documentación contable y empresarial, y de cuya existencia no hubiere sido informado o ni tuviera conocimiento previo. La responsabilidad del transmitente se extinguirá a los tres años a contar de la fecha en que la transmisión de la empresa sea oponible a terceros o en que se produzca el vencimiento de las deudas, si fuera posterior”.

⁵¹ Artículo 121-7. *Sustitución del poder.*

“Los auxiliares de un empresario no pueden, sin el consentimiento previo y expreso de éste, conferir a otras personas las facultades de representación que ostenten. El auxiliar que infringiere esta prohibición responderá solidariamente con el sustituto de las actuaciones de éste frente a los terceros con quienes hubiese contratado. Si el empresario ratificase esas actuaciones, asumirá la responsabilidad y exonerará de ella al auxiliar y al sustituto”.

⁵² Artículo 631.14. *Responsabilidad solidaria.*

“1. Los que hubiesen librado, endosado o avalado un cheque o pagaré o librado, aceptado, endosado o avalado una letra de cambio responderán solidariamente frente al tenedor. 2. Las personas que hubiesen firmado un título de crédito en un mismo grado, como colibradores, coaceptantes y coavalistas, también responderán solidariamente del pago”.

misma posición jurídica. La disciplina de la LCCH también vuelve al texto Codificado, en el que se contuvo hasta 1985.

Simplemente indicaremos, por último, que en materia de sociedades, los supuestos de responsabilidad solidaria, en el nuevo texto, son abundantísimos. Por supuesto que encontramos los más claros ejemplos en materia de sociedades personalistas y, de esta forma, sus socios soportarán solidariamente (y con carácter subsidiario) las deudas de la sociedad⁵³, al igual que ocurrirá con los miembros de las AIE y de las UTE⁵⁴. En el texto proyectado, que incluye la regulación de las sociedades mercantiles⁵⁵. Entre los supuestos de responsabilidad solidaria en toda clase de sociedades podemos citar el de los administradores por los daños causados por falta de presentación de la escritura para su inscripción o presentación tardía, por los producidos por la interrupción temporal a la página web (de la que pueden disponer las sociedades y que obligatoriamente deberán tener las cotizadas), por los acuerdos que se adopten en el órgano de administración, salvo que prueben que hicieron todo lo posible por evitar el acuerdo⁵⁶; ese mismo tipo de responsabilidad soportan los administradores y alcanza a los socios de la sociedad no inscrita por las deudas sociales⁵⁷. En las sociedades de personas (expresión que utiliza la norma) existe la presunción de que la administración se confiere a todos los socios de la sociedad colectiva, con carácter solidario, salvo que los estatutos (que se exigirán ahora para este tipo social) señalen otra cosa⁵⁸ y se hace responsables solidarios, incluso por deudas sociales, a los comanditarios que incluyan su nombre en la denominación social o que lleven a cabo algún acto de administración, equiparándolos en cuanto a responsabilidad a los colectivos⁵⁹. En las sociedades de capital también son frecuentes los supuestos de responsabilidad solidaria para los fundadores (frente a la sociedad, a los socios incorporados con posterioridad a la constitución y frente a terceros) de la constancia de la escritura, de la exactitud de las declaraciones incluidas en ella y de la adecuada inversión de los fondos para gastos de constitución, así como de la realidad de las aportaciones y de la valoración de las no dinerarias⁶⁰; para quienes hayan celebrado actos y contratos en nombre de la sociedad antes de su inscripción, para los copropietarios de las acciones o participaciones (por las

⁵³ Artículo 221-1. *Sociedades de personas*.

“Son sociedades de personas:

- a) La sociedad colectiva, integrada por dos o más socios colectivos, que responderán de las deudas sociales de forma ilimitada y solidaria entre sí y subsidiariamente respecto de la sociedad. Será ineficaz frente a terceros todo pacto social en contrario.
- b) La sociedad comanditaria simple, integrada por uno o más socios colectivos, que responderán de las deudas sociales de la misma forma que los de la sociedad colectiva, y por uno o más socios comanditarios, que responderán en los mismos términos que los socios colectivos, pero solamente hasta el importe de lo que se hubieran obligado a aportar”.

⁵⁴ Arts. 292.5 y 293-6.

⁵⁵ Sociedad colectiva, Sociedad comanditaria (simple y por acciones), Sociedad anónima, Sociedad de responsabilidad limitada, Sociedad Anónima Europea, Sociedad Cooperativa, Sociedad Cooperativa Europea, Sociedades Mutuas, Sociedades de Garantía recíproca, Agrupaciones de Interés Económico, Agrupaciones Euroepas de Interés Económico y Uniones Temporales de Empresas

⁵⁶ Arts. 213-24.3;212-16 y 215-15, respectivamente.

⁵⁷ Arts. 213,32, 1. Esta responsabilidad es solidaria, personal e ilimitada.

⁵⁸ Art. 221-16.

⁵⁹ Arts. 231.5.1 y 231-6.

⁶⁰ Arts. 231-5.1 y 231-11.

obligaciones)⁶¹. Y aún habrá muchos más ejemplos, en los que se establece un régimen de responsabilidad solidaria para socios (por ejemplo, en caso de liquidación, hasta la cifra de capital social o, en el caso de accionistas titulares de acciones no liberadas, para transmitente y cesionario, durante un plazo de tres años en lo que se refiere a los desembolsos pendientes; o para socios separados o excluidos, en sociedades de personas o para el socio único, si tras seis meses no ha inscrito la situación de unipersonalidad, lo que le acarreará, como a aquellos, responsabilidad solidaria –su caso con la sociedad– por las deudas sociales)⁶²; los administradores (por ejemplo en el caso de suscripción de acciones propias de la sociedad o de la dominante o por infracción de los deberes legales en caso de disolución por pérdidas o incumplimiento de los deberes de inscripción en casos concretos o, junto a la sociedad dominante, por las instrucciones que se han dado y perjudicado a la sociedad dominada)⁶³; o a las sociedades, en el caso de grupos de sociedades en el caso de separación de socios, respondiendo del reembolso, tanto la dominante como la dependiente⁶⁴.

Si hemos dicho que en el Derecho positivo vigente está inmanente la nota de la solidaridad de las obligaciones mercantiles, debido a la reiterada casuística que se recoge en los textos positivos, a pesar de que no hay una norma de carácter general, de la mera consideración del nuevo texto, que comentamos, podría extraerse idéntica conclusión pues son constantes los ejemplos que de esta apreciación encontramos en él. A fuerza de repetirse una práctica, en los distintos sectores de la contratación y en las diversas normas, aún como decimos, sin la existencia de una regla general que se da para otras cuestiones (la exigibilidad de las obligaciones puras, la fatalidad de los términos de cumplimiento, la mora automática, por ejemplo) puede llegarse a la conclusión de que puede haber un principio general, en este caso de solidaridad de las obligaciones. Pero en el Anteproyecto, además, se contiene ese principio.

6.2. La regla general de solidaridad en el PCM

Como se ha dicho, el Libro Cuarto del Anteproyecto (De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general), disciplina los deberes de la fase preparatoria del contrato, su perfección y modificación, su interpretación, contenido y extinción, además de su incumplimiento, en su Título I. En él pueden encontrarse, expresamente recogidas en el texto, lo que puede considerarse como las notas características de este tipo de obligaciones (las mercantiles): y en ellas, en el artículo 415-1 (en el capítulo reservado al contenido del contrato) la solidaridad de las obligaciones mercantiles, principio general diferenciador y distintivo que se enuncia del siguiente modo:

1. En las obligaciones mercantiles se presume que los codeudores están obligados solidariamente, salvo pacto en contrario. 2. Todo fiador de una obligación mercantil quedará solidariamente obligado junto al afianzado.

⁶¹ Arts. 231-6 y 231-28.1.

⁶² Arts. 232-40, 233-15, 271-25 y 231-108, respectivamente.

⁶³ Arts. 233-23, 272-12, 291-8 y 201-12.

⁶⁴ Art. 291-18.

El principio general de solidaridad en las obligaciones mercantiles o la presunción de solidaridad, queda incorporado al derecho mercantil positivo. La solución dada por el legislador a esta cuestión nos parece necesaria y acertada y es más que razonable que, en el precepto citado, como ha señalado VERGEZ⁶⁵ haya “afrontado – cómo no- un tema pendiente en el Derecho mercantil español como es el relativo al reconocimiento del principio de solidaridad en las obligaciones mercantiles (415-1), frente al principio actual de mancomunidad que caracteriza al Derecho civil”. No es tanto, pues, una novedad como el reconocimiento de una realidad que estaba fuera de la norma. Tampoco es necesario mayor comentario: las obligaciones mercantiles son solidarias y la solidaridad de deudores es una nota distintiva, característica y propia de esta clase de obligaciones.

La consagración del principio se ha llevado cabo, como hemos visto, en dos postulados o declaraciones generales: la que, con carácter general, reconoce la solidaridad de deudores para las obligaciones y contratos mercantiles, concebida en términos absolutos, aunque con la posibilidad de un pacto en contrario; y la que, referida a un caso concreto, la fianza mercantil, reitera el principio general al señalar que cualquier fiador queda solidariamente obligado, junto al afianzado. Se refuerza, como es propio de este sector de la contratación en el ámbito privado y en las circunstancias actuales, la posición del acreedor frente a la del deudor. El *favor debitoris*, recogido en el artículo 59 del Código de comercio (propio del Derecho mercantil de la época de aprobación del Código) que se erige como un criterio, al menos de interpretación, frente a los postulados del Código civil (artículo 1289) ha actuado como fundamento de la presunción de mancomunidad. Sin entrar en la posible discusión de la razón de ser del propio principio y de quién puede considerarse, en las actuales circunstancias, débil en la relación contractual, hay que, como se ha señalado⁶⁶, dar paso al *favor creditoris*⁶⁷.

6.3. Valoración

El nuevo precepto, que valoramos muy positivamente, nos ha permitido aproximarnos a una revisión de una cuestión siempre pendiente: la solidaridad de las obligaciones como nota característica de las mercantiles. La gran iniciativa que supuso la Propuesta de un nuevo Código mercantil y, en sí mismo, el texto del que dispone el legislador para poder cumplir con su función, el Anteproyecto de nuevo Código mercantil, representan una esperanza en la siempre necesaria reforma del Derecho privado, del Derecho mercantil y, en concreto, del Derecho de obligaciones y contratos. Creemos que la solución

⁶⁵ En su caso, refiriéndose a la Propuesta. *Vid.* VERGEZ, M., “La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la *Propuesta de Código mercantil*”, en *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, *op. cit.*, pp. 315-326.

⁶⁶ Así lo hacen MIRANDA y PAGADOR, *op. cit.*, con quienes estamos de acuerdo, citando a Díez Picazo cuando precisa que algo nos dice que la vida es más fuerte que las construcciones mentales y se lleva por delante al Derecho tradicional, DIEZ PICAZO, L., *Epílogo, Derecho y masificación social. Tecnología y derecho Privado (Dos esbozos)*, Madrid, 1987.

⁶⁷ MOTOS GUIRAO, M., “La interpretación del contrato mercantil y el artículo 59 del Código de comercio”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1955, pp. 34-47.

adoptada, largamente reclamada por la mejor doctrina y por la Jurisprudencia que, ciertamente, ha tenido que forzar en demasiadas ocasiones la interpretación de preceptos de nuestros Códigos, simple y clara, da respuesta correcta a la demanda existente. De aprobarse el texto proyectado, como en otras muchas cuestiones, la norma positiva solucionará un problema pendiente y, en el caso concreto al que nos referimos, habría que decir, hasta de gravedad, por las consecuencias que se han desprendido de tan inadecuada regulación (la actual). Caso de que no llegue a ser una realidad legal y positiva, el problema seguirá vigente y, con él, la actuación que quizás suponga incluso extralimitación de su función (criticada muchas veces con toda razón) de los Jueces y Tribunales; la realidad económica seguirá, por su parte, exigiendo la mayor parte de las veces esta clase de responsabilidad.

7. CONSIDERACIÓN FINAL Y HOMENAJE

A pesar de las críticas que se han hecho al Anteproyecto, con muchas de las cuales también aquí mostramos nuestro desacuerdo, entendemos que se trata de un texto histórico, elaborado en una época en la que se advierte un nuevo proceso codificador, similar al que se siguió (de manera ejemplar) en el siglo XIX en España, en Europa y en todo el mundo. Dadas las actuales circunstancias (fundamentalmente políticas) el entusiasmo o confianza (e incluso esperanza) que supuso la aprobación del texto por el Consejo de Ministros ha desaparecido en gran medida. El propio Presidente de la Sección que lo ha elaborado, el Prof. Rodrigo Bercovitz que con toda precisión y acierto al referirse a la nueva regulación en materia de obligaciones y contratos advierte que va a ser una regulación aplicable a todas las relaciones jurídico-privadas de los operadores económicos en el mercado (“es preciso recordar que existiendo una diferenciación entre Derecho mercantil y Derecho civil no es admisible considerar que las normas mercantiles se conviertan en civiles por su generalización. Lo que caracteriza al Derecho mercantil no es su especialidad frente al Derecho civil, sino la realidad que regula, esto es, la materia mercantil constituida por las actividades de quienes se dedican habitualmente a ofrecer públicamente bienes o servicios para su contratación con terceros, esto es, para captar clientela”)⁶⁸ se pregunta sobre el valor de la Propuesta y del Anteproyecto. La primera tendrá el valor de una obra doctrinal señala, cuyos planteamientos y soluciones podrán invocarse para solucionar problemas y destaca su importancia en materia contractual ya que los contratantes pueden someter su contrato a la regulación que hace la misma (que puede servir como modelo de contrato atípico) “sino además porque en muchos casos el articulado incluido en el Código (desde luego, añadimos nosotros, la materia objeto de nuestra reflexión –la solidaridad de las obligaciones–) lo que hace es expresar en artículos lo que ya estaba reconocido como vigente en el tráfico mercantil”. El segundo permite el inicio del trámite de discusión parlamentaria y si llegara a aprobarse, Derecho positivo.

⁶⁸ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “Presentación del Anteproyecto de Código mercantil”, *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, *op. cit.*, p. 51.

En cualquier caso, desde un sentimiento de cierta resignación a lo que parece inevitable, que el Anteproyecto solo quede en eso (nada más y nada menos), hemos de admirarnos de la gran aportación que la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación ha hecho a la Ciencia jurídica, al Derecho mercantil y a los propios operadores económicos. La tarea es digna de elogio y merecedora de gratitud.

Estas modestas reflexiones sobre la solidaridad de deudores en el ámbito mercantil, a propósito de su consagración como presunción y regla en el Anteproyecto, quieren ser un acto de reconocimiento a quienes han formado y forman la Comisión General de Codificación (a todos y cada uno de ellos), de manera especial a la Sección de Derecho mercantil, que nos ha regalado este texto. Singularmente, ha de servir como muestra de afecto y reconocimiento, de respeto y de homenaje a uno de ellos (por su dilatada vida, que ahora inicia otra etapa, como docente e investigador), el Profesor RAFAEL ILLESCAS ORTIZ, discípulo de grandes maestros, maestro de grandes discípulos que también están creando su propia escuela, en una Universidad –de maestros y discípulos- que quizás esté empezando a desaparecer. La presencia constante de su magisterio la mantendrá.

LAS NOVEDADES DEL SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL *

M^a VICTORIA PETIT LAVALL **

Resumen

El ALCM contiene el régimen del contrato de seguros de transportes terrestres en el Título VIII, Capítulo II, Sección 4^a “De los seguros contra daños”. La regulación de los arts. 582-28 a 34 es sustancialmente coincidente con la actual de la LCS aunque se prevén algunas modificaciones. Se suprime el art. 56 LCS pero se desaprovecha la oportunidad de efectuar una diferenciación clara entre el seguro de transporte terrestre de mercancías y el seguro de responsabilidad civil del porteador. Se mantiene la delimitación del riesgo aunque con una variación respecto de su ámbito temporal al suprimir la posibilidad de admisión de pacto en contra. Se simplifica el régimen de indemnización de daños con la acertada eliminación del art. 62 LCS que se aparta del criterio genérico establecido en el art. 26 LCS para todos los seguros de daños.

Contenido

1. El mantenimiento del contrato y de su concepto en el Código mercantil. – 2. Las modificaciones previstas en el Anteproyecto de Ley de Código mercantil. – 2.1. La desaparición del art. 56 LCS. – 2.2. La modificación de los arts. 57 y 58 LCS y la delimitación del riesgo. – 2.3. La modificación del régimen de los daños a indemnizar.

1. EL MANTENIMIENTO DEL CONTRATO Y DE SU CONCEPTO EN EL CÓDIGO MERCANTIL

El ALCM contiene el régimen del contrato de seguros de transportes terrestres dentro del Título VIII “De los contratos de seguros y de mediación de seguros” en la sección 4^a del Capítulo II, “De los seguros contra daños”, en sus arts. 582-28 a 34. Dichos preceptos trasladan la actual regulación de la LCS (arts. 54 a 62) siendo además el régimen proyectado coincidente sustancialmente con el aun hoy en vigor.

Pues bien, se mantiene por un lado la actual ubicación del contrato dentro de los seguros contra daños, frente a la opción del Anteproyecto LCS de 8 de abril de 2011¹

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto: “La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: competencia, liberalización y responsabilidad”, Ministerio de Economía y Competitividad, 2013-2015, DER2012-37543-C03-01 (IP M^a Victoria Petit Lavall).

** Catedrática de Derecho mercantil. Universidad Jaume I de Castellón.

¹ Disponible en:

cuya Disposición Final Primera preveía su traslado a la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (en adelante LCTTM) incorporando a la misma un nuevo Capítulo X. Si bien la justificación de dicho traslado por tratarse de un seguro de grandes riesgos –como se declaraba en la propia propuesta de modificación de la exposición de motivos de la LCTTM- fue con acierto objeto de crítica, pues el ALCS no efectuaba lo mismo con otros seguros de tal calificación², debiese el legislador del proyectado Código mantener esta opción. Sería de este modo al menos consecuente con la incorporación de los seguros marítimos en la reciente Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (Título VIII), así como con la histórica inclusión de los seguros aéreos en la vieja Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea (Título XIV). En efecto, si el temor a extraer de la futura LCM y, en particular, del título de los contratos de seguros es el vaciamiento del contenido del mismo, llama la atención –cuando menos- que esto sólo se efectúe respecto del seguro de transporte terrestre manteniendo su inclusión y no de los otros seguros de transporte por medio aéreo y marítimo, cuando además el Anteproyecto ni siquiera regula los contratos de transporte, sino que se remite a las distintas normas especiales.

Por otro lado, se mantiene también el concepto de contrato de seguro de transportes terrestres (art. 582-28) contenido en el art. 54 LCS al establecer que “Por el seguro de transporte el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en este título y en el contrato, a indemnizar los daños materiales que puedan sufrir con ocasión o como consecuencia del transporte las mercancías porteadas”. Se continúa configurando pues el seguro de transporte terrestre como un seguro de daños materiales directos (destrucción, pérdida o avería), por lo que quedan excluidos los daños indirectos (lucro cesante³, daño moral), los daños corporales y personales y la responsabilidad civil⁴. Pero además, los daños materiales deben ser con ocasión o a consecuencia de la actividad de transporte. Es decir, mediante este contrato se asegura el conjunto de riesgos que pueden sufrir las mercancías cuando son objeto de traslado de un lugar a otro. Ahora bien, no es necesario que las mercancías se encuentren en movimiento, pudiendo estar perfectamente en reposo (paradas o depósitos intermedios) como deriva del art. 59 LCS (art. 582-32), sino que lo esencial es su conexión con la

<http://www.dgsfp.mineco.es/direcciongeneral/JuntaConsultiva/Documentos/JCOrden06052011/Anteproyecto%20LCS.%20JCSFP.PDF>.

² GIRGADO PERANDONES, P., “El marco actual del seguro de transporte terrestre de mercancías y la incidencia de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro”, en *Seguros de transporte terrestre de mercancías. Situación Jurídica actual y perspectivas de futuro*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 30.

³ Las pólizas excluyen los daños indirectos, tales como perjuicios comerciales por ventas no realizadas, diferencias de cambio, pérdidas de mercado o de garantía en origen. Vid. art. 4º Póliza Groupama.

⁴ MORILLAS JARILLO, M^a J., “Seguro de transporte”, en *El transporte terrestre nacional e internacional* (dir. ILLESCAS ORTIZ, R.), CGPJ, Madrid, 1997, pp. 397 y 398; BOQUERA MATARREDONA, J., *El contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 36 y 185; IDEM, “Seguro de transportes terrestres”, en *Contratos mercantiles* (dirs. BERCOVITZ/CALZADA CONDE), vol. II, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2007, p. 1414; TIRADO SUÁREZ, F. J., en *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones* (dir. F. SÁNCHEZ CALERO), 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 969; SÁNCHEZ GAMBORINO, F. J., *El seguro de transporte. Manual práctico*, Fundación Francisco Corell, Madrid, 2001, pp. 97 y 98.

operación de transporte, “con ocasión o *como*⁵ consecuencia” del transporte en terminología de la Ley⁶.

También es nota característica de este contrato de seguro el principio de la universalidad de los riesgos, como ha venido entendiendo la doctrina⁷. Esta afirmación, cuyo origen proviene de la derogada regulación del contrato en el C. de co. de 1829 y, especialmente, en el C. de co. 1885 (art. 435), puede seguir manteniéndose en la actualidad. En efecto, pese al tenor del art. 582-28 ALCM “dentro de los límites establecidos en este título y en el contrato”, como del art. 582-30 (art. 57 LCS) “de acuerdo con lo convenido en el contrato”, que permiten delimitar contractualmente el riesgo, debe primar la expresión “con ocasión o como consecuencia del transporte las mercancías porteadas” del art. 582-28 (art. 54 LCS) como elemento aglutinante de los riesgos que afectan al transporte y de la que deriva dicho principio de universalidad del riesgo⁸. No obstante, quizá este principio hoy sólo pueda sostenerse a un nivel teórico, puesto que la práctica viene demostrando, precisamente al amparo de la “libertad contractual” admitida por la LCS, cómo la delimitación del riesgo se efectúa en los distintos clausulados mediante detalladas enumeraciones de los riesgos cubiertos y de los riesgos excluidos⁹, convirtiéndose de este modo el principio de universalidad en un “principio de pluralidad”¹⁰.

2. LAS MODIFICACIONES PREVISTAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL

La propuesta de Código mercantil mantiene prácticamente el régimen del contrato de seguro de transportes terrestres en los actuales términos. Así no sufren variación alguna el art. 55 para el supuesto de pluralidad de modos de transporte; el art. 58.2 o cláusula de almacén a almacén; el art. 59 con la inclusión en la cobertura del depósito transitorio de las mercancías e inmovilización del vehículo o su cambio durante el viaje; el art. 60

⁵ Se añade por el ALCM.

⁶ MORILLAS JARILLO, M^a J., “Seguro de transporte”, op. cit., p. 398; BOQUERA MATARREDONA, J., “Seguro de transportes terrestres”, op. cit., p. 1437. En contra TIRADO SUÁREZ, F.J., en *Ley de Contrato de Seguro...*, op. cit. supra, p. 969.

⁷ DUQUE, J., “Seguros de incendio, contra el robo, de transporte terrestre y lucro cesante (arts. 54-67)”, en *Comentarios a la Ley de contrato de seguros*, ed. Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982, p. 810; SÁNCHEZ CALERO, F., en *Ley de Contrato de Seguro...*, op. cit., p. 205; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. II, 3^a ed., ed. Bosch, Barcelona, 1990, p. 511; id., *Introducción al Derecho mercantil*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 1544; PULIDO BEGINES, J. L., *Seguro de mercancías y seguro de responsabilidad civil del porteador terrestre*, ed. Bosch, Barcelona, 2001, p. 39.

⁸ En contra VEIGA COPO, A. B., *Tratado del contrato de seguro*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 561.

⁹ BOQUERA MATARREDONA, J., *El contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera*, cit. supra, pp. 39 y 180; id., “Seguro de transportes terrestres”, op. cit., pp. 1437 y 1438; PULIDO BEGINES, J. L., *Seguro de mercancías y seguro de responsabilidad civil del porteador terrestre*, op. cit., pp. 34 y ss.; TIRADO SUÁREZ, F. J., en *Ley de Contrato de Seguro...*, op. cit., pp. 1037 y ss.; SÁNCHEZ GAMBORINO, F. J., *El seguro de transporte. Manual práctico*, op. cit., p. 93; PETIT LAVALL, M^a V., “Las cláusulas limitativas y delimitadoras del riesgo en el seguro de transporte de mercancías por carretera”, en *Seguros de transporte terrestre de mercancías...*, op. cit., p. 90.

¹⁰ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, 2^a ed., Madrid, 1983, p. 297; postura seguida por MORILLAS JARILLO, M^a J., “Seguro de transporte”, op. cit., pp. 419 426.

regulando la indemnización en los casos de alteración del medio de transporte, itinerario y plazos del viaje; y el art. 61 o la indemnización de los gastos de salvamento y el abandono.

No obstante sí prevé algunas modificaciones. En concreto se trata de la supresión de los arts. 56 y 62; y de la modificación de los arts. 57, 58 y 61 (arts. 582-30, 582-31 y 582-34). Son precisamente estas diferencias, su razón de ser y su conveniencia objeto de análisis.

2.1. La desaparición del art. 56 LCS

El actual art. 56 LCS establece que “podrán contratar este seguro no sólo el propietario del vehículo o de las mercancías transportadas, sino también el comisionista de transporte y las agencias de transportes, así como todos los que tengan interés en la conservación de las mercancías, expresando en la póliza el concepto en que se contrata el seguro”.

Pues bien, ha sido precisamente el tenor de este precepto procedente del derogado art. 435 C. de co.¹¹ y, concretamente, la ambigüedad de la expresión “todos los que tengan interés en la conservación de las mercancías”, objeto de mayor confusión y polémica¹². Por un lado, y con acierto, se ha venido alegando que la referencia a cuántos tengan interés en la conservación de la cosa hace redundante o inútil la enumeración expresa por el precepto del propietario de las mercancías transportadas, del comisionista de transporte y de las agencias de transportes, además de que no son los únicos sujetos que tienen interés en la conservación de la carga, sino que junto al propietario, se encuentran el titular de un derecho de garantía o de disfrute sobre las mercancías objeto de transporte, el cargador, el destinatario, el transitario, almacenistas, etc.¹³. Por otro lado, y especialmente, la principal duda que ha venido planteándose es si el porteador puede contratar el seguro de transporte de mercancía por cuenta propia o, por el contrario, necesariamente debe hacerlo por cuenta ajena o por cuenta de quien corresponda. Dicho de otro modo, si puede el porteador ser asegurado o sólo cabe que estipule dicho contrato como tomador recayendo la condición de asegurado en un tercero determinado o determinable.

En efecto, el art. 56 LCS admite que todo el que tenga interés en la conservación de las mercancías pueda contratar el seguro de transporte terrestre, esto es, sea tomador debiendo en la póliza constar el concepto en que se contrata (art. 56 in fine y art. 8.2 LCS). Ahora bien, puede que en la póliza no conste o ésta no permita deducir -como exige el art. 56 LCS- que el asegurado es una persona distinta del tomador, lo que sigue siendo frecuente en la práctica aseguradora, pues en las pólizas sigue sin figurar un apartado para hacer constar el concepto en el que se contrata el seguro permitiendo, por tanto, que el porteador figure en la doble condición de tomador y asegurado. Y las

¹¹ GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, op. cit., p. 298; TIRADO SUÁREZ, F. J., en *Ley de Contrato de Seguro...*, op. cit., pp. 1246 y 1247.

¹² Vid. VEIGA COPO, A. B., *Tratado del contrato de seguro*, op. cit., p. 582; IDEM, *El contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2013, p. 304.

¹³ TIRADO SUÁREZ, F. J., en *Ley de Contrato de Seguro...*, op. cit., p. 1262; BOQUERA MATARREDONA, J., *El contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera*, op. cit., pp. 57 y ss.; VEIGA COPO, A. B., *Tratado del contrato de seguro*, op. cit., p. 584.

soluciones dadas a este interrogante planteado por el art. 56 LCS, es decir, si el porteador puede ser tomador y asegurado en el seguro de transporte terrestre, no han sido, ni son unánimes. Por el contrario, dos son las posturas que han venido manteniendo tanto la doctrina, como la jurisprudencia.

Por un lado, algunas sentencias sostienen una interpretación amplia del interés asegurado en dicho contrato (arts. 25 y 26 LCS)¹⁴ permitiendo, en consecuencia, que el porteador sea asegurado¹⁵. Así se afirma que el porteador tiene interés en la conservación de la carga o llegada de la misma incólume a destino, como también lo tienen además del propietario, el comisionista de transportes y las agencias de transportes –expresamente previstos en el art. 56 LCS–, el cargador y el destinatario. Siguiendo la misma se considera que el porteador sí tiene interés en la conservación de la carga o llegada de la misma incólume a destino “si quiera su interés en ese extremo sea indirecto o reflejo”, pero no inexistente, pues caso de no llegar las mercancías en su debido estado o en el plazo pactado al lugar de destino se ve comprometida su responsabilidad. De este modo, la inclusión del porteador como asegurado equivale a una ampliación de la cobertura del seguro de transporte incluyendo la responsabilidad civil del porteador aunque el seguro pactado no sea de responsabilidad civil, sino un seguro de daños¹⁶. Esta postura encuentra fundamento además en el art. 7 LCS, pues a falta de toda mención o referencia en la póliza que permita deducir que el asegurado es persona distinta del tomador, ha de entenderse que el tomador ha contratado por cuenta propia, teniendo como asegurado derecho a la indemnización¹⁷. Es decir, se presume, en caso de duda, que actúa por cuenta propia (art. 7 LCS; art. 581-7.1 ALCM).

Frente a esta interpretación, una más estricta y consolidada considera que el transportista carece de interés asegurable en el seguro de transporte, teniéndolo sólo el propietario y/o cargador o destinatario. En efecto, el porteador más que interés en la conservación de la carga lo que tiene es interés en salvaguardar su propio patrimonio frente a su responsabilidad por incumplimiento o por cumplimiento defectuoso del contrato de transporte, es decir, frente a pretensiones posibles de los derechohabientes de las mercancías destruidas, deterioradas o retrasadas, siguiendo los arts. 46 y ss.

¹⁴ Se define interés en el seguro como la relación económica que une existente entre el asegurado y una cosa. Vid. GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, op. cit., p. 128.

¹⁵ SAP Castellón (Sección 1^a) 7 marzo 2001 (JUR 2001\129673); SAP Asturias (Sección 5^a) 11 marzo 2002 (JUR 2002\128225); SAP A Coruña (Sección 5^a) 27 enero 2009 (JUR 2009\286001); SAP Murcia (Sección 4^a) 10 marzo 2011 (JUR 2011\156093).

¹⁶ En la doctrina parece que siguen esta corriente VEIGA COPO, A. B., *Tratado del contrato de seguro*, op. cit., p. 586, aunque mantiene la postura contraria en pp. 590 y 591; IDEM, *El contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías*, op. cit., pp. 307 y ss. y con mucha claridad lo contrario en p. 323; muestra sus dudas BOQUERA MATARREDONA, J., “El seguro de transporte de mercancías por carretera ¿asegura los daños en las mercancías o la responsabilidad el porteador?”, en *Seguros de transporte terrestre de mercancías...*, op. cit., p. 51, aunque en p. 50 mantiene la postura contraria.

¹⁷ SAP Asturias (Sección 5^a) 11 marzo 2002 (JUR 2002\128225).

LCTTM¹⁸. Esta postura desnaturaliza el contrato y lo transforma en un contrato de responsabilidad civil del transportista¹⁹.

El problema deriva del hecho de que en el ámbito del transporte con frecuencia se entremezclan en un único contrato dos seguros distintos, el seguro de transporte (seguro de daños) y el seguro de responsabilidad civil del porteador que cubre el riesgo de que surja en el patrimonio del asegurado (porteador) una deuda como consecuencia de su responsabilidad por pérdidas, averías o retraso derivada del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de transporte. Así, son dos los intereses que pueden asegurarse independientemente: el interés en la conservación de las cosas transportadas que tienen, estrictamente hablando, el propietario de la mercancía, el cargador o el destinatario; y el interés que tiene el porteador en mantener su patrimonio incólume²⁰. Precisamente por ello tiene relevancia en los contratos de seguros de transporte celebrados por los porteadores la cláusula "por cuenta de quien corresponda", que deja abierta la determinación del asegurado, pues además no es infrecuente que se desconozca en el momento de concertar el seguro quién es el titular de dicho interés o que dicho titular cambie durante la ejecución del transporte al ser, por ejemplo, las mercancías transmitidas *in itinere*.

Ahora bien, el hecho de que la práctica mezcle ambos contratos (en ocasiones constan en una única póliza) no puede conducir a la admisión sin más del contrato de seguro de transporte celebrado por el porteador como tomador por cuenta propia²¹, ni a su transformación en otro de responsabilidad civil para evitar la aplicación del art. 25 LCS y al mismo tiempo permitir la acción directa del tercero perjudicado contra la aseguradora ex art. 76 LCS. Seguro de transporte y seguro de responsabilidad civil del

¹⁸ En este sentido la SAP Málaga (Sección 5^a) 10 octubre 2002 (JUR 2003\70581) afirma: "el seguro de transporte terrestre un tipo de seguro de daños caracterizado porque el objeto asegurado son las mercancías transportadas y no el patrimonio del asegurado-tomador del seguro".

¹⁹ El porteador "si contrata un seguro de transporte terrestre [por cuenta propia], se tratará de un seguro de responsabilidad civil, que va a cargo de la empresa porteadora". Vid. GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, op. cit., pp. 298 y 299; TIRADO SUÁREZ, F. J., en *Ley de Contrato de Seguro...*, op. cit., pp. 1263 y 1264; RECALDE, A., "Conocimiento de embarque y acción por pérdidas y averías: cuestiones de legitimación activa", *RDM* 1989, pp. 771 y 772; MORILLAS JARILLO, M^a J., "Seguro de transporte", op. cit., pp. 420 y 421; BOQUERA MATARREDONA, J., *El contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera*, op. cit., pp. 62 y 64; IDEM, "El seguro de transporte de mercancías por carretera ¿asegura los daños en las mercancías o la responsabilidad el porteador?", en *Seguros de transporte terrestre de mercancías...*, op. cit., p. 50; PULIDO BEGINES, J. L., *Seguro de mercancías y seguro de responsabilidad civil del porteador terrestre*, op. cit., pp. 65 y ss.; VEIGA COPO, A. B., *Tratado del contrato de seguro*, op. cit., pp. 590 y 591; FIGUEROL RONCAL, I., "Artículo 56", en *Ley de Contrato de Seguro* (coord. J. A. BADILLO ARIAS), 2^a ed, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 1059 y 1070.

²⁰ SAP Castellón (Sección 1^a) 7 marzo 2001, cit.

²¹ En sentido contrario admitiendo que el porteador contrate un seguro por cuenta propia vid. SAP Murcia (Sección 4) 10 marzo 2011 (JUR 2011\156093): "no es aceptable que la compañía aseguradora reproche la irregularidad del contrato celebrado al figurar a la vez como tomador del seguro y asegurado la compañía dedicada al transporte por carretera, ya que la póliza es creada por la aseguradora, y en la misma queda evidenciado, por los términos de la misma, que se trata de transportes de mercancías ajenas (se refiere al destinatario y a la aportación, para tramitar el siniestro, de la reclamación al porteador), sin que figure un apartado para hacer constar el concepto en el que contrata el seguro, como exige el art. 56 LCS, permitiendo que figure en la doble condición de asegurador y asegurado, lo que estaría en contradicción flagrante con la imposibilidad de ostentar dicha condición de asegurado que en este recurso defiende la apelante. Además, conforme al art. 7 LCS, el tomador del seguro puede contratar el seguro por cuenta propia o ajena, presumiéndose en caso de duda que es por cuenta propia".

porteador (asegurado) son dos contratos distintos y cubren diferentes intereses, si bien complementarios²². En efecto, el seguro de responsabilidad civil del porteador entra en juego en los casos en que éste sea responsable por daños a la mercancía de conformidad con los arts. 47 y ss. LCTTM por lo que su interés es paliar o eliminar las consecuencias que para su patrimonio conlleva ser declarado responsable de la pérdida, avería o retraso de las mismas. Sin embargo la LCTTM le exonera de responsabilidad en determinados supuestos²³. Y precisamente las pólizas del seguro de transporte terrestre cubren riesgos (p.ej., rayo, rotura de puentes y túneles, hundimiento de la vía, desprendimiento de tierras, montañas y rocas, etc.) que no conllevan la responsabilidad del porteador (supuestos de caso fortuito o fuerza mayor) y que, por tanto, no quedan amparados por el seguro de responsabilidad civil, por lo que salvo que exista un seguro de transporte (daños) el asegurado quedará sin protección. Así pues, aunque distintos el seguro de transporte por cuenta ajena complementa el de responsabilidad civil concertado por cuenta propia por el porteador dado que este último sólo entra en juego en caso de culpa del porteador y dentro de los límites legales de responsabilidad, de manera que los derechos derivados del contrato como consecuencia de estos riesgos corresponden a la persona por cuenta de la cual se contrató el seguro²⁴. Además, si se admite la posibilidad de que el porteador sea asegurado, esto es, que contrate el seguro de transporte en nombre propio puede llegar a producirse en favor del mismo un enriquecimiento injusto contrario al art. 26 LCS, pues aunque no esté obligado a responder (y no haya sufrido, por tanto, daño alguno), sin embargo podría llegar a percibir la indemnización del seguro de transporte. En definitiva, “el porteador no propietario de las mercancías que transporta puede concertar un contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías por cuenta ajena, pero no por cuenta propia, ya que es su propietario y no el porteador, el titular del interés asegurado... En consecuencia, en estricta técnica aseguradora, el lugar que el porteador ocupa dentro de los elementos personales del contrato es el de tomador del seguro, pero no el de asegurado que correspondería al propietario de las mercancías” (SAP Pontevedra (Sección 1^a) 12 septiembre 2005²⁵).

“Se aprecia por ello la conveniencia de separar adecuadamente ambos seguros, de responsabilidad civil y de transporte terrestre, que cubren intereses distintos, se rigen

²² MORILLAS JARILLO, M^a J., “Seguro de transporte”, op. cit., p. 421.

²³ El art. 48.1 LCTTM establece: “El porteador no responderá de los hechos mencionados en el artículo anterior si prueba que la pérdida, la avería o el retraso han sido ocasionados por culpa del cargador o del destinatario, por una instrucción de éstos no motivada por una acción negligente del porteador, por vicio propio de las mercancías o por circunstancias que el porteador no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir”.

²⁴ SAP A Coruña (Sección 5^a) 27 enero 2009 (JUR 2009\286001).

²⁵ AC 2006\135. Así lo reconocen, entre otras, la STS 25 abril 2002 (RJ 2002\6418): “La doctrina más autorizada ha puesto de relieve que la empresa porteadora, aun estando interesada en la conservación de las mercancías, no puede contratar en interés propio un verdadero seguro de transporte; no aseguraría en realidad los riesgos del mismo sino los de la responsabilidad derivada del contrato de transporte...”. Y en el mismo sentido entre otras SAP Barcelona (Sección 15^a) 16 abril 2009 (JUR 2009\411135); SAP Barcelona (Sección 15^a) 28 septiembre 2006 (JUR 2009\176397); SAP Madrid (Sección 28^a) 25 octubre 2013 (JUR 2014\9291).

por principios distintos y que siguen sus propias vicisitudes, pese a que la práctica aseguradora, al parecer, siga siendo insensible a tales refinamientos”²⁶.

En este sentido, puede decirse que la supresión del precepto en el proyectado Código es lógica pues se trata de un artículo carente de contenido normativo. En efecto, el mismo sólo reproduce y con obscuridad el régimen general del tomador del seguro contenido en el art. 7 LCS (art. 581-7.1 ALCM)²⁷, que faculta al tomador a contratar el seguro por cuenta propia o ajena presumiéndose en caso de duda que lo hace por cuenta propia. Sin embargo, se desaprovecha la oportunidad de efectuar una diferenciación clara entre el seguro de transporte (seguro de daños) y el seguro de responsabilidad civil de porteador, que ha sido precisamente uno de los aspectos más conflictivos del actual régimen²⁸; o más si cabe de prohibir que el porteador sea asegurado en un seguro de transporte de mercancías, salvo que concurra en el mismo un interés directo en su conservación (por ej. por ser el propietario)²⁹. De hecho, debe destacarse que desaparece en el ALCM el intento de aclaración contenido en el Anteproyecto LCS (art. 80) al establecer que “Sin perjuicio de cualquier otro seguro que el porteador o los demás intervinientes en un contrato de transporte puedan convenir para cubrir su responsabilidad derivada de dicho contrato, todo aquél que tenga interés en la conservación de las mercancías transportadas podrá contratar un seguro de transporte terrestre”. Es decir, el mismo tenía por finalidad incorporar a la Ley la realidad vigente, esto es, la concurrencia en la operación de transporte de mercancías de dos seguros: el seguro de transporte de mercancías (daños) y el seguro de responsabilidad civil del porteador; si bien era eso, un mero intento, pues a continuación reiteraba que podía contratar el seguro de transportes todo aquel que tuviese interés en la conservación de la carga, por lo que la cuestión quedaba en los términos actuales³⁰.

2.2. La modificación de los art. 57 y 58 LCS y la delimitación del riesgo

La LCS parte de la delimitación del riesgo. Así deriva del art. 1 LCS, que declara que la obligación del asegurador existe “dentro de los límites pactados” y en similares términos en los arts. 45, 50, 54, 63, 73, 76.a), etc. LCS al definir las distintas modalidades de contratos de seguro al establecer que el asegurador se obliga “dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato”. Como no podía ser de otro modo la delimitación del riesgo se mantiene en el ALCM. El art. 581-1 en consonancia con la delimitación del riesgo contenida en cada modalidad concreta de seguro establece que el

²⁶ SAP Castellón (Sección 1^a) 7 marzo 2001, cit.

²⁷ BOQUERA MATARREDONA, J., *El contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera*, op. cit., p. 61.

²⁸ GIRGADO PERANDONES, P., “El marco actual del seguro de transporte terrestre de mercancías y la incidencia de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro”, en *Seguros de transporte terrestre de mercancías...*, op. cit., pp. 34 y 35.

²⁹ Vid. en este sentido SAP de Barcelona (Sección 15^a) 29 enero 1996 (AC 1996\88); SAP Madrid (Sección 10^a) 13 julio 2002 (AC 2003\880); SAP Pontevedra (Sección 1^a) 12 septiembre 2005 (AC 2006\135).

³⁰ En este sentido BOQUERA MATARREDONA, J., “El seguro de transporte de mercancías por carretera ¿asegura los daños en las mercancías o la responsabilidad el porteador?”, en *Seguros de transporte terrestre de mercancías...*, op. cit., p. 58.

asegurador se obliga a indemnizar “dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato”, aunque deberá decir –y se supone que será corregido- en lugar de en la ley, en este título, como así lo hace el art. 582-28 (art. 54 LCS).

En concreto y junto al art. 54, la LCS aborda la delimitación del riesgo asegurado en los arts. 57 a 60. Pues bien el ALCM, al igual que también lo hizo el abandonado Anteproyecto LCS de 8 de abril de 2011, mantiene la delimitación del riesgo contenida en estos preceptos prácticamente en sus mismos términos. No obstante sí que existen dos pequeñas modificaciones, en concreto en el art. 57, párrafo 1º (art. 582-30.1) y en el art. 58, párrafo 1º (art. 582.31.1) ambos en cuanto a la delimitación temporal del riesgo, es decir, el comienzo y fin de la cobertura.

Por un lado, el art. 582-30 ALCM, al igual que también lo hizo el abandonado Anteproyecto LCS de 8 de abril de 2011, mantiene la delimitación del riesgo contenida en el art. 57 LCS. De este modo para que los daños sean objeto de cobertura se exige “que sean consecuencia de siniestros acaecidos durante el plazo de vigencia del contrato aunque sus efectos se manifiesten con posterioridad”. Por otro lado, el art. 582.31.1 ALCM (art. 58.1 LCS) extiende la cobertura del seguro desde que las mercancías se entregan al porteador para su transporte en el punto de partida del viaje asegurado hasta que se entregan al destinatario en el punto de destino.

Pues bien, siguiendo ambos preceptos los condicionados generales de las pólizas han venido delimitando el plazo de vigencia del contrato -siguiendo la ley (art. 8.8 LCS y art. 581-8.2.g)- y la delimitación temporal del riesgo en los siguientes términos: “cuando el transporte de las mercancías aseguradas se confie a terceros, la cobertura comenzará, salvo pacto en contrario, desde el momento en que se entreguen las mismas al porteador para su transporte en el lugar de origen, continuará durante el curso ordinario del tránsito y terminará en el momento en que dichas mercancías se entreguen al destinatario o a quien le represente en el lugar de destino, *pero cesará la cobertura a los cinco días de la llegada de la mercancía al lugar de destino*, salvo prórrogas que puedan convenirse.- En todos los demás casos, el seguro tomará efecto desde el momento en que el vehículo inicie el viaje asegurado con las mercancías a bordo y terminará en el momento de la llegada de dicho vehículo al lugar de destino. Permanecerá en vigor la cobertura, durante el depósito transitorio de las mercancías y la inmovilización del vehículo o su cambio durante el viaje, cuando se deban a incidencias propias del transporte asegurado y no hayan sido causadas por alguno de los acaecimientos excluidos de este seguro y siempre y cuando la estancia tenga lugar en locales cerrados o custodiados ininterrumpidamente”³¹.

De este modo las pólizas, reproduciendo el tenor del art. 58.1 LCS, acotan la delimitación del riesgo en un margen temporal coincidente con el período de duración del transporte exigiendo que el siniestro se produzca precisamente dentro del marco temporal de duración de la actividad de transporte asegurada. En efecto, dicho marco temporal viene marcado desde el momento en que se entregan las mercancías al porteador en el lugar de origen hasta que dichas mercancías son entregadas al destinatario. Es decir, el precepto parte del concepto de entrega, tanto en origen como

³¹ Art. 10º Póliza de GROUPAMA.

en destino, lo que está en consonancia con el régimen del contrato de transporte de la LCTTM (arts. 19, 28 y 33), siendo las dos obligaciones básicas que corresponden al porteador la custodia de las mercancías desde que las recibe en origen hasta su entrega en destino y la conducción de las mismas a su destino para su entrega al destinatario (art. 28). Ahora bien, puede suceder y no es infrecuente que las mercancías no puedan ser entregadas al destinatario, bien porque no se halle, bien porque no desee recibirlas (impedimentos a la entrega). Pues bien, para esos supuestos es cuando las pólizas fijan plazos de cobertura muy pequeños (cinco días).

Debe destacarse, siguiendo la LCTTM, que la entrega por el cargador, así como la entrega al destinatario no incluyen las operaciones de carga y descarga, estiba y desestiba. Así deriva del art. 20 LCTTM que parte de que estas obligaciones son de cuenta del cargador y del destinatario, quienes soportan los daños derivados de las mismas, salvo que expresamente hayan sido asumidas por el porteador, o que se trate de transporte de paquetería o similares. Es decir, el seguro de transporte terrestre de mercancías no cubre pues, en principio, las operaciones de carga/descarga y estiba/desestiba, que precisamente son las que originan una gran parte de los daños a la carga y objeto de gran litigiosidad.

Ahora bien, el art. 58.1 *ab initio* LCS prevé expresamente que pueda existir pacto expreso en contra y, por tanto, que la póliza amplíe el ámbito temporal de delimitación del riesgo incluyendo, por ejemplo, estas operaciones; o bien que reduzca dicho ámbito, por ejemplo, al estricto período del viaje, como efectivamente han venido contemplando las pólizas. La ampliación del ámbito temporal no presenta problemas pues en todo caso son válidas las cláusulas contractuales más beneficiosas para el asegurado (art. 2 LCS). Tampoco presenta problemas la reducción de la delimitación temporal del riesgo. En efecto el contrato de seguro de transportes terrestres es un contrato de seguro de grandes riesgos (art. 107 LCS) por lo que sus normas son dispositivas (art. 44, párrafo 2º y art. 2 LCS).

Precisamente la “novedad” que introduce el proyectado art. 582.31.1 ALCM es la supresión en su tenor de esta posibilidad de pacto en contra (como también lo hacía el art. 83 ALCS). Puede decirse que esta supresión puede conllevar, en principio, cambios en el actual régimen. Por un lado, puede incrementarse el ámbito temporal de delimitación del riesgo, pues siguen siendo perfectamente válidas las cláusulas contractuales más beneficiosas para el asegurado (art. 581.2.b) ALCM). Por otro lado, sigue manteniendo el ALCM (art. 581-2.c) que tendrán carácter dispositivo las disposiciones del presente título respecto de los contratos de seguro de grandes riesgos, por lo que para éstos caben perfectamente cláusulas que puedan –como ha venido haciéndose- reducir dicho ámbito³². Ahora bien, la norma proyectada no establece o enumera qué contratos de seguro son de grandes riesgos, sino que prevé en su art. 581-2.c) que lo serán “los así calificados por la normativa especial aplicable”, derogando la Disposición Derogatoria Única.2.2º la totalidad de la LCS. En consecuencia, salvo que

³² En este sentido GIRGADO PERANDONES, P., “El marco actual del seguro de transporte terrestre de mercancías y la incidencia de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro”, en *Seguros de Transporte Terrestre de Mercancías...*, op. cit., p. 36, entiende que su supresión es acertada por ser una expresión reiterativa.

una disposición califique nuevamente a los seguros de transportes terrestres de mercancías como de grandes riesgos, la supresión en el art. 582.31.1 ALCM de la posibilidad de admisión de pacto en contrario lo que impide y, con acierto, es la inclusión de cláusulas que reduzcan el ámbito temporal de delimitación del riesgo. En efecto, el precepto pasa a ser imperativo por lo que las mismas son nulas (art. 581-2.2^o ALCM).

La segunda modificación y de menor importancia es la introducida en el art. 57 LCS por el art. 582-30.1 ALCM. Ambos preceptos exigen para que los daños sean objeto de cobertura “que sean consecuencia de siniestros acaecidos durante el plazo de vigencia del contrato aunque sus efectos se manifiesten con posterioridad”; plazo de vigencia que debe constar preceptivamente en la póliza (art. 581-8.2.g). Ahora bien, frente al art. 57 LCS que exige que los efectos del siniestro objeto de cobertura que se manifiesten con posterioridad, lo hagan siempre dentro de los seis meses siguientes a la fecha de expiración del contrato, el ALCM reduce dicho plazo a tres meses, aunque permite que la póliza establezca un período superior.

2.3. La modificación del régimen de los daños a indemnizar

La LCS regula en sus arts. 61 y 62 el régimen de indemnización de daños en el seguro de transportes terrestres. El ALCM simplifica dicho régimen incorporando el contenido de la fallida propuesta de ALCS.

En primer término, se mantiene el art. 61 LCS aunque con un pequeño cambio o – mejor dicho- adecuación terminológica. En efecto, se sustituye en el párrafo primero “el asegurador indemnizará los daños que se produzcan en las mercancías o valores conforme a lo dispuesto...” el vocablo “valores” por “bienes”. Y ello es así por cuanto el precepto regula la indemnización de los daños respecto de: 1) los gastos de salvamento de los objetos transportados; y 2) el vehículo, esto es, el medio de transporte utilizado.

En segundo término, el régimen se reduce a un sólo precepto pues se suprime el art. 62 LCS que regula el criterio de valoración del daño apartándose del criterio genérico establecido en el art. 26 LCS para todos los seguros de daños en los siguientes términos: “En defecto de estimación, la indemnización, la indemnización cubrirá, en caso de pérdida total, el precio que tuvieran las mercancías en el lugar y en el momento en que se cargaran...- No obstante... cuando el seguro cubra los riesgos de mercancías que se destinen a la venta, la indemnización se regulará por el valor que las mercancías tuvieran en el lugar de destino”.

Esta supresión conlleva pues una remisión a los arts. 582-2 a 582-7 ALCM (actuales arts. 26 y ss. LCS) y, por tanto, al principio indemnizatorio común para todos los seguros de daños. Debe resaltarse el acierto del legislador al proponer la eliminación de esta norma especial. Por un lado, puesto que así se produce un lógico paralelismo con el régimen previsto ya en la LCS y mantenido en el ALCM para los otros seguros de daños (incendio y robo). Por otro, y especialmente, por cuanto la norma en lugar de propiciar un fácil cálculo del daño ha producido todo lo contrario. En efecto, dicho cálculo debe efectuarse siguiendo los criterios objetivos marcados por el art. 62 LCS

“en defecto de estimación”, esto es, salvo que se haya pactado una póliza estimada o se haya asignado en el contrato un valor al interés asegurado, o incluso se haya fijado por las partes un método de cálculo para la determinación del valor del interés asegurado³³. Pero los criterios previstos más que dar pautas claras, en defecto de pacto, para el cálculo de la indemnización, han provocado todo lo contrario. En efecto, el art. 62 LCS sólo regula la indemnización en caso de pérdida total y no de pérdida parcial y avería de la mercancía³⁴; no determina cuándo debe entenderse que las mercancías se destinan a la venta³⁵; o cómo hay que interpretar la expresión “valor en el lugar de destino”³⁶.

Así, la determinación del valor del interés asegurado debe efectuarse “en el momento inmediatamente anterior al acaecimiento del siniestro” (art. 582-2 ALCM)³⁷. El propio art. 582-2 ALCM, de modo similar al art. 26 LCS en relación con el art. 28 LCS, admite pacto en contrario, eso sí, siempre que no dé lugar a un enriquecimiento injusto para el asegurado, esto es, debe cumplir con el principio indemnizatorio que rige los contratos de seguro de daños. De este modo, puede perfectamente pactarse el valor del interés asegurado a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización, esto es, una póliza estimada, como prevé expresamente el art. 62 LCS *ab initio* y cuyo régimen se contiene en el art. 28 LCS y se mantiene en los mismos términos en el art. 582-4 ALCM); o cualquiera de los criterios de indemnización actualmente contenidos en el art. 62 LCS u otros, siempre eso sí, que no conlleve un enriquecimiento para el asegurado. Estos criterios pueden perfectamente ser los contenidos en la LCTTM (arts. 52 y ss.). En concreto, en caso de pérdida total o parcial de las mercancías, la cuantía de la indemnización vendrá determinada por el valor de las no entregadas, tomando como base el valor que tuvieran en el momento y lugar en que el porteador las recibió para su transporte (art. 52). En caso de averías, el porteador estará obligado a indemnizar la pérdida de valor que experimenten las mercancías, siendo la misma la diferencia entre el valor de las mercancías en el momento y lugar en que el porteador las recibió para su transporte y el valor que esas mismas mercancías habrían tenido con las averías en idéntico tiempo y lugar, sin que en ningún caso pueda exceder de la debida en caso de

³³ PÜTZ, A., “El pago de la indemnización del siniestro en el seguro de transporte”, en *Seguros de transporte terrestre de mercancías...*, op. cit., p. 178.

³⁴ Aunque la doctrina con acierto ha entendido que están incluidos. Vid. TIRADO SUÁREZ, F. J., en *Ley de Contrato de Seguro...*, op. cit., p. 1357; VEIGA COPO, A. B., *Tratado del contrato de seguro*, op. cit., p. 604.

³⁵ Siendo interpretado como aquellas cuya transmisión pretende efectuarse después del transporte con exclusión, por tanto, de las mercancías destinadas al uso o las vendidas con anterioridad al transporte. Vid. PÜTZ, A., “El pago de la indemnización del siniestro en el seguro de transporte”, en *Seguros de transporte terrestre de mercancías...*, op. cit., pp. 178 y 179.

³⁶ No es unánime la interpretación de valor en destino de la mercancía como el precio de venta que la misma habría alcanzado (más los gastos incurridos con ocasión del transporte). Por el contrario, se discute si el seguro de transportes incluye o no el beneficio esperado o lucro cesante. En sentido afirmativo, en la doctrina GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, op. cit., p. 302; BOQUERA MATARREDONA, J., *El contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera*, op. cit., p. 253 y en la jurisprudencia entre otras: STS (Sala de lo Civil) 15 junio 1988 (RJ 1988\4932); AP Girona (Sección 2ª) 8 febrero 2001 (JUR 2001\135166); AP Lleida (Sección 2ª) 3 julio 2007 (JUR 2007\285184). La postura contraria ha sido mantenida por STS (Sala de lo Civil) 8 marzo 1990 (Sala de lo Civil) (RJ 1990\1679); SAP Álava 14 abril 1993 (AC 1993\502). Por el contrario no se pronuncia VEIGA COPO, A. B., *Tratado del contrato de seguro*, op. cit., p. 619, remitiéndose a las enfrentadas soluciones de nuestros tribunales.

³⁷ De hecho así lo recogen las actuales pólizas. Vid. art. 22º Póliza GROUPAMA.

pérdida (art. 53). El valor de las mercancías se determina atendiendo al precio de mercado o, en su defecto, al valor de mercancías de su misma naturaleza y calidad. En caso de que las mercancías hayan sido vendidas inmediatamente antes del transporte, se presumirá, salvo pacto en contrario, que su valor de mercado es el precio que aparece en la factura de venta, deducidos el precio y los demás costes del transporte que, en su caso, figuren en dicha factura (art. 55). Además serán reintegrados en su totalidad el precio del transporte y los demás gastos devengados con ocasión del mismo, o a prorrata si la pérdida o avería es parcial (art. 58.1), así como los gastos de salvamento “siempre que hayan sido razonables y proporcionados” (art. 58.2) de conformidad con lo previsto en los arts. 61.1º) y 17 LCS (art. 582-34.a) y art. 581-16 ALCM).

En todo caso debe tenerse en cuenta que el seguro de transporte de mercancías sólo cubre los daños materiales que puedan sufrir las mercancías con ocasión o como consecuencia del transporte (art. 54 LCS y art. 582-28 ALCM) por lo que quedan excluidos de cobertura, salvo pacto expreso en tal sentido, los daños indirectos como los causados por retrasos en la entrega.

LA CLÁUSULA DE RESERVA DE DOMINIO EN LOS CONTRATOS DE VENTA DE BIENES MUEBLES CON PRECIO APLAZADO*

MANUEL PINO ABAD**

Resumen

La masiva oferta y adquisición de bienes de consumo, fundamentalmente de bienes muebles, ha convertido en una constante la necesidad de encontrar aquellas garantías que permitan asegurar de un modo eficaz la satisfacción de sus créditos a los acreedores. Sin lugar a dudas, la reserva de dominio constituye hoy día una de esas garantías que, con una mayor eficacia, asegura a los vendedores y financiadores el cobro de sus créditos nacidos en el ámbito o sector mobiliario. La reserva de dominio es aquella convención accesoria que insertada en un contrato de compraventa o de financiación permite que la transmisión de la propiedad de la cosa vendida al comprador no se produzca hasta que éste satisfaga íntegramente el precio convenido o, en su caso, el préstamo concedido.

Contenido

1. La función económico-social de la compraventa a plazos de bienes muebles. – 2. La reserva de dominio inserta en los contratos venta a plazos de bienes muebles. – 2.1. Introducción. – 2.2. Naturaleza jurídica de la cláusula de reserva de dominio inserta en los contratos de venta a plazos de bienes muebles. – 2.3. La eficacia jurídica de la cláusula de reserva de dominio. – 2.3.1. La eficacia de la reserva de dominio en las relaciones entre el vendedor o financiador y el comprador: calificación de la situación posesoria del comprador. – 2.3.2. La eficacia de la reserva de dominio frente a los acreedores del comprador. – 2.3.3. La eficacia de la reserva de dominio frente a los subadquirentes del comprador.

1. LA FUNCIÓN ECONÓMICO-SOCIAL DE LA COMPRAVENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES

La figura que hoy conocemos con el nombre de compraventa a plazos o, más sintéticamente, venta a plazos constituye sin duda una institución cardinal en el sistema de producción y comercialización de los bienes y productos en las modernas economías de mercado y, en consecuencia, tiene una incuestionable trascendencia social y económica.

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación de Excelencia "Contratación mercantil y Competencia empresarial: nuevas tendencias reguladoras y propuestas de conexiones normativas" (referencia DER2013-43674-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y del que son Investigadores Principales los Profesores Miranda Serrano y Pagador López.

** Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Córdoba.

La importancia del crédito como base del sistema económico y social, no sólo en sus aspectos industrial y comercial, sino, también, en el familiar o doméstico, ha convertido a la compraventa a plazos en un recurso económico vital para el incremento de la demanda en el seno de las economías de mercado y, por consiguiente, para el desarrollo económico y social¹. La existencia de una demanda creciente capaz de absorber a una producción igualmente ascendente constituye una condición esencial para el desarrollo económico, pero, por contra, representa, a su vez, un grave problema para los agentes económicos que se ven compelidos a buscar nuevos mercados en los que colocar sus productos. Sin embargo, cuando esos nuevos mercados llegan a estar saturados de excedentes, el colapso de la producción como consecuencia del exceso de la oferta sólo puede ser evitado mediante la reforma interna de los propios mercados a través de nuevos métodos o técnicas de venta que incentiven el aumento de la demanda frente a la creciente oferta. Y es aquí donde aparece la figura de la compraventa a plazos que permite a los económicamente menos pudientes acceder a productos que, de lo contrario, excederían de sus posibilidades económicas, y facilita, de este modo, el ansiado aumento de la demanda. Puede afirmarse, así, que el empleo generalizado de la compraventa a plazos para la adquisición de bienes y productos hay que contextualizarlo en las consecuencias que sobre la producción y comercialización de bienes de consumo y de equipamiento tuvo la revolución industrial. La inexistencia de la producción en masa y el bajo nivel del poder adquisitivo que caracterizaba el contexto socio-económico previo a la revolución industrial -por otra parte caracterizado por el predominio de lo agrario- restringía enormemente la circulación fluida de los créditos hasta el punto de limitarla, casi exclusivamente, a los que ofrecían los propios vendedores a su clientela fija y ya conocida. Sin embargo, la aparición, con la revolución industrial, de la producción en masa obligó a los fabricantes y vendedores a buscar nuevas fórmulas de colocación de sus productos en el mercado a fin de que los cuantiosos excedentes no llegasen a paralizar el sistema productivo. Como destaca Martínez de Aguirre², para que el mercado lograra absorber todos los bienes que las nuevas fórmulas de producción eran capaces de ofrecerle, ya no bastaba con el tradicional sistema de ahorro (sacrificio actual) y posterior compra al contado (beneficio futuro), sino que resultaba necesario arbitrar fórmulas que incentivasen la demanda permitiendo el beneficio actual (disposición inmediata del bien) y el sacrificio futuro (pago aplazado), lo que provocó que la competencia de las empresas se centrara en el ámbito de las "*técnicas de ventas*" que es en el que, precisamente, como ya sabemos, hay que situar a la compraventa a plazos.

En la actualidad, la importante función crediticia que cumple la compraventa a plazos *permite* considerarla como un eficaz agente de desarrollo económico y social que

¹ Ya destacaba Pío CABANILLAS, en su discurso de defensa de la Ley de venta a plazos de 1965, que "en pocas instituciones puede observarse con más claridad que en la venta a plazos el condicionamiento que la realidad económica impone a los esquemas jurídicos" (Vid. CABANILLAS,P, "Discurso en defensa de la Ley de venta a plazos", RCDI, XLI, 1965, pág.1139), a lo que cabría añadir las palabras de MARTÍNEZ DE AGUIRRE quien considera que "se puede afirmar, sin riesgo de error, que el instrumento crediticio que supone la venta a plazos es el primer eslabón de una sociedad de consumo" (Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE,C, "Las venta a plazos de bienes muebles", Madrid, 1988, pág.150).

² Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE,C, "Las ventas a plazos...", op.cit, pág.150.

ensancha el ámbito de posibilidades del crédito dinamizando la producción, la demanda y, por lo tanto, el empleo. La generalización de las compraventas a plazos permite dinamizar la economía y elevar el nivel de vida de los consumidores al permitirles el acceso a bienes de los que, en otro caso, no podrían disfrutar. Pero además, la función económica de la compraventa a plazos no se limita al fomento del consumo sino que se amplía igualmente a las operaciones de compraventa a plazos de bienes de producción o de equipo facilitando a las empresas que no cuentan con medios de producción suficientes el crédito necesario para adquirirlos. Es también una "*técnica de compra o financiación*" de factores de producción.

Sin embargo, junto a los beneficiosos efectos positivos que la generalización de la compraventa a plazos produce no faltan otros más negativos que pueden afectar tanto a las economías individuales de adquirentes y vendedores como, más ampliamente, a la economía nacional. En efecto, como señala Baldo del Castaño³ "*cabe el peligro de que excesivamente atraídos por las facilidades que se les brindan, personas sin suficiente capacidad económica para endeudarse demasiado asuman obligaciones en tal número o cuantía que luego difícilmente puedan cumplir, con los consiguientes perjuicios de toda índole, o, lo que es más, a costa de la privación de otros bienes que les son indispensablemente necesarios*". Pero además, el abusivo o desmesurado empleo de las compraventas a plazos puede causar la saturación de los mercados e incluso, en situaciones persistentes, provocar situaciones inflacionistas derivadas del excesivo empleo del crédito y de los efectos emitidos para instrumentar el pago a plazos.

2. LA RESERVA DE DOMINIO INSERTA EN LOS CONTRATOS VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES

2.1. Introducción

La masiva oferta y adquisición de bienes de consumo, fundamentalmente de bienes muebles, ha convertido en una constante la necesidad de encontrar aquellas garantías que permitan asegurar de un modo eficaz la satisfacción de sus créditos a los acreedores. Sin lugar a dudas, la reserva de dominio constituye hoy día una de esas garantías que, con una mayor eficacia, asegura a los vendedores y financiadores el cobro de sus créditos nacidos en el ámbito o sector mobiliario.

En realidad, como recuerda la mejor doctrina⁴, el recurso a la reserva de dominio como forma de garantía comenzó ya en la Edad Media en relación con el tráfico de inmuebles como alternativa a la hipoteca romana cuya insegura configuración e incompleto desarrollo resultaba en aquel momento insuficiente para asegurar el cobro del precio en el contrato de compraventa a plazos. No obstante, una vez se perfeccionó el

³ Vid. BALDO DEL CASTAÑO,V, "Régimen jurídico de la venta a plazos. Particular estudio de sus garantías", Madrid, 1974, pág.19; y en parecidos términos, Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE,C, "Las ventas a plazos...", op.cit, pág.154.

⁴ CANDIL Y CALVO,F, "Pactum reservati domini", Madrid, 1915, pág.84 y s.s; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,R, "La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles", Madrid, Moneda y Crédito, 1971, pág.11 y s.s.

derecho de hipoteca y se configuró un sistema de publicidad registral de los derechos inmobiliarios, la reserva de dominio cayó prácticamente en desuso.

En España, a partir de la entrada en vigor de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión de 1954, se optó por la llamada prenda sin desplazamiento de la posesión como mecanismo de defensa del crédito que, recayendo sobre los bienes muebles vendidos a plazos, se consideraba más eficaz⁵. No obstante, la rigidez de los requisitos formales y de publicidad a los que se sujeta la constitución y realización⁶ de esta garantía real, que resultan incompatibles con la rapidez y agilidad requerida por el tráfico mercantil en masa, la han relegado ostensiblemente.

La LVPBM de 1965, al regular por vez primera y de forma específica las ventas a plazos de bienes muebles, opta por esta singular forma de garantía al incluir en el clausulado de los contratos sujetos a su ámbito de aplicación el pacto de reserva de dominio para asegurar el precio aplazado, y positiviza (*ex art.6,12*), también por primera vez, un pacto al que, sin embargo, se recurría con frecuencia en la práctica con anterioridad a esta Ley⁷. En la actualidad, al igual que hiciera su antecesora, la LVPBM de 1998 ha venido a admitir de forma expresa que la partes incluyan en los contratos a ella sometidos "*la cláusula de reserva de dominio, si así se pactara, así como el derecho de cesión de la misma*" (art.7,10).

Así pues, la reserva de dominio puede ser considerada como aquella convención accesoria⁸ que insertada en un contrato de compraventa o de financiación y acordada por el vendedor o, en su caso, el financiador, de una parte, y el comprador, de otra, permite que la transmisión de la propiedad de la cosa vendida al comprador no se produzca hasta que éste satisfaga íntegramente el precio convenido o, en su caso, el préstamo concedido. Se trata, por tanto, de una garantía real que recayendo sobre la cosa objeto de la compraventa a plazos puede, en cambio, establecerse no sólo en favor del vendedor sino, también, del financiador, incluso, del financiador a comprador tal y

⁵ Fundamentalmente, porque el derecho real de garantía por excelencia sobre los bienes muebles, esto es la prenda, se mostraba ineficaz en un tráfico jurídico en el que, con frecuencia, el uso y explotación del bien vendido resulta imprescindible para permitir que el deudor-usuario del mismo pueda obtener los recursos económicos necesarios para poder pagar su deuda con el vendedor o financiador.

⁶ Así, dispone el art.3 de la LHMPD que "la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento se constituirán en escritura pública... La escritura... deberá ser inscrita en el Registro que por esta Ley se establece. La falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda en el Registro privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que respectivamente, les concede la Ley".

⁷ Como afirma la doctrina, antes de la publicación de la LVPBM, el pacto de reserva de dominio era conocido y practicado en las operaciones de ventas a plazos de dos formas distintas: directamente, mediante la inclusión en el contrato de un pacto agregado a la compraventa que dejaba en suspenso la transmisión del dominio al comprador hasta después de pagado el precio aplazado, de manera que se transmitía el dominio pleno con el abono del último plazo de los establecidos para el pago del precio; o bien, indirectamente, cuando ante la duda acerca de la validez y eficacia de semejante pacto -que no gozaba de un amparo legal explícito-, se acudía a otras figuras contractuales con las que se pretendía lograr la misma finalidad que con la venta a plazos con reserva de dominio: arrendamiento con opción de compra o depósito con opción de compra, etc (Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE,C, "Las ventas...", op.cit, pág.99; GARCÍA SOLÉ,F, "Comentarios a la Ley de venta a plazos de bienes muebles", Cívitas, Madrid, 1999, pág.154; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,R, "Comentarios a la Ley de venta a plazos de bienes muebles", Madrid, 1977, pág.129).

⁸ No es una figura independiente, sino que se trata de una cláusula o pacto cuya existencia depende del contrato principal al que se adicione.

como ha admitido nuestra jurisprudencia⁹.

Por otro lado, en un sistema jurídico como el nuestro en el que la transmisión y adquisición de la propiedad y demás derechos reales se basa, como es sabido, en la llamada teoría del título y el modo prevista en los arts.609 y 1.095 del C.C¹⁰ cabe plantearse, *prima facie*, si la reserva de dominio constituye o no una modificación del sistema legal de transmisión de los derechos reales y si, en el supuesto de que así sea, resulta o no admisible en nuestro Ordenamiento jurídico que las partes puedan modificar voluntariamente el sistema legal traslativo de derechos reales.

Indudablemente, no cabe la menor duda de que el reconocimiento legislativo de la reserva de dominio en la LVPBM de 1965 y, posteriormente, en la LVPBM de 1998 y en el art.512 del PCM, ha puesto fin a cualquier polémica que en el pasado pudiera haber existido acerca de la admisibilidad de esta cláusula, al menos en lo que se refiere a los contratos sujetos a dichas normas legales¹¹. Lo que ya no está tan clara es la naturaleza y eficacia jurídicas que deban reconocérsele a la cláusula de reserva de dominio insertada en los contratos de ventas a plazos o de financiación. Por esta razón, no resulta fácil conocer con exactitud si la reserva de dominio supone o no una modificación del sistema legal traslativo del dominio y demás derechos reales pues, como más adelante comprobaremos, dependiendo de cuál sea la postura que se adopte en relación con la naturaleza jurídica de

⁹ En concreto, las razones de admisibilidad del pacto de reserva de dominio en los contratos de financiación a comprador han sido recogidas de forma sistemática por la reciente SAP de Pontevedra de 2 de septiembre de 1998, en la que se afirma que, "*en definitiva: 1º. Se trata de un contrato de financiación a comprador regulado expresamente en el art.3 (actual art.4 LVPBM) de la Ley 50/1965, de 17 de julio, cuya Ley reconoce la posibilidad de que la reserva de dominio sea pactada en favor del financiador en esta clase de contratos. Así dice el art.3 citado <<...reservándose las garantías que convengan...>> entre las que se encuentra la cláusula de reserva de dominio según dispone el art.12,6 (actual art.7,10 LVPBM). 2º. Dicho pacto es válido en tanto no vulnera los límites que a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes impone el art.1.255 del C.C. 3º. El TS admite la validez de tales cláusulas como regla general, y no sólo en el ámbito del contrato de compraventa, sino para asegurar el pago de otros créditos, como se deduce de la STS de 10 de junio de 1958. 4º. Dicho pacto, en el caso de autos, insertado en un contrato de financiación o préstamo a comprador supone una transmisión del dominio en garantía al acreedor, por quien estaba facultado para ello de modo temporal y para el fin de garantizar el pago de la deuda. 5º. Dicho pacto inscrito en el Registro público correspondiente a que se refiere el art.23 (actual art.15 LVPBM) de la Ley de 17 de julio de 1965, es oponible a tercero, por disposición expresa de dicho precepto"*

En el mismo sentido, admiten la inclusión de la cláusula de reserva de dominio en los contratos de financiación a comprador en favor del financiador las Sentencias de la AP de Valladolid de 11 de mayo y 9 de septiembre de 1993, así como, la de 22 de febrero de 1994.

¹⁰ De dichos preceptos se desprende que, a diferencia de otros Ordenamientos (como el italiano, francés e inglés, en los que la transmisión de la propiedad y demás derechos reales tiene lugar por el simple consentimiento sin que resulte precisa la tradición o entrega de la cosa) en nuestro Ordenamiento jurídico los derechos reales no se transmiten por el mero consentimiento o voluntad negocial, sino, como establece el art.609 del C.C. "*por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*", es decir, que celebrado un contrato destinado a la transmisión de un derecho real, ésta no se produce por la sola conclusión del contrato, sino que se requiere, además, que el contrato se ejecute mediante la entrega o tradición de la cosa. De modo que, concurriendo estos dos elementos, esto es, contrato traslativo de dominio (título) y entrega de la cosa (modo o tradición), se produce la transmisión del dominio en la compraventa.

¹¹ Por su parte, la jurisprudencia ha venido reconociendo la validez del pacto de reserva de dominio en la compraventa incluso mucho antes de que la LVPBM de 1965 la regulase de forma explícita. Así, Vid. SSTS de 6 de marzo de 1906 (JC, CIII, núm.85); 1 de diciembre de 1909 (JC, CXVI, núm.76); 30 de noviembre de 1915 (JC, CXXXIV, núm.119); 10 de enero de 1929 (JC, CLXXXVII, núm.104); 10 de junio de 1958 (R.2142); 11 de julio de 1983 (R.4208); 10 de mayo de 1990 (R.3699); 12 de marzo de 1993 (R.1794); 16 de julio de 1993 (R.6450); 23 de febrero de 1995 (R.1701) y 12 de julio de 1996 (R.5886).

esta garantía la respuesta a esta cuestión será totalmente distinta¹².

Por último, debemos destacar que la reserva de dominio pese a constituir la garantía por excelencia de las ventas a plazos de bienes muebles y a ser, junto con la prohibición de disponer, la razón que justificó la puesta en marcha del RVPBM, no se trata de una cláusula esencial del contrato, ni tan siquiera natural, por cuanto que, si no es pactada expresamente en el contrato, no se entenderá incorporada al mismo. Así se infiere con total claridad de los arts.4,2,a), 7,10 de la LVPBM y 512 PCM, así como del art.4,c) de la ORVPBM que, respectivamente, prevén la concurrencia y la inscripción en el RVPBM de la reserva de dominio sólo en el supuesto de que así se hubiese pactado expresamente¹³ en el contrato.

2.2. Naturaleza jurídica de la cláusula de reserva de dominio inserta en los contratos de venta a plazos de bienes muebles

Hay que reconocer que pocos temas pueden ser considerados tan polémicos y debatidos como el que ahora nos ocupa de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio. Prueba de ello es que pese a los magníficos estudios e ingeniosas construcciones jurídicas que lo han abordado, todavía hoy continúa siendo una cuestión objeto de discusión permanente.

La consagración legal de la cláusula de reserva de dominio por parte de la LVPBM de 1965 supuso una profundización en el estudio de esta cláusula, pero, a su vez, provocó la división doctrinal en torno a su naturaleza y eficacia jurídicas. Pues bien, este panorama no ha cambiado sustancialmente. La legislación vigente en la materia, pese a las dudas y polémicas que tanto en el plano científico como en el jurisprudencial suscita, desde el pasado, la reserva de dominio y pese a la importancia práctica que la misma posee, se limita a admitir la inclusión convencional de esta garantía, pero sin preocuparse de concretar su caracterización jurídica, de manera que haga posible determinar, de forma comúnmente aceptada, su verdadero contenido, alcance y efectividad. La falta de consenso y uniformidad que la determinación de su naturaleza jurídica provocaba en el pasado aún continúa hoy día.

En torno a la naturaleza jurídica de la reserva de dominio se han elaborado diversas construcciones doctrinales¹⁴ que, pese a haber sido defendidas con poderosos argumentos,

¹² Así, si como veremos, seguimos la teoría clásica según la cual la reserva de dominio impide la transmisión de la propiedad al comprador hasta que éste pague completamente el precio, indudablemente, esta cláusula supone una modificación del sistema legal traslativo del dominio, puesto que, pese a existir un contrato de compraventa (título) válidamente celebrado y la entrega de la cosa vendida al comprador (modo) no se produce la transmisión automática de la propiedad hasta que el precio esté completamente satisfecho. Sin embargo, si adoptamos la denominada teoría prendaria que asimila la reserva de dominio a la prenda sobre bienes muebles, no cabría considerar que la inclusión de la reserva de dominio en los contratos de compraventa de bienes muebles suponga una modificación del sistema legal de transmisión de la propiedad, pues, ésta pasa inmediatamente al comprador una vez le sea entregada la cosa tras la celebración del contrato de compraventa.

¹³ Sin embargo, como estableció la STS de 18 de diciembre de 1990 (R.10283), la reserva de dominio se entiende inserta en los contratos de ventas a plazos aunque en los mismos no figure específicamente la expresión "reserva de dominio" pero sí otra equivalente como, por ejemplo, "el objeto vendido se haya libre de gravámenes y su dominio queda afecto a la vendedora hasta la total extinción de la deuda", pues "con independencia de que la cláusula no recoja expresa y *nominatum* la fórmula determinante del pacto de reserva de dominio, ha de entenderse que equivale al mismo".

¹⁴ Vid. al respecto, un resumen de las diversas construcciones jurídicas que han sido elaboradas en torno a la

no han merecido ninguna de ellas la común aceptación por parte de la doctrina. No obstante, de entre todas, principalmente han destacado dos: la denominada teoría clásica o tradicional y la teoría conocida como prendaria o garantista que equipara la reserva de dominio con los derechos reales de garantía que recaen sobre bienes muebles, concretamente con la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento de la posesión.

Pues bien, la opción por una u otra tesis no es, ni mucho menos, cuestión baladí, ya que, como veremos a continuación, su aplicación conducirá a resultados jurídicos y prácticos totalmente diferentes entre sí. De ahí que la indagación de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio deba constituir necesariamente un obligado punto de partida para cualquier reflexión en torno a esta figura.

La conocida como teoría clásica o tradicional ha sido, finalmente, la acogida en el PCM (art.512-12-2) y es la tesis mayoritariamente aceptada por la doctrina¹⁵ y la jurisprudencia¹⁶ españolas, así como por el Derecho Foral Navarro¹⁷. Según sus defensores cuando el pacto de reserva de dominio se incluye en un contrato de venta o financiación a plazos de bienes muebles la transmisión de la propiedad queda condicionada suspensivamente al total pago del precio o del préstamo concedido, de forma que, el comprador no adquiere la propiedad del bien vendido en tanto no pague todos sus plazos. Ahora bien, satisfechos todos los plazos, la *traditio* despliega completamente sus efectos respecto a la transmisión de la propiedad y el comprador deviene automáticamente propietario del bien vendido con carácter retroactivo, esto es, desde que se celebró el contrato y se le entregó materialmente la cosa, por expreso mandato legal establecido en el art.1.120 del C.C.¹⁸.

figura de la reserva de dominio en RIVERA FERNÁNDEZ,M, "La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio", Valencia, 1994 , pág.26-41.

¹⁵ Fue la teoría en la que en su momento se basó la Comisión redactora de la derogada LVPBM de 1965, así Vid. CABANILLAS GALLAS,P, "Discurso...", op.cit, pág.1150; igualmente, Vid. SOTO NIETO,F, "Derecho vivo", II, Madrid, 1971, pág.475; GARRIGUES,J, "Curso de Derecho mercantil", II, Madrid, 1969, pág.97; MARTÍNEZ DE AGUIRRE,C, "Las ventas...", op.cit, págs.101 y s.s; TORRES LANA,J.A, "Notas críticas a la Ley de ventas de bienes muebles a plazos", RDP, 1975, pág.601 y s.s, pág.631; BLASCO GASCÓ,F.P, "Las ventas a plazos de bienes muebles", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 , pág.86; GESTO ALONSO,B, "La venta de bienes muebles a plazos con reserva de dominio y procedimiento de suspensión de pagos: derechos del vendedor", RAC, núm.9, Septiembre, 2000, pág.28.

¹⁶ Vid. SSTS de 6 de marzo de 1906 (JC, CIII, núm.85); 30 de noviembre de 1915 (JC, CXXXIV, núm.119); 14 de enero de 1929 (JC, CLXXXVII, núm.36); 6 de febrero de 1929 (JC, CLXXXVII, núm.104); 15 de marzo de 1934 (R.462); 10 de junio de 1958 (R.2142); 10 de noviembre de 1976 (R.4644); 11 de julio de 1983 (R.4208); 3 de julio de 1987 (R.5047); 19 de mayo de 1989 (R.3778); 10 de mayo de 1990 (R.3699); 18 de diciembre de 1990 (R.10283); 12 de marzo de 1993 (R.1794); 16 de julio de 1993 (R.6450); 23 de febrero de 1995 (R.1701) y 12 de julio de 1996 (R.5886).

¹⁷ Vid. Leyes 483 a 485 del Fuero Nuevo Navarro. En concreto, la Ley 483 define al pacto de reserva de dominio afirmando que "por el pacto de reserva de dominio el vendedor conserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio sea pagado por completo, y podrá ejercitar las tercerías de dominio y demás acciones en defensa de su derecho. El contrato queda perfeccionado desde su celebración, pero el efecto de transmisión de la cosa quedará diferido hasta el pago total. Mientras tanto, corresponde al comprador la posesión o disfrute de la cosa vendida, con las limitaciones pactadas en su caso, así como estarán a su cargo el riesgo y todos los gastos, inherentes a aquélla; el vendedor, por su parte, queda obligado a no disponer de la cosa".

¹⁸ Cumplida la condición, esto es, el pago del precio o del préstamo concedido, se considera que se produce una adquisición *ex tunc* de la propiedad por parte del comprador. Así cabe inferir de lo dispuesto en el art.1.120 del C.C, según el que, "los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquélla".

Por su parte, para los partidarios¹⁹ de la teoría prendaria o garantista el pacto de reserva de dominio se reduce, al igual que el derecho de prenda, a garantizar el pago del precio por parte del comprador, por lo que no hay razón para concederle mayor eficacia que a éste, de modo que sólo puede ser considerado, pese a su denominación, como un derecho real asimilable a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento de la posesión. En consecuencia, en las compraventas a plazos de bienes muebles con pacto de reserva de dominio el comprador se convierte en propietario de la cosa desde el mismo momento de la entrega y el vendedor o, en su caso, el financiador sólo se "reservan el dominio" a modo y a título de garantía sobre cosa ajena.

Actualmente, la ausencia de un pronunciamiento expreso, en relación con esta cuestión, por parte de la legislación vigente en esta materia, hace preciso, pues, pronunciarse sobre cuál de ellas se adapta mejor a nuestro sistema jurídico. Es decir, debemos proceder a identificar, a partir de los datos que nos ofrecen tanto la LVPBM como la ORVPBM y de conformidad con la función económica que la reserva de dominio está llamada a desempeñar en los contratos de venta y financiación a plazos de bienes muebles, cuál es el contenido y la eficacia de esta cláusula entre las partes contratantes y frente a los terceros acreedores del comprador o, incluso, del vendedor que pretendan embargar el bien vendido a plazos con vistas a satisfacer sus créditos contra el comprador o el vendedor.

Como señala la doctrina²⁰, en todo contrato para regular correctamente la posición jurídica de las partes contratantes es fundamental mantener el equilibrio de sus intereses protegiéndolos en la medida en que sean compatibles. En la compraventa a plazos, al no ejecutarse simultáneamente todas las obligaciones de las partes, se produce un desequilibrio en favor del comprador que posee la cosa desde el primer momento sin necesidad de desembolsar todo su precio de una sola vez, sino escalonándolo en el tiempo. Por contra, el vendedor se desprende de la cosa, que pasa a poder del comprador, sin recibir en contrapartida, en ese instante, el precio de la misma. No obstante, este desequilibrio en favor del comprador resulta compensado por medio del establecimiento de un recargo sobre el precio que obliga al comprador a pagar más por la cosa y a través de la constitución de garantías que permiten asegurar al vendedor la satisfacción de su crédito; y entre estas garantías destaca, de modo fundamental, el pacto de reserva de dominio.

Sin embargo, en la compraventa a plazos sólo será posible conseguir el debido equilibrio entre los intereses de las partes si la reserva de dominio representa para el vendedor una garantía lo suficientemente fuerte como para proteger su posición jurídica de una forma global, es decir, amparándolo no sólo frente al incumplimiento del comprador, sino previniéndolo también frente a la actuación de determinados terceros -acreedores del comprador o subadquirentes de la cosa- que pongan en peligro el buen fin de la operación.

¹⁹ Se trata de una construcción jurídica propuesta por BLOMEYER ("Studien zur Bedingungslehre. II. Teil: Über bedingte Verfügungsgeschäfte", Berlín, 1939), si bien es BERCOVITZ su principal precursor en España (Vid. "La cláusula de reserva...", op.cit; "Comentarios...", op.cit, pág.172 y s.s). También se muestran partidarios de esta tesis, GARCÍA SOLÉ,F, "Comentarios...", op.cit, pág.157; RIVERA FERNÁNDEZ,M, "La posición del comprador...", op.cit, pág.45-47; BARRADO ORELLANA,R, "Aproximación al pacto de reserva de dominio según la Ley 28/1998, de venta a plazos de bienes muebles", Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña, núm.82, enero-febrero, 1999, pág.278.

²⁰ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,R, "La cláusula...", op.cit, pág.43; MARTÍNEZ DE AGUIRRE,C, "Las ventas...", op.cit, pág.108.

Ahora bien, esta protección global del vendedor sólo se podrá lograr si se considera que la reserva de dominio permite que éste conserve la propiedad de la cosa vendida hasta su total pago, pues, sólo de este modo, se podrá evitar que el comprador pueda disponer eficazmente de la cosa o que ésta pueda salir de su patrimonio por virtud de la acción de sus acreedores lo que, en su caso, dificultaría enormemente la localización y ejecución del bien gravado y, por consiguiente, el cobro del crédito garantizado²¹.

Por otro lado, parece claro que nuestro legislador, al referirse en la LVPBM de 1965 a la cláusula de dominio, estaba pensando en la concepción clásica de la misma, tal y como cabe deducir de las palabras de CABANILLAS GALLAS en el discurso de defensa ante las Cortes del Proyecto de LVPBM, cuando al referirse a esta cláusula la definió como aquel "*pacto por virtud del cual no se entiende adquirida la propiedad de la cosa comprada a plazos hasta el pago total del precio*"²². Pues bien, esta concepción clásica de la reserva de dominio parece seguir perdurando en el espíritu de la vigente LVPBM de 1998 según es posible inferir del tratamiento jurídico que esta norma confiere a la misma. Así, el hecho de que la reserva de dominio cumpla una función de garantía del pago íntegro del precio o del préstamo concedido en favor del vendedor o, en su caso, del financiador, no significa que se pueda equiparar esta garantía a los derechos de hipoteca mobiliaria o de prenda sin desplazamiento de la posesión, y ello pese a que la propia LVPBM reconozca en favor del acreedor (vendedor o financiador) la facultades típicas de los derechos reales de garantía como son la realización del valor del bien para hacerse pago con sus resultas y el carácter privilegiado del crédito garantizado frente a los créditos de los terceros. De una parte, en efecto, el art.16,2 de la LVPBM reconoce en favor del acreedor la facultad de ejecución singular contra los bienes vendidos a plazos, pero este reconocimiento no deriva del pacto de reserva de dominio incluido en el contrato de venta

²¹ Si se admitiera, por virtud de la teoría prendaria, que el comprador pudiese disponer eficazmente y de forma voluntaria de la cosa garantizada en favor de un tercer subadquirente, la garantía del titular de la reserva de dominio se vería sensiblemente resentida. En primer lugar, porque la salida del bien del patrimonio del comprador dificultaría considerablemente la localización del bien que resulta ser requisito previo e indispensable para que el acreedor pueda proceder a su ejecución. Y, en segundo lugar, aunque el comprador seguiría obligado a pagar los plazos aún pendientes, no cabe duda de que ya se vería mucho más desmotivado para hacerlo tras la salida del bien de su patrimonio.

En cambio, estos inconvenientes podrían ser obviados admitiendo la concepción clásica de la reserva de dominio y, en consecuencia, reconociendo al acreedor la propiedad sobre la cosa vendida hasta el completo pago del precio o préstamo concedido, pues, de ser así, el acreedor podría evitar eficazmente que el bien saliera de la esfera de poder del comprador mediante el ejercicio de las correspondientes acciones dominicales.

Por su parte, en el supuesto de embargo de la cosa garantizada por parte de los terceros acreedores del comprador, si seguimos la teoría prendaria de la reserva de dominio, el vendedor podría ejercer una tercería de mejor derecho dado el carácter privilegiado que frente a terceros tiene el crédito garantizado con la reserva de dominio según dispone el art.16,5 LVPBM. Sin embargo, para que ello fuese posible sería necesario que los plazos estuviesen ya vencidos pues la tercería de mejor derecho exige que el título del tercerista sea vencido, cierto, líquido y exigible (SSTS de 21 de mayo de 1975 (R.2193) y 27 de diciembre de 1974 (R.4943)). Por lo tanto, sobre los plazos no vencidos no prosperaría la tercería de mejor derecho y, pese a que sobre el bien subastado seguiría subsistiendo la reserva de dominio como garantía de la venta a plazos, no resulta menos cierto que su ejecución se vería enormemente dificultada al haber pasado a poder de un tercero o quizás a sucesivos subadquirentes.

En cambio, si aplicamos la teoría clásica de la reserva de dominio, ante el embargo efectuado por los acreedores del comprador, procedería una tercería de dominio que permitiría asegurar mejor la posición del vendedor pues su ejercicio no requiere la existencia de plazos vencidos pendientes de pago.

²² Vid. CABANILLAS GALLAS,P, "Discurso en defensa...", op.cit, pág.1150.

o financiación, sino de la formalización del contrato en modelo oficial y de su inscripción en el RVPBM, de modo que, esta facultad asiste al acreedor aunque no se hubiese pactado la reserva de dominio. Del mismo modo, la preferencia y prelación prendarias que, por remisión a los arts.1.922,2 y 1.926,1 C.C, concede el art.16,5 de la LVPBM al acreedor, tampoco se las otorga la Ley en función de la existencia de la reserva de dominio pactada, sino del hecho de que el contrato se otorgue en escritura pública o de que se formalice en modelo oficial y se inscriba en el RVPBM. En consecuencia, cuando la LVPBM otorga al vendedor o al financiador las mismas facultades que reconoce al acreedor pignoraticio no lo hace con base en la existencia o no de un pacto de reserva de dominio, sino en virtud de otras circunstancias diferentes como son la formalización del contrato en escritura pública o en modelo oficial inscrito.

Pero, también, la concepción clásica de la reserva de dominio se encuentra ínsita en otros preceptos de la LVPBM como son el art.16,3 que permite que el bien vendido con pacto de reserva de dominio inscrito en el RVPBM que se encuentre en poder de un tercero pueda ser reclamado por el vendedor a través de fedatario público, debiendo el tercero poseedor, en tal caso, pagar el importe reclamado o desamparar el bien en el plazo de tres días; así como, el art.15,3 que permite al vendedor que sea titular de una reserva de dominio inscrita en el RVPBM, paralizar la traba de los bienes objeto del correspondiente contrato de venta a plazos una vez acreditada la reserva de dominio sobre dichos bienes mediante la respectiva certificación registral.

Por último, también la ORVPBM parece seguir la concepción clásica o tradicional de la reserva de dominio dando pleno significado a la expresión "*dominio reservado*" una vez inscrito en el RVPBM. Consideramos que del régimen jurídico previsto en esta norma reglamentaria cabe inferir que la reserva de dominio inserta en los contratos de compraventa a plazos o de financiación regulados por la misma, se concibe como una condición que suspende la transmisión de la propiedad hasta el momento en el que se haya terminado de cumplir por completo la obligación garantizada, esto es, el pago del precio o la restitución del préstamo con el abono de los correspondientes intereses. Así, parece resultar acreditado, del tenor del art.4,c) de la ORVPBM, que el vendedor o, en su caso, el financiador titulares de la reserva de dominio conservan la propiedad del bien vendido, al establecer este precepto que el comprador carece de poder dispositivo sobre el bien vendido, de modo que, cualquier acto de disposición o gravamen por él realizado será nulo de pleno derecho; así como que la cosa vendida no podrá ser embargada por deudas del comprador pero sí del vendedor o financiador²³, subrogándose el adjudicatario, que adquirirá la propiedad de la cosa, en la posición del vendedor o financiador frente al comprador; y, por último, al considerar que el titular de la reserva de dominio será parte en el expediente de expropiación forzosa del que sea objeto el bien vendido o financiado a plazos, lo cual concuerda con la presunción de titularidad que el RVPBM otorga respecto de los derechos en él inscritos²⁴.

²³ En concordancia con este precepto reglamentario, los arts.15,3 de la LVPBM y 24,3 de la ORVPBM disponen que "en caso de embargo preventivo o ejecución forzosa respecto de bienes muebles se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de dichos bienes o sus productos o rentas en el instante en que conste en autos, por certificación del Registrador, que dichos bienes constan inscritos en favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento".

²⁴ Así, disponen los arts.15,2 de la LVPBM y 24,1 de la ORVPBM que "a todos los efectos legales se

Finalmente, merecen ser destacados los arts.11,8 y 24,2 de la ORVPBM en los que de una forma si cabe más palpable, se colige la concepción tradicional o clásica de la reserva de dominio en la que la citada norma reglamentaria se basa. Así, el primero de ellos, dispone que cuando las partes acuerden establecer la reserva de dominio "*se inscribirá en el Registro la propiedad del bien a favor de quien se hubiera reservado el dominio o, en su caso, del cesionario*". Y, por su parte, el segundo de los preceptos antes citados, con idéntica claridad establece que "*se presumirá que... el favorecido con la reserva de dominio, sea el vendedor o el financiador, tiene la propiedad del bien*".

2.3. La eficacia jurídica de la cláusula de reserva de dominio.

Categorizado ya el *pactum reservati dominii* es momento de afrontar algunos de los problemas más importantes que se derivan del mismo, como son la determinación, de acuerdo con la configuración que hemos otorgado a la reserva de dominio, del alcance que cabe otorgar a la posesión del comprador durante el estado de pendencia del pago del precio o del reintegro del préstamo concedido para adquirir el bien vendido a plazos, así como la eficacia de la cláusula de reserva de dominio frente a los terceros acreedores bien del comprador o, incluso, del propio vendedor titular de la reserva de dominio.

2.3.1. La eficacia de la reserva de dominio en las relaciones entre el vendedor o financiador y el comprador: calificación de la situación posesoria del comprador

Una vez obtenida la posesión del bien objeto del contrato por el comprador, se presenta el problema de calificar esa situación posesoria, es decir, el poder concreto que sobre dicho bien ostenta el comprador durante la fase de pendencia comprendida entre la entrega del bien y el total pago del precio o la devolución del préstamo concedido. No es ésta una cuestión baladí, pues, en función de las conclusiones que alcancemos podremos conocer cuáles son las facultades y derechos que sobre el bien vendido ostentan cada una de las partes y, de este modo, resolver los conflictos que, durante la situación de pendencia descrita, se pueden entablar entre las mismas; principalmente la reivindicación del bien o la doble venta de éste por parte del vendedor, así como el embargo del bien por parte de los terceros que traen causa del vendedor, es decir, de aquellos cuya intervención en la relación jurídica que une al vendedor y al comprador deriva de otra relación jurídica existente entre aquéllos y el vendedor.

Muy diversas han sido las teorías que han pretendido explicar la naturaleza de la situación posesoria del comprador con reserva de dominio bajo los perfiles de otras relaciones jurídicas. Así, como afirma la doctrina²⁵, ya desde antes de la promulgación de la LVPBM de 1965, ha sido corriente en la práctica contractual la inclusión de cláusulas

presumirá que los derechos inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo".

²⁵ Vid. BALDO DEL CASTAÑO,V, "Régimen jurídico...", op.cit, pág.177-181; MARTÍNEZ DE AGUIRRE,C, "Las ventas...", op.cit, pág.125; FORNIES BAIGORRI,A, "Compraventa a plazos de bienes muebles", Temis, núm.22, 1967, pág.53; RIVERA FERNÁNDEZ,M, "La posición del comprador...", op.cit, pág.82-85; MAS ALCARAZ,C, "La cláusula de reserva de dominio", Estudios de Derecho Privado, dir. MARTÍNEZ RADIO, II, Madrid, 1965, pág.112-113.

que atribuyen al comprador una situación posesoria similar a la que compete al precarista, comodatario, depositario o al arrendatario. Sin embargo, difícilmente podremos identificar la situación posesoria en la que se encuentra el comprador a plazos de bienes muebles con aquella en la que se halla cualesquiera de estos sujetos.

En efecto, resulta desacertado pretender explicar la situación posesoria en la que se encuentra el comprador a plazos con reserva de dominio bajo los perfiles de la posesión propia de otras relaciones jurídicas. Por contra, consideramos, como hace la mejor doctrina²⁶, que para resolver la cuestión aquí suscitada no se debe calificar primero la posesión del comprador, para después atribuirle las consecuencias jurídicas que se derivan de esa calificación, sino, antes bien, determinar el alcance más apropiado de dicha situación posesoria y proceder después a su calificación en consonancia con dicho alcance. De conformidad con este planteamiento, es posible entender que el comprador a plazos con reserva de dominio se encuentra en una situación posesoria *sui generis*²⁷ propia de quien aspira a ser dueño sin serlo aún y cuya extensión temporal coincidirá con la del contrato de compraventa o financiación que finalizará bien con la posesión dominical del comprador, o bien con la resolución contractual por incumplimiento de éste (*ex arts.10 LVPBM y 512-11 PCM*). De este modo, la propiedad que se reserva el vendedor o, en su caso, el financiador, se encontrará fuertemente modalizada por su función de garantía del pago del precio o del crédito concedido, así como por la expectativa del comprador de convertirse en propietario de la cosa cuando pague todos los plazos. Por esta razón, la posesión del comprador absorberá la mayor parte de las facultades propias del dominio y reducirá la posición dominical del vendedor o financiador a aquellas facultades precisas para que la reserva de dominio desempeñe eficazmente su función de garantía (*ex arts.15 y 16 de la LVPBM*).

En consecuencia, parece claro que pese a que el vendedor o, en su caso, el financiador conserven la propiedad sobre la cosa vendida a plazos con reserva de dominio, ese dominio resulta limitado por las facultades que derivan de la posesión del comprador al que cabe reconocer un verdadero *ius possidendi*, esto es, un verdadero derecho a la posesión de la cosa transmitida frente al vendedor y frente a los terceros que traigan causa de éste, mientras que dure el estado de pendencia hasta el completo pago de todos los plazos. Así, el título posesorio que dimana del contrato de venta a plazos o, en su caso, de financiación será suficiente para enervar la acción reivindicatoria del vendedor o del financiador frente al comprador, salvo que dicha acción lleve implícita la resolución del contrato en los supuestos y con los presupuestos previstos en los arts.10 de la LVPBM y 512-11 PCM para el caso de incumplimiento de su obligación de pago por parte del comprador.

Igualmente, la posesión del comprador con reserva de dominio también será protegible frente a las pretensiones de aquellos terceros a los que el vendedor hubiese enajenado de nuevo la cosa previamente poseída por aquél. En estos supuestos de doble

²⁶ Vid. BALDO DEL CASTAÑO,V, "Régimen jurídico...", op.cit, pág.182-188; MARTÍNEZ DE AGUIRRE,C, "Las ventas...", op.cit, pág.125-127 y 131; RIVERA FERNÁNDEZ,M, "La posición del comprador...", op.cit, pág.85-89.

²⁷ En tal sentido, Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE,C, "Las ventas...", op.cit, pág.131; SOTO NIETO,F, "Derecho vivo", op.cit, pág.478; TORRES LANA,J.A, "Notas críticas...", op.cit, pág.617.

venta es posible plantear dos situaciones: que la reserva de dominio se encuentre inscrita en el RVPBM, o bien que no lo esté, de forma que su existencia sólo pueda deducirse directamente de su inclusión en el contrato de venta a plazos o, en su caso, de financiación. En el primer supuesto, si la reserva de dominio estuviera inscrita, el comprador podrá oponer la previa adquisición del bien a cualquier tercero que, de nuevo, volviese a comprar el bien al vendedor, pues, en virtud del principio de publicidad material consagrado en los arts.15 de la LVPBM, 28 de la ORVPBM y 512-12-3 PCM, ese tercero no podrá alegar ignorancia, ya que, la oponibilidad registral prevista en estos preceptos no sólo juega a favor del vendedor titular de la reserva de dominio, sino también, en favor del comprador cuyo derecho se encuentra inscrito en el citado Registro. De este modo, la posesión del bien doblemente vendido que en algún supuesto pudiese llegar a ostentar ese tercero, no sería en ningún caso jurídicamente tutelable por tratarse de un tercero carente de buena fe *ex art.464 C.C.* Por su parte, si la reserva de dominio no hubiese sido inscrita en el RVPBM, pese a que el tercero adquirente -dada la ausencia de inscripción registral- pudiera alegar desconocer la previa adquisición por parte del comprador del bien doblemente vendido, la posesión del primer comprador resultaría igualmente protegida frente al tercero adquirente en virtud de la aplicación directa del art.1.473 del C.C, conforme al cual "*si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble*".

Por último, debemos analizar una cuestión de difícil solución desde la perspectiva de la concepción clásica de la reserva de dominio. Nos referimos a la salvaguarda de la posesión del comprador en el supuesto de embargo del bien, sujeto a la reserva de dominio, por parte de algún acreedor del vendedor. Como ya sabemos, en estos casos, el art.4,c) de la ORVPBM, adoptando la concepción clásica de la institución que ahora nos ocupa, establece que los bienes sujetos a reserva de dominio no podrán ser embargados por deudas del comprador, "*aunque sí por deudas del beneficiario de la reserva de dominio*", esto es, del vendedor o, en su caso, del financiador. Ahora bien, consideramos que esta norma sólo puede ser interpretada de una forma consecuente con la correcta ordenación de todos los intereses que en este supuesto entran en juego, no sólo porque, de lo contrario, se pondría en serio peligro la seguridad del tráfico de bienes muebles y se propiciaría el fraude (pues, bastaría al titular de la reserva de dominio confabularse con un tercero para, con total facilidad, poder privar al comprador de la posesión del bien adquirido a plazos), sino, además, porque el alcance que debemos otorgar a la citada norma reglamentaria no puede hacer recaer las consecuencias patrimoniales de la conducta, más o menos reprochable, del vendedor o del financiador sobre el comprador totalmente ajeno a tales comportamientos. La posición jurídica del comprador, que está consolidando su adquisición a través del correcto pago de los correspondientes plazos, no puede resultar perjudicada ante la agresión patrimonial de los acreedores del vendedor o del financiador, sencillamente, porque ni es responsable ni se le pueden imputar las consecuencias patrimoniales que se deriven del comportamiento de estos sujetos; de lo contrario, el comprador de un bien sujeto a la reserva de dominio estaría siempre a merced, no ya del cumplimiento de sus obligaciones -lo cual es lógico que así sea-, sino, incluso, de la situación jurídico-patrimonial de su acreedor (vendedor o financiador) lo que es, a todas

luces, jurídicamente inaceptable no sólo apelando a "*la equidad que habrá de ponderarse en la aplicación de las normas*" (art.3,2 C.C), sino, también, porque el derecho no puede amparar situaciones absurdas tales como "*pretender que el adquirente con reserva de dominio que cumple con sus obligaciones pueda ser privado del bien por terceros acreedores del vendedor*"²⁸.

En consecuencia, ante semejante situación el comprador cumplidor de sus obligaciones no puede quedar inerte e indefenso frente al embargo promovido por los acreedores del vendedor que ponga en peligro el goce pacífico de la cosa que haya adquirido a plazos. Se ha de arbitrar, por ello, una solución a este conflicto que permita conjugar una correcta composición de todos los intereses puestos en juego y que proteja eficazmente los del comprador que cumpla puntualmente sus obligaciones de pago. A este respecto, tal y como coinciden en afirmar tanto la doctrina²⁹ como la jurisprudencia³⁰, consideramos que la solución más idónea a la cuestión planteada pasa por admitir que el comprador pueda ejercer una tercería de dominio frente a los acreedores del vendedor que hubiesen instado el embargo de la cosa vendida a plazos. Debemos admitir y reconocer que la solución propuesta es difícil de aceptar desde la concepción clásica de la reserva de dominio que aquí defendemos, pero, pese a la dificultad dogmática subyacente resulta una solución justa y coherente con la función que está llamada a desempeñar la reserva de dominio inserta en los contratos de venta a plazos de bienes muebles a favor del vendedor o, en su caso, del financiador. Así lo estimamos no sólo porque esa reserva de dominio es una garantía del pago del precio que únicamente desplegará su eficacia si el comprador no cumple su obligación de pago del precio aplazado, en cuyo supuesto, el contrato se resolverá (*ex arts.10 LVPBM y 512-11 PCM*) y el bien regresará al patrimonio del vendedor, donde ya sí podría ser perseguido por los acreedores de éste; sino, también, porque el *ius possidendi* que el comprador ostenta respecto de la cosa vendida a plazos durante la situación de pendencia hasta el completo pago del precio o hasta la devolución íntegra del préstamo obtenido, debe ser salvaguardado, de forma que, los acreedores del vendedor no puedan agredir la cosa vendida, sino tan sólo el crédito que el vendedor tenga contra el comprador por el importe aplazado y aún no pagado.

Cabría añadir que la solución propuesta también encuentra la debida apoyatura jurídica en nuestro Ordenamiento, concretamente, en los arts.1.120 y 1.121 del C.C. De conformidad con el primero de estos preceptos³¹, el comprador podrá proteger su situación posesoria basándose en la retroactividad de los efectos de las condiciones cumplidas, pues,

²⁸ Vid. Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 4 de junio de 1987.

²⁹ Vid. BLASCO GASCÓ,F.P, "Las ventas...", op.cit, pág.77-83; RIVERA FERNÁNDEZ,M, "La posición del comprador...", op.cit, pág.93-103; BALDO DEL CASTAÑO,V, "Régimen jurídico...", op.cit, pág.245; MARTÍNEZ DE AGUIRRE,C, "Las ventas...", op.cit, pág.128; LOBATO GARCÍA-MIJAN,M, "El contrato de compraventa mercantil", Barcelona, 1958, pág.70; FERNÁNDEZ LÓPEZ,J.M, "La tercería de dominio", Madrid, 1980, pág.378; EGUSQUIZA BALMASEDA,M.A, "Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la Sentencia de 19 mayo de 1989), RCDI, NÚM.602, 1991, pág.9 y s.s.

³⁰ Vid. SSTS de 19 de mayo de 1989 (R.3778); 16 de julio de 1993 (R.6450); 23 de febrero de 1995 (R.1701); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 17 de junio de 1992 (R.8374).

Sin embargo, rechazan la tercería de dominio ejercitada por el comprador a plazos que aún no hubiese pagado totalmente el precio las SSTS de 11 de julio de 1983 (R.4208) y 10 de diciembre de 1991 (R.8926).

³¹ Según dispone el art.1.120 del C.C "Los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquélla".

una vez cumplida la condición suspensiva a la que se somete la adquisición definitiva de la propiedad de la cosa vendida, esto es, el pago de todos los plazos, los efectos de la compraventa, es decir, la transmisión de la propiedad al comprador, se retrotrae al momento de su perfeccionamiento, haciendo decaer todas las actuaciones practicadas durante el período de pendencia de la condición.

Por último, de acuerdo con el art.1.121 C.C, "*el acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho*". Ciertamente, en sentido estricto, el comprador no es acreedor del vendedor con relación a la transmisión de la propiedad de la cosa objeto del contrato de compraventa. Sin embargo, no es menos cierto, que el vendedor no cumple sus obligaciones contractuales sólo con la mera entrega del bien vendido y respondiendo del saneamiento de los vicios o defectos ocultos que éste tuviere, pues, de conformidad con el art.1.474 del C.C, el vendedor también responderá al comprador "*de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida*" aunque ésta se encuentre gravada con la reserva de dominio. En consecuencia, es posible afirmar que el vendedor no cumple hasta que no propicie y asegure el fin útil del contrato de compraventa, su efecto fundamental y principal, que en este caso, no es otro que la adquisición definitiva de la propiedad por parte del comprador tras el pago de todos los plazos acordados.

2.3.2. La eficacia de la reserva de dominio frente a los acreedores del comprador

Ante la pretensión de los acreedores del comprador de embargar la cosa gravada con la reserva de dominio, esta garantía, según la concepción clásica de la misma que aquí propugnamos, se muestra, a nuestro entender, como una garantía lo suficientemente eficaz a fin de proteger la posición jurídica del vendedor o, en su caso, del financiador de una forma global, es decir, amparándolos no sólo frente al incumplimiento del comprador, sino preservándolos también frente a la actuación de cualquier tercero³² -acreedor del comprador o subadquirente de la cosa- que ponga en peligro el buen fin de la operación, al evitar que el comprador pueda disponer eficazmente de la cosa o que ésta pueda salir de su patrimonio por virtud de la acción de sus acreedores lo que, en su caso, dificultaría enormemente la localización y ejecución del bien gravado y, por consiguiente, el cobro del

³² Así, entiende tanto la doctrina como nuestra jurisprudencia que el concepto de tercero al que hace referencia el art.15,1 de la LVPBM, cuando declara que "para que sean oponibles frente a terceros las reservas de dominio... será necesaria su inscripción en el RVPBM", se ha de interpretar en sentido amplio *ex* art.1.257 C.C, es decir, comprensivo tanto del tercero subadquirente como del tercero acreedor del comprador que persigue la cosa para hacerse pago con ella en relación a un crédito obrante en su patrimonio (Vid. OCAÑA RODRÍGUEZ,A, "La reserva de dominio. Naturaleza y efectos más importantes", La Ley de venta a plazos de bienes muebles, dir. Ubaldo Nieto Carol, Valladolid, 2000, pág.177-178; LOBATO GARCÍA-MIJÁN,M, "La reserva de dominio...", *op.cit*, pág.159-160; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,R, "Comentarios...", *op.cit*, pág.275-276; así como, SSTS de 4 de octubre de 1971 (R.4888); Sentencias de la Audiencia Territorial de Barcelona de 22 de marzo de 1971 y 5 de junio de 1972 (Vid. Comentario a estas Sentencias en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,R, "Comentarios...", *op.cit*, pág.398-399 y 400-402); por contra, las Sentencias de la Audiencia Territorial de Granada de 4 de noviembre de 1971 y 30 de septiembre de 1970 (Vid. Comentario a estas Sentencias en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,R, "Comentarios...", *op.cit*, pág.410-411 y 409-410) consideraban que el art.23 LVPBM de 1965 (vigente art.15,1) tan sólo hacía referencia a los terceros subadquirentes pero no a los terceros embargantes del bien vendido a plazos con reserva de dominio).

crédito garantizado.

Ahora bien, teniendo presente la garantía que, como hemos señalado, representa la reserva de dominio para el vendedor o para el financiador, cabría cuestionarse con qué instrumentos jurídicos cuentan estos sujetos para hacer valer la reserva de dominio de la que son titulares frente a los terceros acreedores del comprador que embarguen el bien vendido a plazos. En estas circunstancias, la peculiar naturaleza del derecho que ostentan el vendedor o, en su caso, el financiador, les faculta para ejercer a su elección, en función de lo que consideren más beneficioso para sus intereses, tanto una tercería de dominio como una tercería de mejor derecho³³, si bien, para esta última, no será necesario haber pactado la cláusula de reserva de dominio³⁴.

El art.16,5 de la LVPBM otorga al crédito garantizado con reserva de dominio el carácter de privilegiado frente a los terceros embargantes del bien vendido a plazos. En virtud de la remisión que el citado precepto hace a los arts. 1.922,2 y 1.926,1 del C.C, el titular de la reserva de dominio debidamente inscrita en el RVPBM gozará de igual preferencia que corresponde a los créditos prendarios y, por consiguiente, nada impedirá que, pese a que mantengamos una concepción clásica de la reserva de dominio, el vendedor o, en su caso el financiador, puedan interponer una tercería de mejor derecho -en vez de una tercería de dominio-, si lo que pretenden es cobrar los plazos adeudados ya vencidos³⁵. Sin embargo, si el crédito privilegiado no es un crédito vencido, líquido y exigible³⁶, la posición del vendedor o del financiador resultará mejor asegurada mediante el ejercicio de la tercería de dominio, pues su ejercicio permitirá la desafectación del bien, con el consiguiente levantamiento de la traba sobre los bienes embargados que pasarán a posesión del comprador y, de esta forma, continuarán garantizando el crédito del titular de la reserva de dominio hasta el pago de todos los plazos aún pendientes de satisfacción³⁷.

No obstante, para que el titular de la reserva de dominio pueda, con garantías de éxito, hacer uso, frente a los terceros acreedores del comprador que hubiesen embargo el bien vendido a plazos, de la correspondiente tercería de dominio o, en su caso, de la

³³ Admiten también esta posibilidad GESTO ALONSO,B, "La venta de bienes muebles...", op.cit, pág.34; LOBATO GARCÍA-MIJÁN,M, "La reserva de dominio...", op.cit, pág.69.

³⁴ Conforme al art.16,5 de la LVPBM para el ejercicio de la tercería de mejor derecho es suficiente con que el contrato de venta a plazos se haya formalizado en escritura pública o en póliza intervenida por Corredor de Comercio Colegiado, o bien en modelo oficial establecido al efecto e inscrito en el RVPBM.

³⁵ Pues la finalidad de la tercería de mejor derecho es la de determinar, comparando los créditos en litigio, cual de ellos tiene preferencia y, de esta forma, concretar si el crédito del tercerista es realizable con preferencia al del acreedor ejecutante (Vid, en tal sentido, las SSTs de 16 de enero de 1968 (R.402); 10 de enero de 1992 (R.183) y 30 de marzo de 1993 (R.2540)).

³⁶ Tal y como exige la STS de 21 de mayo de 1975 (R.2193) para que proceda el ejercicio de la tercería de mejor derecho.

³⁷ Así debe entenderse puesto que, como ha puesto de manifiesto tanto la doctrina como la jurisprudencia, la finalidad primordial de la tercería de dominio es la obtención de un pronunciamiento judicial por el que se declare que los bienes que son objeto de ejecución no pertenecen a la persona contra la que ésta se ha dirigido, sino a otra distinta, -en el presente caso, vendedor o financiador tercerista-, y su objeto específico es que se levante la traba y se excluyan los bienes del tercerista de la actividad ejecutiva (art.598 LEC). La tercería de dominio evita, pues, la ejecución del bien, al contrario de lo que sucede con la tercería de mejor derecho que no la evita sino que, ésta, continúa hasta la enajenación del bien; de modo que, de triunfar la tercería, sobre el resultado de la enajenación tendría preferencia el tercerista triunfante sobre el acreedor embargante (Vid. GESTO ALONSO,B, "La venta de bienes muebles...", op.cit, pág.35; LOBATO GARCÍA-MIJÁN,M, "La reserva de dominio...", op.cit, pág.66; y SSTs 10 de junio de 1991 (R.4438); 19 de mayo de 1989 (R.3778); 28 de octubre de 1998 (R.8350).

tercería de mejor derecho, se requiere que concurren una serie de requisitos. En primer lugar, para que la tercería de dominio prospere será preciso que, de conformidad con lo previsto en los arts.7,10 de la LVPBM, 4 de la ORVPBM y 512-12-3 PCM, se haya hecho constar en los respectivos contratos de compraventa la cláusula de reserva de dominio y que, además, ésta se hubiese inscrito en el RVPBM³⁸. En efecto, el vigente art.15,1 LVPBM, al igual que el art.512-12-3 del PCM, que la reserva de dominio se inscriba en el RVPBM, a fin de que cualquier tercero pueda asegurarse, mediante la consulta de un solo Registro, de que no pesa sobre el bien adquirido a plazos ningún gravamen que, por estar registrado, pudiera perjudicarlo pese a la protección que otorga el art.464 del C.C³⁹. De forma que, sin inscripción registral, la reserva de dominio no tendrá eficacia frente a terceros⁴⁰ y, por consiguiente, la tercería de dominio no podrá prosperar frente a los acreedores de comprador embargantes del bien vendido o financiado a plazos⁴¹.

Pero, además, para que prospere la tercería interpuesta por el vendedor o, en su caso, por el financiador, contra los acreedores embargantes del comprador, será necesario que la inscripción del contrato de venta a plazos con reserva de dominio se produzca con anterioridad al momento del embargo. En efecto, como ha mantenido reiteradamente la jurisprudencia⁴², una de las condiciones que ha de reunir el título presentado en el juicio de tercería, ya se trate de dominio o de mejor derecho, es la de que se funde en actos jurídicos que tuviesen realidad en el momento de practicarse el embargo por el acreedor del comprador, debiendo utilizarse contra éste un título legítimo de perfecta validez al tiempo de practicarse el embargo por ser en este momento cuando se produce la colisión de derechos, tras realizarse el acto contra el cual se reclama. De forma que, si bien es cierto que la protección que el art.464 C.C dispensa a los adquirentes de buena fe quiebra cuando existe un régimen de publicidad registral, también lo es que la virtualidad protectora propia de la inscripción registral no puede referirse o afectar más que a los actos posteriores a la fecha de práctica del asiento⁴³, pero no a los anteriores a la misma.

³⁸ Naturalmente, según cabe inferir de lo dispuesto en el art.16,5 de la LVPBM, para que prospere con éxito la tercería de mejor derecho no se requerirá que se hubiese acordado la correspondiente cláusula de reserva de dominio y mucho menos que ésta se hubiese inscrito en el RVPBM. Por contra, según cabe colegir del citado precepto tan sólo se requerirá que el contrato se hubiese otorgado en escritura pública o en póliza intervenida por Corredor de Comercio colegiado, o bien, que se hubiese formalizado en modelo oficial establecido al efecto e inscrito en el RVPBM.

³⁹ Vid. STS de 30 de octubre de 1973 (R.4057).

⁴⁰ Así se infiere igualmente de lo dispuesto en el art.28,2 de la ORVPBM al establecer que "los actos y contratos inscribibles no inscritos, no perjudicarán a terceros".

⁴¹ Así se deduce de la constante jurisprudencia de nuestros Tribunales, Vid, en este sentido, SSTS de 24 de noviembre de 1970(R.4888); 4 de octubre de 1971 (R.3724); 29 de enero de 1972 (R.251); 30 de octubre de 1973 (R.4057); 27 de diciembre de 1974 (R.4943); 19 de abril de 1975 (R.1723); 28 de marzo de 1978 (R.852); 30 de marzo de 1983 (R.1653); 15 de febrero de 1990 (R.687); 10 de mayo de 1990 (R.3699); 23 de octubre de 1991 (R.7235); 4 de octubre de 1993 (R.7456); y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 15 de diciembre de 1990 (RGD, 1992, pág.7737).

⁴² Vid. SSTS de 21 de febrero de 1966 (R.1532); 22 de junio de 1982 (R.3436); 4 de octubre de 1971 (R.3724); 27 de diciembre de 1974 (R:4943); 28 de marzo de 1978 (R.852); 22 de junio de 1982 (R.3436); 20 de junio de 1983 (R.3625); 26 de octubre de 1988 (R.7642); 15 de febrero de 1990 (R.687); 10 de mayo de 1990 (R.3699); 18 de diciembre de 1990 (R.10283); 26 de septiembre de 1991 (R.6069); 23 de abril de 1992 (R.3322); 3 de febrero de 1993 (R.800); 30 de septiembre de 1993 (R:6661); y 4 de octubre de 1993 (R.7456); e, igualmente, Vid. SSAP de Zaragoza de 19 de abril de 1995; de Castellón de 7 de julio de 1997 y de Toledo de 28 de enero de 1998.

⁴³ Debemos recordar que, de conformidad con lo dispuesto en el art.30 de la ORVPBM, la inscripciones producirán todos sus efectos desde la fecha del asiento de presentación en el Registro.

Por último, para que el vendedor o, en su caso, el financiador puedan hacer uso eficazmente de la tercería de dominio o de la de mejor derecho se precisa, según cabe inferir de lo dispuesto en los arts.22 y 23 de la ORVPBM⁴⁴, no sólo que el contrato de compraventa o financiación a plazos se encuentre inscrito con anterioridad a la fecha del embargo practicado por los acreedores del comprador, sino que, además, esa inscripción en el RVPBM se encuentre vigente cuando se practique el embargo⁴⁵ pese a que ya estuviese cancelada al momento de interponerse la tercería⁴⁶.

2.3.3. La eficacia de la reserva de dominio frente a los subadquirentes del comprador

Una de las cuestiones más problemáticas que plantea la venta de bienes muebles a plazos es la relativa a la protección del vendedor frente a los terceros subadquirentes de una cosa gravada con reserva de dominio cuando el precio aún no ha sido totalmente satisfecho por el comprador y, por consiguiente, la propiedad del bien sigue correspondiendo al titular de la reserva de dominio. En estos supuestos, según dispone el art.4,c) de la ORVPBM, el comprador "*carece de legitimación dispositiva y en consecuencia cualquier acto de enajenación o gravamen por él realizado será nulo de pleno Derecho*".

La consecuencia prevista en este precepto reglamentario, si bien debe considerarse lógica según el principio "*nemo dat quod non habet*", en cambio, parece excesiva sobre todo si tenemos en cuenta que el comprador podría limitarse a disponer del bien en los justos términos en los que es titular⁴⁷, de modo que, sólo enajenara su titularidad *in fieri* sometida a la condición suspensiva del pago de todos los plazos pendientes, de igual forma que los acreedores del titular de la reserva de dominio pueden embargar, no el bien objeto de la venta sino, el crédito que su deudor tenga contra el comprador; y que, además, la enajenación de sus derechos por parte del comprador no tendría que perjudicar los derechos del vendedor o, en su caso, del financiador, quienes, por virtud de la reserva de dominio de la que son titulares, continuarían disfrutando de la garantía que ésta representa (*ex art.16 LVPBM*) y podrían recuperar el bien revendido por el comprador a través de los mecanismos resolutorios previstos en los arts.10 LVPBM y 512-12-2 PCM en el supuesto de falta de pago del comprador-revendedor que, pese a la enajenación por él realizada, continuará estando obligado a satisfacer el pago de los plazos aún no satisfechos.

En nuestro Ordenamiento se consagra el principio de que respecto de las cosas muebles la posesión equivale al título, de forma que se sanciona y garantiza la posesión del adquirente de buena fe (*ex arts.464 C.C y 85 C. de C*). En consecuencia, no será oponible la reserva de dominio que grave los bienes muebles vendidos a plazos frente a los terceros subadquirentes del comprador que hubiesen adquirido el bien de buena fe y a título

⁴⁴ Según dispone el art.22 de la ORVPBM "las inscripciones o anotaciones se cancelarán... por solicitud del vendedor, financiador, arrendador o titular de la garantía con expresión de la causa que la motive, siempre que no se perjudiquen derechos de terceros... (y por) resolución judicial que así lo ordene". Por su parte, el art.23 establece que "igualmente si así fuera solicitado por el acreedor, podrá cancelarse la reserva de dominio y prohibición de disponer sobre determinados bienes incluidos en el contrato principal, dejando subsistentes tales derechos o garantías pactados a favor de acreedor sobre los restantes bienes".

⁴⁵ En este sentido, Vid. STS de 19 de abril de 1975 (R.1723).

⁴⁶ En este sentido, Vid. STS de 10 de mayo de 1990 (R.3699) y 18 de diciembre de 1990 (R.10283).

⁴⁷ En este sentido, Vid. RIVERA FERNÁNDEZ,M, "La posición del comprador...", *op.cit*, pág.112; BLASCO GASCÓ,F.P, "Las ventas a plazos...", *op.cit*, pág.88.

oneroso. Sin embargo, nuestro Derecho a fin de lograr la seguridad en el tráfico jurídico de bienes y evitar la posible confabulación entre el comprador y el subadquirente del bien en perjuicio del titular de la reserva de dominio ha resuelto regular estas situaciones disponiendo que la reserva de dominio inscrita en el RVPBM será oponible a cualquier tercero y que una vez inscrita nadie podrá invocar su ignorancia (arts.15 LVPBM, 28 ORVPBM, 34 LH, 9 RRM, 21 C. de C y 512-12-3 PCM). De esta forma, por virtud de los efectos positivos propios de la publicidad material del registro, si la reserva de dominio se inscribe⁴⁸ en el RVPBM su titular resultará protegido frente al tercero subadquirente, pues en este caso, éste carecerá de la buena fe requerida para su protección como poseedor del bien (*ex arts.464 C.C y 85 C. de C*), aunque de hecho desconociera la existencia de la reserva de dominio inscrita. Por consiguiente, el tercero subadquirente conoce -o ha de conocer- que adquiere un bien gravado con una reserva de dominio inscrita que hace depender la adquisición de la titularidad plena sobre el mismo del pago de todos los plazos pendientes por parte del primitivo comprador-revendedor. Entre tanto, su adquisición estará sometida a una clara inestabilidad, que puede llegar a culminar con la pérdida efectiva del bien en el supuesto de que el primer comprador no satisfaga los plazos pendientes de pago y el acreedor titular de la reserva de dominio resuelva (*ex arts.10 LVPBM y 512-12-2 PCM*) la relación jurídica y recupere la cosa. Esto es, en este supuesto, el tercero subadquirente no ve asegurada su posición como adquirente de la cosa, sino que, por el contrario, queda en la misma situación de incertidumbre que tenía el primer comprador⁴⁹.

Sin embargo, cuando la reserva de dominio no se haya inscrito en el RVPBM -o bien se haya inscrito pero con posterioridad a la adquisición del bien por parte del tercero subadquirente-, la adquisición del tercero subadquirente será oponible al titular que pretenda hacer valer la garantía que para él representa la reserva de dominio acordada en su favor. Así cabe inferir no sólo de la propia literalidad de los arts.15,1 LVPBM y 512-12-3 PCM que de forma categórica exigen que "*para que sean opinibles frente a terceros las reservas de dominio... será necesaria su inscripción en el RVPBM...*", sino, también, de la contundente aseveración del art.28 de la ORVPBM según el cual "*los actos y contratos inscribibles no inscritos no perjudicarán a tercero*". Por lo tanto, ante la falta de inscripción, el tercero subadquirente resultará protegido frente a la acción reivindicatoria del bien o resolutoria del contrato que pudiera ejercer el titular de la reserva de dominio, sin que frente a aquel tercero resulte oponible la reserva de dominio aunque se encuentre inserta en un contrato de fecha cierta o cuya fecha se pruebe como cierta⁵⁰ por los medios

⁴⁸ Por supuesto, como sostiene nuestro TS, la inscripción ha de ser anterior a la reventa efectuada por el comprador al tercero subadquirente. Así, según se afirma en la STS de 15 de febrero de 1990 (R.687) "si bien es verdad que la protección que el art.464 C.C dispensa a los adquirentes de buena fe de cosas muebles quiebra y no despliega su eficacia cuando existe un régimen de publicidad registral con relación a tales cosas, como ocurre con el RVPBM, también lo es que la virtualidad protectora propia de la inscripción registral no puede referirse o afectar más que a los actos posteriores a la fecha de práctica del asiento, pero no a los anteriores a la misma". En el mismo sentido, Vid. STS de 10 de mayo de 1990 (R.3699) y 18 de diciembre de 1990 (R.10283).

⁴⁹ Vid. BALDO DEL CASTAÑO,V, "Régimen jurídico...", op.cit, pág.231; RIVERA FERNÁNDEZ,M, "La posición del comprador...", op.cit, pág.113.

⁵⁰ En este sentido, Vid. BALDO DEL CASTAÑO,V, "Régimen jurídico...", op.cit, pág.230; OCAÑA RODRÍGUEZ,A, "La reserva de dominio...", op.cit, pág.174; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,R,

de prueba extrarregistrales previstos en el art.1.227 del C.C⁵¹. Ahora bien, la protección que otorga al tercero poseedor el art.464 C.C ante la falta de inscripción sólo alcanzará al tercero subadquirente que sea de buena fe, de modo que, si, pese a la falta de inscripción de la reserva de dominio en el RVPBM, se prueba que el tercero subadquirente tuvo conocimiento de la existencia de esta garantía, no será protegido frente al vendedor o, en su caso, financiador titular de la reserva de dominio porque, en tal hipótesis, carecerá de la buena fe requerida por el art.464 del C.C para que su posesión resulte jurídicamente tutelable⁵².

"Comentarios...", op.cit, pág.277-278.

⁵¹ Dispone el art.1.227 del C.C que "la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio".

⁵² En este sentido, Vid. BALDO DEL CASTAÑO,V, "Régimen jurídico...", op.cit, pág.230-231; OCAÑA RODRÍGUEZ,A, "La reserva de dominio...", op.cit, pág.173.

Sin embargo, para BERCOVITZ, mientras no se produzca la inscripción no existirá reserva de dominio como derecho real de garantía, sino como simple pacto obligacional vinculante *inter partes*. De este modo, entiende este autor, que la publicidad del RVPBM viene a derogar, en parte, al art.464 C.C (Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,R, "Comentarios...", op.cit, pág.276-278).

EL SEGURO DE CAUCIÓN INDIRECTA

PEDRO PORTELLANO DÍEZ*

Resumen

El presente trabajo aborda una cuestión relativa al seguro de caución sobre el que la doctrina o guarda silencio o parece encallar. Se trata de la referencia que hace la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados a la “caución indirecta”, a la que, sin embargo, no alude la Ley de Contrato de Seguro. Su significado y trascendencia práctica han venido permaneciendo ocultos. Este estudio pone al descubierto cómo al amparo de aquella figura es posible canalizar determinadas operaciones internacionales de seguro, que se sustentan sobre un complejo entramado contractual. Pero la caución indirecta también permite suministrar cobijo normativo a una posible estrategia cooperativa entre los dos rivales tradicionales del mercado de las garantías: los bancos y las aseguradoras de caución. Algunas de las cuestiones que parecían pacíficas en la tradicional visión del art. 68 LCS se reavivan y adquieren nueva luz al hilo del análisis de la caución indirecta.

Contenido

1. Crisis económica y revitalización del seguro de caución. – 2. La misteriosa figura de la caución indirecta: origen legal e intentos doctrinales de descifrado. – 2.1. Génesis. Caución directa *versus* caución indirecta. – 2.2. Del silencio doctrinal a ciertos ensayos hermenéuticos. – 3. La alargada sombra de la terminología alemana en materia de garantías. – 4. Variantes de la caución indirecta. – 4.1. Caución indirecta “de primera generación”. – 4.2. Caución indirecta “de segunda generación”.

1. CRISIS ECONÓMICA Y REVITALIZACIÓN DEL SEGURO DE CAUCIÓN

La crisis económica ha actuado al menos como coadyuvante de numerosas reformas legislativas que han venido teniendo lugar en los últimos años. Las turbulencias económicas no solo han generado una intensa actividad legislativa de las Cortes Generales (en forma de leyes) y del Gobierno (a través de reales decretos–leyes). También han llegado al estudio más sosegado de las instituciones mercantiles. En unos casos se ha inducido y, en otros, acelerado su replanteamiento. Quizás los exponentes más destacados sean el Derecho Concursal y el Derecho de Sociedades. En ambos casos

* Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER 2011-25237 (Derecho Mercantil y análisis del Derecho VI), dirigido por el Prof. C. Paz-Ares, y financiado por el Ministerio de Educación y Cultura. El autor agradece a Álvaro López-Jorrín y Guillermo Muñoz Alonso sus comentarios y observaciones.

las reflexiones más pausadas, además, han desembocado o se han visto acompañadas de modificaciones legales de hondo calado. Pero naturalmente los nuevos vientos no se han frenado en esos dos campos. Como llevaría demasiado lejos el análisis de todos los sectores que se han visto afectados, convendrá recalcar en uno de ellos, el Derecho de Seguros¹.

Para tomar conciencia de la profunda afectación de las nuevas circunstancias al Derecho de Seguros bastaría con adentrarnos en las Directivas conocidas como “Solvencia II” y en “Omnibus II”². Desde luego, esas normas comunitarias están llamadas a modificar, sustancialmente en algunos aspectos, la actividad aseguradora. Pero su relevancia, aun siendo acentuada, se centra fundamentalmente en los aspectos regulatorios³. Sin embargo, el objetivo de este trabajo es más modesto. Aunque guarda una estrecha relación con la vertiente regulatoria del seguro (tanto comunitaria como nacional), está dirigido a la otra faceta del seguro, la contractual, y dentro de ésta la relativa a un determinado seguro. En concreto, los nuevos aires que todo lo rodean nos conducen a revisitar –aun en ausencia de modificación legislativa– un ramo de seguro ciertamente peculiar y que viene experimentando en los últimos años un notable auge. Nos referimos al seguro de caución. A él la Ley del Contrato de Seguro le dedica un solitario precepto: el art. 68. De acuerdo con este artículo, el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones (legales o contractuales) a indemnizar al asegurado los daños sufridos dentro de los límites establecidos por la ley o por el contrato. Y finaliza señalando que todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador.

No puede decirse que en la praxis española tradicionalmente el seguro de caución fuera poco conocido. Aunque en teoría su utilidad es prácticamente ilimitada, de hecho su desenvolvimiento ha venido estando muy ligado a incumplimientos muy

¹ A esta elección ha contribuido el hecho de que el Prof. R. Illescas Ortiz, al que muy modestamente homenajeamos con esta pequeña contribución, sea –entre otras muchas cosas– un destacado y reconocido especialista en Derecho de Seguros.

² “Solvencia II” alude a la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio. Por su parte, “Omnibus II” es la Directiva 2014/51 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014 por la que se modifican las Directivas 2003/71/CE y 2009/138/CE y los Reglamentos 1060/2009, 1094/2010 y 1095/2010 en lo que respecta a los poderes de la Autoridad Europea de Supervisión –Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación– y de la Autoridad Europea de Supervisión –Autoridad Europea de Valores y Mercados.

³ Un proceso muy similar acaban de vivir las entidades de crédito. Este paralelismo no es fruto del azar. Entidades aseguradoras y entidades de créditos son piezas centrales del sistema financiero, muy socavado por la crisis. Con relación a las entidades de crédito, v. el Real Decreto–Ley 14/2013 y la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito, por cuya virtud se ha ido recogiendo en la legislación interna lo dispuesto por la normativa comunitaria. Nos referimos básicamente el Reglamento 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión; y a la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión.

concretos⁴. Su hábitat natural ha sido determinados sectores de actividad (la construcción) o para cubrir los derechos de unos acreedores muy especiales (las Administraciones Públicas)⁵. También en otros sectores o frente a otros sujetos se hacía uso del seguro de caución. Pero su arraigo no era particularmente vigoroso. O al menos no lo era tanto como su competidor: las garantías bancarias. En efecto, a la hora de garantizar el cumplimiento de una obligación contractual, el gran rival de las aseguradoras de caución siempre han sido las entidades de crédito, particularmente desde que la garantía bancaria más demandada fuera la denominada “a primer requerimiento” o “a primera demanda”⁶. Desde una perspectiva funcional, garantías bancarias y seguro de caución cumplen la misma misión: la cobertura del interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación del deudor. Pero, desde luego en el caso nacional, a favor de la garantía bancaria a primer requerimiento jugaba, por un lado, que –precisamente– era bancaria (dato muy importante para una sociedad tan “bancarizada” como lo ha sido tradicionalmente la española); y, por otro lado, que lo era “a primer requerimiento”. No podemos detenernos ahora en las características de la garantía a primer requerimiento⁷. Baste ahora señalar que su autonomía respecto al contrato subyacente genera mucha mayor confianza en el beneficiario de la garantía que un tradicional seguro de caución en el que la aseguradora podía negar el pago si el asegurado no acreditaba el incumplimiento o el tomador alegaba que no se había producido tal circunstancia. Todo ello en un marco de recelo generalizado hacia la institución del seguro. No hace falta invocar fuente alguna para decir que –fundada o infundadamente– en nuestro país durante muchas décadas a las pólizas de seguros se les ha venido achacando gran oscuridad; y, a las aseguradoras, una sistemática renuencia a la hora hacer efectivo el pago de indemnizaciones.

La rotundidad con la que los bancos venían imponiéndose a las aseguradoras en el mercado del crédito se está últimamente suavizando. Varias circunstancias lo explican. Algunas ya arrancaron antes de la crisis (la caución a primer requerimiento), aunque con motivo de la actual coyuntura económica se ha incrementado la tendencia

⁴ EMBID, J.M., “Problemas actuales del seguro de caución”, VV.AA, *Las tendencias actuales de los contratos de garantía*, ANGULO, L.-CAMACHO DE LOS RÍOS, J.-HOYOS, C. (dir.), Atelier, Barcelona, 2005, p. 51.

⁵ En todos esos casos, sea por la naturaleza de los posibles incumplimientos o por el acreedor asegurado, la ley prevé expresamente la posibilidad de seguro de caución. Desde esta perspectiva, por lo que se refiere a la edificación, v. art. 19 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, (aunque v. también Ley 57/1968, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y la Orden, del Ministerio de Hacienda, de 29 de noviembre de 1968 sobre seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para su construcción); y con relación a la Administración Pública como asegurado, v. arts. 96 y 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁶ Con acierto así lo señaló en su momento SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primer demanda*, Centro de documentación bancaria y bursátil, Madrid, 1995, pp. 130 y 131.

⁷ Del tema nos hemos ocupado recientemente en nuestro trabajo “First demand guarantees under Spanish law”, en VV.AA., *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, GRAF VON WESTPHALEN, F./ZÖCHLING-JUD, B. (eds.), 4ª ed., Fachmedien Recht und Wirtschaft-dvf Mediengruppe, Frankfurt, 2014, p. 739 y ss.

del mercado hacia ese tipo de producto (v. *infra* A). Otras, como es el estrangulamiento del mercado del crédito, son propias de los actuales momentos (v. *infra* B). Veámoslas.

A) El primer hito que permitió a las aseguradoras de caución ganar terreno frente a las entidades de crédito fue la generalización (aun cuando el asegurado no fuera una Administración Pública) del seguro de caución “a primer requerimiento”⁸. Su esencia, al igual que en las garantías bancarias homónimas, consiste en hacer inoponible frente al acreedor (es decir, frente al asegurado) las excepciones que pudieran surgir tanto de la relación subyacente (la existente entre, típicamente, el deudor/tomador y el acreedor/asegurado) como de la relación entre el deudor/tomador y la aseguradora⁹. Tanta es la expansión del seguro de caución a primer requerimiento, que hoy en día, salvo que el acreedor/asegurado sea muy poco sofisticado o muy tolerante, no se conformará con un seguro de caución tradicional¹⁰.

⁸ Sobre la plena licitud del seguro de caución “a primer requerimiento”, v., entre otras, las STS 16 febrero 1983 (RJ 1983, 10379), y 13 diciembre 2000 (RJ 2000, 10438).

⁹ Por citar un estudio reciente sobre el seguro de caución a primer requerimiento, v. BUSTILLO, M.M., *Sobre la atipicidad de las garantías a primera demanda y del seguro de caución*, Comares, Granada, 2014, p. 263 y ss.

¹⁰ El Anteproyecto de Código Mercantil, en su art. 582–39, regula el seguro de caución; y al hacerlo, reproduce la actual dicción del art. 68 LCS. Pero añade una novedad (v. TAPIA, A.J., “Los contratos de seguro y de mediación de seguros en la «propuesta de Código Mercantil»”, *RDM*, 292, 2014, p. 41), que se arrastra desde el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de junio de 2010 (v. CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario al art. 63 del Anteproyecto”, *RES*, 143-144, 2010, pp. 803 y 804). En efecto, el apartado 2 del proyectado art. 582–39 establece: “Será necesaria la autorización expresa del asegurado para resolver el contrato de seguro de caución por causas distintas al mero transcurso del plazo de duración establecido”. Se ha dicho, en tono elogioso, que la finalidad del nuevo inciso es proteger al asegurado, sobre todo, frente al riesgo de que como consecuencia del impago de la prima por parte del tomador, el asegurador no indemnice al asegurado porque haya resuelto el contrato de seguro (art. 15 LCS; art. 581-14 del Anteproyecto) (así CAMACHO DE LOS RÍOS, *ult.op.loc.cit.*, que ya antes había propiciado esa solución en su obra *El seguro de Caución. Estudio crítico*, Mapfre, 1994, pp. 106 y 107; BUSTILLO, *Atipicidad...*, *op. cit.*, pp. 294 y 295). A nuestro juicio, la regulación proyectada presenta problemas de entidad. (i) En primer lugar, si la preocupación del pre-legislador es el impago de la prima, existen en el panorama comparado soluciones más equilibradas. Este es el caso de la regulación portuguesa. De acuerdo con ella, salvo que se trate de una caución “a primer requerimiento” (cláusula de inoponibilidad en la terminología lusa), antes de resolver el contrato de seguro, el asegurador deberá informar del impago de la prima al asegurado para que éste pueda pagar y así evitar la resolución (art. 164 del *Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril, de Regime Jurídico do Contrato de Seguro*). (ii) En segundo lugar, resulta llamativo que en caución se vaya más allá del ramo de seguro en el que el perjudicado tiene la máxima protección: el seguro de responsabilidad civil. En éste, si el tomador no paga la prima y el contrato ha quedado resuelto, el perjudicado no podrá dirigirse contra la aseguradora. (iii) En tercer lugar, aun cuando admitiésemos como tolerables las dos objeciones anteriores, la imposibilidad de resolver el contrato es extraordinariamente onerosa para las aseguradoras cuando el seguro de caución incluye “covenants financieros”. Nos explicamos. En efecto, el estándar de mercado en seguros de caución es que cuando la eficacia frente al asegurado del seguro de caución es superior a un año, la prima se periodifica anualmente (la explicación de este comportamiento responde a la lógica de la competencia: los bancos no cobran de una sola vez la comisión por emisión de garantías; y, por tanto, las aseguradoras de caución, de facto, tampoco pueden cobrar la prima de una sola vez; y, en consecuencia, si las aseguradoras cobraran la prima de una sola vez estarían en desventaja competitiva). Ello implica que las aseguradoras asuman el riesgo de que, pagada la primera anualidad, el tomador no pague alguna de las sucesivas. Pero lo relevante para la aseguradora no es tanto el pago de la prima –que, por supuesto, es su precio– como la posibilidad de ejercitar la acción de reembolso una vez pagado al asegurado; y esa acción

B) El segundo hecho que ha atenuado la total preponderancia de las entidades de crédito se explica por la crisis. Esta ha traído un severo estrangulamiento del mercado de crédito en el más amplio sentido del término. En la práctica empresarial, la emisión de garantías por parte de los bancos se incardina a menudo en contratos de apertura de crédito. La petición de una garantía, y correspondiente emisión, supone pues consumo de la cantidad disponible por parte del acreditado. En un entorno en el que el número de empresas en dificultades financieras ha aumentado sustancialmente, la consecuencia natural es que en muchos casos las líneas de crédito estén totalmente dispuestas. En estas situaciones, el recurso al seguro de caución se muestra como una sólida alternativa, pues evidentemente “no consume” crédito a efectos del correspondiente contrato bancario.

Y cuando la suma disponible no se ha agotado, en ocasiones se prefiere no hacerlo en previsión de futuras necesidades de financiación a cargo de la línea de crédito bancario¹¹. Pero incluso siendo la suma disponible aún grande o no habiendo

no se perjudica por el impago de la prima; esta se puede agregar a la cantidad exigida en concepto de reembolso (así, por ejemplo, parece que sucedió en el caso que dio lugar a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 18 febrero 2013, de la que da cuenta MUÑOZ PAREDES, M.L., “Seguro de caución y concurso del tomador”, *Anuario de Derecho Concursal*, 30, 2013, p. 307 y ss.). Las aseguradoras de caución incluso asumen el riesgo de que el tomador incumpla sus compromisos de anticipación de la acción de reembolso en cuanto el asegurado reclame el pago, es decir, lo que se conoce en el lenguaje del sector como “*cash cover*”. Y en esos dos casos sin perjuicio de las acciones contractuales que correspondan a la aseguradora frente al tomador por sus incumplimientos. Donde verdaderamente la aseguradora corre un importantísimo riesgo financiero es cuando se dispara la probabilidad de que resulte infructuoso el ejercicio (incluso judicial) de la acción de reembolso contra el tomador. Pues bien, para (legítimamente) protegerse de ese riesgo las aseguradoras introducen los “*covenants* financieros”. Dicho término hace referencia a los coeficientes o magnitudes relativas al estado patrimonial del tomador (*vgr.*, el *ratio* de endeudamiento sobre fondos propios, o sobre beneficio operativo o EBITDA, etc.) utilizados por las aseguradoras para asegurarse de que los tomadores operarán de manera financieramente prudente para asegurar el, en su caso, reembolso a la aseguradora. Al tiempo, permiten a las aseguradoras vigilar el riesgo asumido frente al tomador y su posible insolvencia, anticipando la misma y otorgando la posibilidad de reaccionar mediante mecanismos que sean coherentes con las posibles acciones de reintegración de la Ley Concursal. Cuando se introducen “*covenants* financieros” en una póliza es porque para la aseguradora es condicionante esencial de la suscripción del seguro. Sin ellos, no lo habría hecho (o lo habría hecho pero con una prima mucho más elevada). Por tanto, cortar de raíz la posibilidad de las aseguradoras de resolver el contrato en caso de incumplimiento de dichos “*covenants*” no resulta acertado. (iv) La modificación que introduce el Anteproyecto de Código Mercantil no solo es poco feliz. Además es innecesaria. Lo es porque en el seguro de caución el mercado funciona. Dada la pujanza de los seguros de caución a primer requerimiento y la general sofisticación de los acreedores que aceptan seguros de caución en lugar de una garantía bancaria a primer requerimiento, los acreedores, cuando lo estimen oportuno, sabrán bien cómo protegerse. Si existen sectores de la contratación donde por sus características (construcción, Administraciones Públicas) se estima que el mercado presenta disfuncionalidades o se precisa un plus de protección que exigen la intervención coactiva del Legislador, establézcase para dichos sectores la regla de la imposibilidad de resolver el contrato de seguro por causas distintas al mero transcurso del plazo de duración (de hecho así sucede: *v. supra* nota núm. 5). Pero no se convierta lo que debe ser una excepción, ya no en la regla general sino en la regla en todo caso.

¹¹ Además el seguro de caución reporta una ventaja adicional ya no frente al banco con el cual se tiene la línea de crédito, sino frente a otras entidades crediticias. No figura como riesgo en la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE), ya que las aseguradoras no tienen la

previsión de necesidades de financiación, un seguro de caución a primer requerimiento puede dar mayor confort a un acreedor que una garantía bancaria a primer requerimiento. Todo dependerá del emisor. Cuando la reputación (en términos de buen pagador) de la entidad de crédito o su *rating* son bajos, el acreedor sofisticado tiende a preferir un seguro de caución a primer requerimiento si la reputación o el *rating* de la aseguradora son superiores. Tampoco parece indispensable abundar en los motivos por los cuales el *rating* de muchas entidades de crédito nacionales ha disminuido (por contraposición al mantenimiento del de muchas aseguradoras, particularmente, cuando esas hallan insertas en grupos multinacionales)¹².

Pero al margen de las circunstancias ya descritas, las aseguradoras de caución – según intentaremos mostrar– aún tienen margen para mejorar su posición; o, al menos, disponen de instrumentos técnico-jurídicos para lograrlo. Pero –y esto es lo que ahora queremos subrayar– esa mejora no se haría a costa de la posición de los bancos. Sería fruto de una estrategia cooperativa entre ambos tipos de entidades financieras. El vehículo de la cooperación se encontraría en una cierta variante de la modalidad del seguro de caución denominada “caución indirecta”. Pero para llegar ahí, el primer paso de nuestra investigación ha de dirigirse a identificar qué es “caución indirecta” (por contraposición a “caución directa”). Daremos cuenta de su origen legal y de los intentos de la doctrina por atribuir a cada una de esas categorías un significado (v. *infra* 2); aunque, a la postre, desentrañaremos el significado de la “caución indirecta” gracias a la terminología empleada por la doctrina germana en cierto ámbito (v. *infra* 3). Por último, nos ocuparemos de las diversas variantes de “caución indirecta”, dejando para el final aquella que permite articular aquella estrategia cooperativa a la que aludíamos (v. *infra* 4).

2. LA MISTERIOSA FIGURA DE LA CAUCIÓN INDIRECTA: ORIGEN LEGAL E INTENTOS DOCTRINALES DE DESCIFRADO

No son pocos los trabajos que nuestra doctrina ha dedicado al seguro de caución y, en correspondencia, múltiples las cuestiones analizadas¹³. Pero, salvo muy contadas excepciones, se ha soslayado sistemáticamente el desciframiento del significado de la “caución indirecta” o, si se prefiere, la diferencia entre “caución directa” y “caución

consideración de entidades declarantes (v. arts. 59 y 60 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero; art. 1 de la Norma primera de la Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, sobre la Central de Información de Riesgos).

¹² En general, sobre la trascendencia de los *ratings* en los mercados financieros, v. TAPIA HERMIDA, A.J., *Las Agencias de Calificación Crediticia. Agencias de Rating*, Aranzadi, 2010, pp. 27-37; y, respecto a las entidades de seguro, v. nuestro trabajo *El reaseguro: nuevos pactos*, Thomsom, Cizur Menor, 2007, pp. 54 y 55.

¹³ Por no cansar al lector con una extenuante enumeración de monografías, artículos y comentarios de sentencias relativas al seguro de caución, le remitimos a la recopilación bibliográfica recogida por TIRADO, F.J., “Comentario al art. 68”, en VV.AA., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 59/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 1461-1463.

indirecta”. Ninguno de esos dos términos aparece en el –ya indicado– único precepto que la LCS dedica al seguro de caución (art. 68). Donde comenzaron a emplearse, y aún hoy sigue haciéndose, es en las normas que se ocupaban –y ocupan– no de los aspectos contractuales del seguro, sino de los regulatorios. Por eso advertíamos que el objeto de este trabajo aun recayendo sobre una cuestión contractual, guardaba estrecha relación con la vertiente regulatoria del seguro.

2.1. Génesis. Caución directa *versus* caución indirecta

La primera vez que en el Derecho español se hizo uso de los términos “caución directa” y “caución indirecta” fue en la Orden de 29 de julio de 1982 por la que se clasificaban los ramos de seguros. Su art. 2 señalaba que, entre los ramos de seguros distintos al de vida, se encontraba –según indicaba el epígrafe 15– el seguro de caución, y se añadía “*Comprende las siguientes modalidades: a) Caución directa. b) Caución indirecta*”. Desde entonces dicha distinción se han venido manteniendo de manera ininterrumpida en todas las normas que han establecido los distintos ramos del seguro distinto del de vida: Orden de 7 de septiembre de 1987 por la que se desarrollaban determinados preceptos del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado; Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1995; y, finalmente, el Real Decreto Legislativo 6/2004, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados¹⁴.

El problema de interpretación del alcance de esa distinción entre caución directa e indirecta radica en que no tiene reflejo en el art. 68 LCS. Este precepto solo suministra una definición del seguro de caución. Los pocos autores que se han ocupado de la cuestión han intentado explorar en los antecedentes legislativos y en la legislación comparada para asignar un contorno preciso a cada una de esas modalidades de seguro de caución. Sin embargo, los resultados, según se nos dice, no han sido nada gratificantes.

En efecto, a pesar de que el seguro de caución es una figura aseguratoria antigua, ni las fuentes legales ni doctrinales históricas recogen aquella distinción. En el plano del Derecho positivo, aparece por primera vez, y en este punto hay consenso, en la Directiva 73/239/CEE, relativa a las condiciones de acceso al estatuto de empresa aseguradora en los ramos no-vida. Pero esa norma comunitaria se limitaba a establecer que, como ramo independiente, el seguro de caución tenía dos modalidades: la caución directa y la indirecta. Sus “considerandos” no arrojaban luz alguna.

En las correspondientes normas de ordenación del seguro de los Estados miembros de la entonces Comunidad Económica Europea se recogió dicha distinción, pero nunca se traspasó a la regulación contractual del seguro de caución o, si se hizo,

¹⁴ Igualmente aquella distinción se mantiene en el actual Borrador del Anteproyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradora. Ese borrador lo hemos consultado en la web de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones; accesible en <http://www.dgsfp.mineco.es/direcciongeneral/JuntaConsultiva/Documentos/JCOrden06052014/ALOSSEAR%20%2028%2004%202014%20para%20JCSFP.pdf>.

nunca se le asignó contenido¹⁵. Y en España sucedió exactamente lo mismo. La citada Orden de 29 de julio de 1982 fue dictada en pleno proceso de negociación para la adhesión a la CEE. Como en tantos otros ámbitos, también en lo concerniente a los distintos ramos de seguro el legislador nacional ya iba haciendo converger la normativa interna con la comunitaria en la previsión de una pronta incorporación a la CEE. Así se desprende claramente de las palabras previas que preceden al articulado de dicha Orden¹⁶. La aprobación de esa Orden y su mención a las dos modalidades de caución (directa e indirecta) no fue seguida, sin embargo, de la modificación de la LCS, que había entrado en vigor tan solo quince meses antes.

2.2. Del silencio doctrinal a ciertos ensayos hermenéuticos

Si a la falta de explicación en la Directiva 73/239/CEE sobre el sentido de la diferencia entre las dos modalidades de seguro de caución, se añade que esa Directiva no supuso una modificación de la normativa contractual del seguro de caución, la consecuencia era previsible: un clamoroso silencio en el panorama doctrinal comparado en torno a la figura de la caución indirecta¹⁷.

Y otro tanto cabe decir de los autores españoles que se han ocupado del seguro de caución. Solo unos pocos han ensayado una interpretación sobre el sentido de la diferencia entre caución directa e indirecta. De acuerdo con cierta exégesis –si nosotros alcanzamos bien a entenderla–, la caución directa sería aquella descrita en el art. 68 LCS. Como caución indirecta encontrarían cobijo aquellos seguros, que aun cuando funcionalmente concedan garantía, no encajarían en el esquema del art. 68 LCS. El amparo normativo de esta lectura –se dice– se encontraría en la LOSSP, cuyo actual art. 4 prohíbe a las aseguradoras (so pena de nulidad de pleno derecho), “*el ejercicio de cualquier otra actividad comercial y la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora*”. Por tanto, se dice, *a contrario* es posible la prestación de “otros tipos de garantías” (instrumentalizadas a través de un seguro) distintas del seguro

¹⁵ Portugal es el caso paradigmático de inclusión de las referencias a la caución directa e indirecta en una regulación contractual pero sin dotarles de sustancia o contorno. Nos referimos, en concreto, al *Decreto-Ley* n.º 183/88 relativo a los seguros de crédito y caución. No obstante, como veremos a su debido tiempo, doctrina y jurisprudencia lusas han realizado una encomiable labor (v. *infra* 4.2).

¹⁶ “*Con objeto de facilitar el otorgamiento de la autorización administrativa para el ejercicio de la actividad aseguradora, es conveniente concretar la clasificación de los ramos de seguros a los efectos de dicha autorización; para ello, tanto la Comunidad Económica Europea como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, han aprobado sus respectivas clasificaciones de ramos, entre las que existen pequeñas diferencias y que deben ser tenidas en cuenta en nuestro país, acomodándonos a su terminología*”.

¹⁷ Basta una ojeada a dos clásicos en materia de seguros, en dos países donde el seguro de caución se utiliza intensamente (Reino Unido y Alemania) para darse cuenta del silencio sobre la materia: COLINVAUX, R., *Law of insurance*, 8ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2006; PRÖLSS, J.-MARTIN, A., *Versicherungsvertragsgesetz*, 27ª ed., Beck, München, 2004. Como ya se ha advertido, resultan excepcionales –y no demasiado remotas en el tiempo– las voces de quienes han prestado atención a la caución indirecta. A ellas haremos alusión en su debido momento (v. *infra* 4.2).

de caución del art. 68 LCS y del seguro de crédito del art. 69 LCS. En otras palabras, se concluye, seguro de caución indirecta equivaldría a seguro de caución “atípico”¹⁸.

En esa misma línea, se sitúan los que postulan que debería considerarse caución indirecta aquellos seguros en los que, otorgándose funcionalmente garantía por un incumplimiento, el seguro de caución no es por cuenta ajena sino por cuenta propia. Y esta visión se vería soportada por el carácter esencialmente de gran riesgo del seguro de caución (art. 44.2 LCS en rel. arts. 2 y 107 LCS)¹⁹.

Estos posicionamientos vienen a allanar, en cierto modo, el camino hacia la comprensión del seguro de caución indirecta. Pero una cierta labilidad y la fundamentación jurídica esgrimida les resta –a nuestro juicio– fuerza heurística²⁰. Por lo que atañe a lo primero, no se acaba de concretar –o al menos ejemplificar– los supuestos típicos de caución indirecta. En lo concerniente a lo segundo (fundamentación jurídica), ni el art. 4 LOSEP ni el bloque formado por los arts. 44.2, 2 y 107 LCS permiten desentrañar la significación que haya de atribuirse a la modalidades de caución directa y caución indirecta. Todas esas normas puedan ayudar a dar cuenta de la licitud de lo que se entienda por caución indirecta. Pero no desvelan su esencia ni sus rasgos característicos.

En efecto, por lo que atañe al art. 4 LOSEP, adviértase que su finalidad no es otra que la de impedir que las entidades aseguradoras actúen como garantes si la función de garantía no deriva de un contrato de seguro. En otras palabras, en la medida en que esa función se derive de un contrato de seguro, estaremos ante una actuación “*propia de la actividad aseguradora*”. En caso contrario, la actuación estará prohibida y lo realizado será nulo de pleno derecho. Se guarda así coherencia con una cuestión capital en el mundo del seguro. Una aseguradora debe dedicarse con carácter exclusivo a la práctica de operaciones de seguro o de actividades con ella relacionadas o auxiliares (además de a la inversión de su patrimonio)²¹. Por tanto, poco o nada nos dice el art. 4 LOSEP sobre qué deba entenderse por seguro de caución indirecta²².

¹⁸ Así BARRES, M.P., *Régimen jurídico del Seguro de Caución*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996, pp. 123 y 219. A esta opinión se sumó EMBID (“Problemas actuales...”, *op. cit.*, p. 51); y a partir de ahí VEIGA, A.B. (*Tratado del contrato de seguro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009; p. 759; y del mismo, “Contrato de seguro”, en VV.AA, *Tratado de Contratos*, BERCOVITZ, R. (dir.), V, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 6869); y, parece, recientemente BUSTILLO, *Atipicidad...*, *op. cit.*, p. 266, cuando señala: “...en el supuesto de caución directa contemplado por la ley...”.

¹⁹ Al parecer en la misma línea, TIRADO, “Comentario”, *op. cit.*, p. 1474.

²⁰ Así BATALLER, J. (“El seguro de caución en España”, *RDM*, 224, 1997, pp. 879 y 880), sin finalmente asignar una significación precisa a la caución indirecta, ha insistido en la importancia de no hacer una interpretación a contrario desmesurada de ese precepto, por un lado; y, por el otro, ha considerado no aceptable de *lege lata* (si acaso de *lege ferenda*) la posibilidad de que el seguro de caución sea por cuenta propia.

²¹ La doctrina ha defendido que es lícita la prestación de garantías en tanto se integre como acto complementario a la actividad aseguradora (v. MARIMÓN, R./ BATALLER, J., “Las sociedades anónimas de seguros y la facultad de avalar a sus administradores”, *RDBB*, 68, 1997, p. 1375). Sin embargo, el Tribunal Supremo se muestra extraordinariamente estricto. Y así la Sentencia 19 noviembre 2008 (RJ 2009, 392) declaró nula la garantía (consistente en la pignoración de una cuenta bancaria a plazo fijo) otorgada por una aseguradora en garantía de un préstamo que un banco había otorgado a una agencia de seguros. El Alto Tribunal señaló: “no parece dudoso que por “avales o garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora” deban entenderse todos aquellos avales o garantías que no sean

Y lo mismo ocurre con el bloque integrado por los arts. 44.2, 2 y 107 LCS. Tampoco el carácter esencialmente de gran riesgo del seguro de caución permite explicar adecuadamente el sentido de la caución indirecta. Es lógico. Baste con tener en cuenta que la aparición en el Derecho comunitario del concepto “gran riesgo” (y sus implicaciones) procede de la Directiva 88/357/CEE, quince años posterior en el tiempo a la Directiva 73/239/CEE, que es la que introdujo los términos “caución directa” y “caución indirecta”. Así pues, la sucesión cronológica entre aquellas dos Directivas y su distancia temporal nos alerta de que no encontraremos en el concepto “gran riesgo” respuesta al interrogante de qué ha de entenderse por “caución indirecta”. Donde la hallaremos en realidad será en los antecedentes para-legislativos de la Directiva 73/239/CEE. Lo comprobamos a continuación.

3. LA ALARGADA SOMBRA DE LA TERMINOLOGÍA ALEMANA EN MATERIA DE GARANTÍAS

Como hemos indicado, la primera vez que se alude en los textos normativos a dos modalidades de seguro de caución (la directa y la indirecta) fue en la Directiva 73/239/CEE. Pero la razón de ser de esa referencia se encuentra realmente en un Informe publicado dos años antes, en 1971 (aunque al parecer fue finalizado en 1969), y quizás por su limitada difusión ha pasado prácticamente inadvertido²³. En efecto, en esa fecha el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* de Hamburgo elaboró, a instancias de la Comisión de la entonces Comunidades Europeas, un estudio sobre el seguro de caución en los –por aquellos momentos– seis Estados integrantes (Alemania, Francia, Italia, Holanda, Bélgica y Luxemburgo). El Informe llevaba por título *The suretyship in the law of the Member States of the European Communities*²⁴.

los que la entidad tiene que prestar como tal compañía de seguros, según no deja de advertir el propio tribunal sentenciador cuando se refiere al seguro de caución y al de defensa jurídica [...] Se trata, en suma, de una prohibición rigurosa que tiene por finalidad que las compañías de seguros, sometidas a un severo control público en beneficio primordialmente de los asegurados y del sector asegurador contemplado en su conjunto, no comprometan sus recursos en ninguna actividad que no sea la propiamente aseguradora”. Sin embargo, la sentencia de apelación de la que la de casación trae causa (la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 noviembre 2002; JUR 2003, 192109) consideró lícita la garantía.

²² El art. 4 del actual Borrador del Anteproyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradora mantiene, en los mismos términos empleado por el actual art. 4 LOSSP, la prohibición de prestación de garantías

http://www.dgsfp.mineco.es/direcciongeneral/JuntaConsultiva/Documentos/JCOrden06052014/ALOSSE_AR%20%2028%2004%202014%20para%20JCSFP.pdf

²³ No parece que nuestros tratadistas hayan reparado en su existencia ni, desde luego, en su enorme trascendencia para comprender la figura de la caución indirecta.

²⁴ Bajo la dirección de Ulrich DROBNIG, los autores del Informe fueron BERNSTORFF, WUPPERMANN, LUTHER, EINMAHL, RABELS, BRUNS, THOMAS. Apareció publicado en la colección *Competition: Approximation of legislative Series*, Brussels, núm. 14. Cinco años más tarde (en 1976) con motivo de la adhesión a la CEE del Reino Unido e Irlanda se publicó un complemento (en la

Con el objetivo de preparar, en su caso, el terreno para una eventual armonización de las legislaciones de los Estados miembros, el Max-Planck-Institut, a lo largo de más de cien páginas, aborda las similitudes y divergencias respecto al seguro de caución en aquellos seis países²⁵. Y aunque no era el objetivo único del Informe, aquella institución analiza con detenimiento cómo puede afectar al desenvolvimiento del seguro de caución que asegurado, tomador y aseguradora de caución (respectivamente “*beneficiary*”, “*principal*” y “*surety*” en la terminología anglosajona) no se encuentren localizados en el mismo país. Es en este marco de facilitación de operaciones intracomunitarias (y en referencia conjunta a todo tipo de instrumentos que, en última instancia, cumplan una función de garantía, emitidos por bancos o por aseguradoras de caución), cuando el Max-Planck-Institut distingue entre garantías directas e indirectas. Por las primeras entiende aquellas en las que estando el “*beneficiary*” (de una garantía bancaria o de un seguro de caución) en un país distinto al del banco o al de la aseguradora, cualquiera de esas dos entidades emite la garantía. Pero cuando, por comodidad o desconfianza, el “*beneficiary*” quiere que quien asuma el compromiso, frente a él, esté localizado en su mismo país, entonces el banco o la aseguradora de caución se ve obligado a acudir a un corresponsal de ese último Estado que emita la garantía. En este último caso, el Informe habla de garantía “indirecta”²⁶.

Como se aprecia, en la asimilación funcional (no necesariamente de régimen jurídico) entre garantías bancarias y seguros de caución que hace el Informe al que nos venimos refiriendo, el Max-Planck-Institut aprovechó una terminología muy consolidada en la doctrina alemana en sede de garantías bancarias para referirse, por un lado, a la garantía “*directa*” que se emite por una entidad a petición de un deudor, y, por el otro, la emisión de la garantía “*indirecta*” que hace un corresponsal a petición de otra entidad que, a su vez, ha sido instada por un deudor²⁷.

misma colección, y con el número 28): *The law of suretyship and indemnity in the United Kingdom of Great Britain and North Ireland and Ireland*. Su autor fue Trevor C. HARTLEY.

²⁵ De hecho, el Max-Planck-Institut acompañó su estudio de un borrador de propuesta (“*draft*”) de regulación comunitaria del seguro de caución, compuesto por diez artículos.

²⁶ Estas son exactamente las palabras empleadas en el Informe (p. 23): “*EEC securities.- In this study this term denotes personal securities which cross the frontiers of a Member State but remain within the territory of the European Communities [...]. In the private sector banks and insurance companies very often furnish suretyships or guarantees in favour of a foreign creditor at the request of a domestic debtor [...]. International securities are given in two forms, direct and indirect. In the former, a domestic guarantor (usually at the request of a principal residing in the same country) gives the security directly to a foreign creditor. If, however the creditor will accept as security only suretyships (or guarantees) of the same nationality as himself—as is almost always the case with public agencies and very often with private creditors too—an indirect course has to be taken. The guarantor requests a correspondent in the creditor’s country to furnish the security*”.

²⁷ El arraigo en Alemania de esta terminología se aprecia, entre muchos, en GRAF VON WESTPHALEN, “Rechtsverhältnis: Bank-Begünstigter im Fall einer “indirekten” Garantie”, en VV.AA., *Bankgarantie*, GRAF VON WESTPHALEN/ZÖCHLING-JUD (eds.), 4ª ed., p. 263 y ss. En nuestra doctrina, dicha terminología ha sido recogida por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Contrato autónomo...*, op. cit., p. 243. En cambio, otro sector de la doctrina nacional parece referirse con el término “garantía indirecta” a la contragarantía que el banco instructor otorga a favor del segundo banco que emite la garantía a favor del beneficiario (v. BUSTO, J.M., *Las Garantías Personales Atípicas en el Ordenamiento Jurídico Español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 275).

La Directiva 73/239/CEE intenta reflejar esas dos realidades y, sobre todo, darles carta de naturaleza. Para ello, hace uso de la terminología empleada en aquel Informe. Y cuando una aseguradora de caución (de un determinado Estado) asume, sin intervención de otras entidades, compromiso frente al beneficiario o asegurado entonces realiza caución “directa”. En cambio, cuando intervienen dos entidades, entonces se tratará de una caución “indirecta”²⁸. En definitiva, será caución directa cuando la relación sea trilateral. Cuando sean cuatro los implicados entonces (dos de ellos el deudor y el acreedor de la relación subyacente) entonces será una caución indirecta²⁹.

Naturalmente debemos apresurarnos a advertir que la circunstancia de que una de esas dos entidades financieras involucrada en la caución indirecta sea extracomunitaria no afecta a la calificación de caución indirecta. Cuestión distinta es cómo les puede afectar el hecho de que la extracomunitaria no goce de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios. Pero ésta es una cuestión que excede sobradamente el objeto de nuestro estudio. En lo que debemos concentrarnos a partir de ahora es en abordar los principales problemas jurídicos que presenta la caución indirecta y, sobre todo, en cómo la caución indirecta –dentro de esa idea cuatripartita– puede legítimamente seguir evolucionando.

4. VARIANTES DE LA CAUCIÓN INDIRECTA

Los antecedentes históricos han evidenciado que la caución indirecta en la que pensaba el legislador comunitario (y a partir de ahí de los nacionales de los Estados miembros) es aquélla en la que a raíz de la concertación de un seguro de caución, la aseguradora necesita (o le resulta conveniente) el auxilio de otra entidad aseguradora o de otra naturaleza jurídica. A esta variante de caución indirecta la denominaremos “de primera generación” (v. *infra* 4.1). Pero junto a ella, ha surgido otra variante en la que el desencadenante no es la concertación de un seguro de caución, sino que éste se celebra a resultas de que una entidad, que no es una aseguradora, ha emitido una garantía. A esta variante la llamaremos “de segunda generación” (v. *infra* 4.2).

²⁸ Precisamente solo alguno de los autores interesados por la caución con un perfil más profesional que académico (nos referimos a HOYOS, C., *El seguro de caución: una aproximación práctica*, Fundación Mapfre, Madrid, 2007, p. 128), habla brevemente de “*fronting*” o “garantías indirectas” (sin referencias a la LCS ni a la LOSP) para señalar que es cuando “*interviene una cuarta parte que es el banco o compañía de seguros del país local, ya que normalmente es una exigencia del beneficiario que el contrato sea garantizado por una institución local*”.

²⁹ Ciertamente estamos efectuando una cierta simplificación con el fin de esclarecer la materia. Somos perfectamente conscientes de que en no pocas ocasiones hay cuatro elementos personales y, sin embargo, no hay seguro de caución indirecta. Y no lo hay porque la aseguradora que recibe la petición de emitir una garantía no acude a otra entidad para que preste dicha garantía, sino que el cuarto elemento personal es precisamente el deudor, porque tomador y deudor no coinciden. Nos estamos refiriendo al supuesto de que una sociedad matriz (que asume el papel del tomador) contrata con una aseguradora un seguro de caución a fin de que esa indemnice al acreedor de una filial del tomador para el supuesto de que esa filial incumpla sus obligaciones para con su acreedor.

4.1. Caución indirecta “de primera generación”

Con el término caución indirecta “de primera generación” queremos referirnos a aquella variante en la que el desencadenante de la estructura de la operación es la concertación de un seguro de caución y, en la que, por determinadas razones, interviene, además, otra entidad, sea aseguradora o no. Por tanto, en el conjunto de la operación, junto al tomador y asegurado, participan en la operación otras dos entidades: una aseguradora (o instructora) y otra entidad (aseguradora o no) conocida como emisora o corresponsal. Conviene dejar claro que quienes son parte del contrato de seguro son el tomador y la primera aseguradora (o instructora). No es parte, sin embargo, la segunda entidad (o corresponsal o emisora). Lo que sucede es que la primera aseguradora instruye a la entidad corresponsal o emisora para que, frente al asegurado, asuma el compromiso de indemnizar al asegurado en caso de incumplimiento de las obligaciones del tomador para con el asegurado. La prima es pagada por el tomador a la aseguradora instructora, no a la entidad emisora, con independencia de que esta última sea o no una aseguradora.

La razón de ser de la caución indirecta de “primera generación” –según se ha indicado– suele estribar en la exigencia del asegurado de que la entidad que presta el compromiso de pagarle radique en su mismo país. Los motivos que generalmente inducen a esa exigencia son la desconfianza o inseguridad jurídica que le genera la intervención de una entidad foránea. Pero puede haber otras causas. Desde la mayor facilidad procesal que puede suponer, en caso de conflicto judicial, demandar a quien radica en el mismo Estado, hasta impedimentos a la actividad de aseguradoras extranjeras en un determinado país. En efecto, cuando la operación es extracomunitaria, las regulaciones internas puede que no permitan la actividad de aseguradoras de distinta nacionalidad. No debe olvidarse que el seguro sigue siendo una actividad fuertemente regulada.

Pero la caución indirecta de “primera generación” naturalmente no tiene que circunscribirse a operaciones extracomunitarias. También dentro del ámbito de la Unión Europea tiene cabida. Cuando una aseguradora radicada en el mismo Estado miembro que el tomador no ha cumplido los trámites para operar en otro Estado miembro habrá de acudir a un corresponsal. Normalmente cuando la aseguradora instructora forma parte de un grupo multinacional, el papel de corresponsal lo cumple otra filial del grupo de la misma nacionalidad que el asegurado.

No obstante, debemos apresurarnos a advertir que el elemento internacional no es esencial al seguro de caución indirecta de “primera generación”. Tan solo es *id quod plerumque accidit*. Puede que existan razones por las cuales, aun estando el asegurado en el mismo país que la aseguradora (con la que el tomador ha contratado) no se juzgue conveniente mostrar al asegurado un compromiso de pago, y por ello, acuda a un corresponsal³⁰.

³⁰ Supongamos que, con motivo de otro contrato (por ejemplo, un seguro de incendios), aquel asegurado y la aseguradora están manteniendo una batalla judicial porque ese asegurado considera que la aseguradora no ha honrado sus compromisos contractuales (los del seguro de incendio). En esta situación, el

Esta variante de seguro de caución indirecta, nadie puede negarlo, es respetuosa con el art. 68 LCS. La tríada formada por asegurador, tomador y asegurado se corresponde con tres personas distintas. Eso sí, con la peculiaridad de que interviene un cuarto elemento. Este es fruto del desdoblamiento en dos de la posición del asegurador. Por un lado, está el asegurador instructor (que es quien contrata con el tomador); y, por el otro, la entidad emisora, que, aun no siendo parte del contrato de caución, es quien asume frente al asegurado el compromiso de pagarle llegado el caso. Vistas las cosas en términos materiales y no puramente nominales, si por asegurador entendemos el que ha de pagar al asegurado (*ex art. 1 LCS*), el que, al final, asume las obligaciones propias del asegurador es una entidad que no es parte del contrato de caución: la entidad emisora.

El esquema cuatripartito del seguro de caución indirecta plantea diversas cuestiones. Pero muchas de ellas pueden resolverse mediante una adecuada aplicación (esto es, *mutatis mutandis*) de la doctrina que se ha ido forjando en torno a las garantías bancarias indirectas, particularmente, las garantías a primer requerimiento. Y a ella nos remitimos³¹. En cualquier caso, resulta ineludible afrontar los principales problemas que, desde la perspectiva del Derecho de seguros, se plantean: el vínculo, por un lado, entre aseguradora instructora y entidad emisora (*v. infra A*); y, por el otro, entre asegurado, aseguradora instructora y entidad emisora (*v. infra B*).

A) En lo atinente a la relación entre aseguradora instructora y entidad emisora debemos distinguir dos planos: cuando la instructora solicita a la emisora que asuma el compromiso de pagar al asegurado (*v. infra i*), y la vehiculización de la obligación de pago que la instructora tiene frente a la emisora una vez que esa última ha pagado al asegurado (*v. infra ii*).

i) La solicitud de la emisora a la instructora de que esa última asuma el compromiso de pagar al asegurado, y la correspondiente aceptación, constituyen un contrato de comisión. La aseguradora instructora asume el papel de comitente y la entidad emisora de comisionista. La comitente (aseguradora instructora) mandata a la comisionista (entidad emisora) para que esta última asuma en nombre propio la obligación de pagar al asegurado (arts. 244-246 CCo).

La calificación contractual de comisión se mantiene aun cuando la entidad emisora sea una aseguradora. No se trata de un reaseguro en el que la instructora cedería en reaseguro el seguro de caución a la aseguradora emisora. No está

asegurado desconfiaría de un seguro de caución en el que la aseguradora es la misma que, respecto al seguro de incendios, le ha negado la indemnización (o es sensiblemente inferior a la que el asegurado esperaba). En este caso sería comprensible que la aseguradora decidiera acudir a otra entidad para que actuara como emisora.

³¹ Para una primera aproximación a la materia, pueden consultarse los trabajos de BUSTO, J.M., “Contrato de garantía a primer requerimiento”, VV.AA., *Tratado de Contratos*, BERCOVITZ, R. (dir.), IV, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 4800 y ss.; A. CARRASCO, “Garantías a primer requerimiento”, en VV.AA., *Tratado de los Derechos de Garantía*, en CARRASCO-CORDERO-MARÍN, I, 2ª ed., 2008, Thomson, Cizur Menor, 2008, pp. 544 y 545; y, con más detalle, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Contrato autónomo...*, *op. cit.*, p. 231 y ss.

presente el elemento definitorio del reaseguro tal y como lo configura el art. 77 LCS. Y no se da porque –parafraseando ese precepto– el rol de la emisora no es indemnizar a la instructora por el daño que esa última pueda sufrir al tener que pagar al asegurado lo pactado en el seguro de caución. La instructora no es la que tiene que pagar al asegurado. Por el contrario, quien asume *prima facie* frente al asegurado el compromiso de indemnizarle es la emisora. Es ella, y no la instructora, la que ha de dar la cara. Ya sabemos que en eso consiste el mandato que la instructora (comitente) da a la emisora (comisionista): que asuma en nombre propio la obligación de indemnizar al asegurado³². Precisamente porque la aseguradora emisora no es cesionaria de un eventual reaseguro cedido por la instructora, los reaseguros por tratado que tenga la emisora con reaseguradores no cubren esa operación³³. En otras palabras, en el supuesto de que la emisora haya de pagar al asegurado no podrá dirigirse contra su reasegurador para recuperar la cantidad abonada. Habrá de acudir a la aseguradora instructora³⁴.

ii) Cuando la entidad emisora no es una aseguradora, no hay duda de que, con base en el art. 278 CCo, la instructora, en su calidad de comitente, ha de reembolsar a aquélla lo que pagó al asegurado. En cambio, cuando la emisora es una aseguradora, aquel fundamento legal queda desplazado por –ahora sí– un reaseguro en el que la aseguradora emisora actuará como cedente (del reaseguro) y la aseguradora instructora como cesionaria (del reaseguro). El motivo de la postergación del art. 278 CCo es la conceptualización o tintura que la normativa en materia de seguros da a la obligación de pago de una aseguradora a otra aseguradora por haber tenido, esa última, que indemnizar a un asegurado (primario). Para el Derecho de Seguros, eso es un reaseguro (art. 77 LCS). En el caso de la caución indirecta de “primera generación” con intervención de dos aseguradoras, sabemos que la aseguradora emisora es la que, frente al asegurado (de un seguro de caución), ha asumido el compromiso de indemnizarle y, llegado el caso, es quien le pagará la indemnización. Por tanto, desde la perspectiva de la Ley de Contrato de Seguro, si después la aseguradora instructora ha de compensar a la aseguradora emisora por la cantidad abonada al asegurado, la aseguradora instructora lo que está haciendo es reasegurar a la emisora³⁵. La prima que el tomador pagó a la aseguradora instructora, ésta la

³² A cambio, la aseguradora emisora cobra una determinada cantidad de dinero, que no es una prima (de reaseguro) sino una comisión (art. 277 CCo). Es cierto que esa comisión, en la práctica aseguradora, es conocida como “*fronting fee*”, y que a la compañía emisora también se la denomina también compañía de *fronting*. Pero ese “*fronting*” no debe confundirse con la operación de reaseguro con cesión del ciento por ciento del riesgo (v. nuestro trabajo, *Reaseguro: nuevos pactos, op. cit.*, p. 52 y ss.).

³³ Como se sabe, se entiende por reaseguro por tratado (o tratado de reaseguro) aquel por virtud del cual el reasegurador cubre, dentro de los límites señalados por el tratado, los riesgos de nacimiento de una pluralidad de dudas que pueden gravar el patrimonio del reasegurado; y esas eventuales deudas son consecuencia de los contratos de seguro de determinadas características celebrados por el reasegurado.

³⁴ Resulta útil la información que proporciona HOYOS, *Seguro...*, *op. cit.*, p. 129.

³⁵ Naturalmente no existe ningún problema en que se pacte que la instructora (que actúa como reaseguradora) pague a la emisora (reasegurada) aun antes de que esta haya abonado la indemnización al

reputará prima (recibida) de reaseguro. No obstante esa canalización de la obligación de reembolso a través del reaseguro, dado que la base de la relación entre aseguradora instructora y aseguradora emisora es el contrato de comisión, las normas reguladoras de la comisión no necesariamente han de quedar total y definitivamente expulsadas del entramado contractual. En la medida en que los acuerdos entre instructora (reaseguradora) y emisora (reasegurada) requieran ser completados, podrá acudir, con la cautela correspondiente, a aquellas normas.

B) Para cerrar el esquema de relaciones que surge en el seguro de caución indirecta de “primera generación” es preciso dirigir ahora la mirada al asegurado. Ya hemos dicho que la obligación de pagar al asegurado corresponde a la entidad emisora (no a la aseguradora instructora). Pero ahora se trata de averiguar si, en su pretensión de cobro, el asegurado ha de dirigirse contra la emisora, contra la instructora o si puede hacerlo contra ambas.

Para despejar la cuestión, con carácter previo habremos de reexaminar la generalizada afirmación de que el seguro de caución es un seguro por cuenta ajena en el sentido del art. 7 LCS. También por su conexión, deberemos reflexionar sobre el papel que desempeña el documento que la aseguradora entrega al asegurado, y en el que manifiesta su compromiso de indemnizarle en caso de incumplimiento de su acreedor – el tomador. Ese documento tiende a denominarse por nuestros estudiosos –e incluso algunas sentencias– “aval”, aunque actualmente en la praxis está mucho más difundido el término –en inglés– “*bond*”. Si éste en los seguros de caución directa suele estar presente, no falta jamás en la caución indirecta “de primera generación” (ya sea la emisora una aseguradora o una entidad de crédito). Es el documento que la emisora entrega al asegurado, indicando con precisión la obligación que queda cubierta, bajo qué requisitos se pagará y la cuantía máxima a pagar. Cuando estas dos cuestiones preliminares hayan quedado debidamente abordadas, entonces surgirá como evidente la respuesta que haya de darse a la cuestión de si, en caso de que el acreedor de la relación subyacente (tomador del contrato de seguro) incumpla sus obligaciones para con su deudor (el asegurado), este último habrá de dirigirse contra la emisora, contra la instructora o si podrá hacerlo contra ambas.

Comencemos por las cuestiones preliminares. Aunque sin existir total unanimidad, reina un amplio consenso en que el seguro de caución es un seguro por cuenta ajena³⁶. De acuerdo con esta calificación, y por virtud del art. 7 LCS, los

asegurado. Correlativamente, aunque el inciso final del art. 68 LCS establece que hecho el pago al asegurado, su aseguradora (en nuestro caso, la instructora) podrá ejercitar la acción de reembolso contra el tomador, perfectamente puede exigirse anticipadamente en cuanto el asegurado reclame que se le abone la indemnización (“*cash cover*”). De este modo, el juego combinado de aquellas dos posibles estipulaciones reduce el impacto de tesorería en la emisora y en la instructora gracias a que en cuanto el asegurado reclame a la emisora el pago, esta inmediatamente se lo comunicará a la instructora que, a su vez, se dirigirá contra el tomador.

³⁶ OLVENCIA, M., “Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro (artículos 68 a 72 de la Ley)”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, VERDERA, E. (dir.), I, Madrid,

derechos derivados del contrato corresponderán al asegurado. A partir de aquí, un sector de la doctrina (y en sede de caución directa, aunque sin denominarla así) resta valor al “*bond*”, asignándole un valor meramente probatorio –o facilitador– de los derechos del asegurado. Gracias al “*bond*”, llegado el caso, el asegurado –viene a decirse– podrá probar ante los tribunales su derecho³⁷. En apoyo de esta interpretación suele traerse a colación la STS 30 julio 1991 (RJ 1991, 5425), que afirmó:

a) La posibilidad de que la Compañía Aseguradora asuma el riesgo frente al asegurado mediante documento separado –ya aludida– no altera los términos del contrato de seguro –la referencia al «asegurado» es muy significativa– sino que debe entenderse en el sentido de que refuerza la posición de éste, al que se provee de dicha documentación –los avales– que no tiene otra finalidad que facilitar el ejercicio de sus eventuales reclamaciones a la aseguradora y que se produce en ejecución del contrato de seguro; b) Siendo así, la interpretación del contrato independizando del mismo los avales conduciría al absurdo de restringir los derechos del asegurado limitándoles al ámbito de la fianza, lo cual es inadmisibile y pugnaría con la razón de ser de la construcción de aquéllos; y c) Resulta perfectamente explicable –y no desvirtúa lo anterior– que, en las relaciones entre la Comunidad de Propietarios asegurada y la Compañía aseguradora, aquélla se refiera a los avales sin invocar el contrato de seguro de que derivaron, pues, realmente, el fin perseguido no era otro que obtener la indemnización del daño patrimonial sufrido en su relación con la tomadora del seguro.

Pero ese planteamiento, a nuestro modo de ver, no puede acogerse sin graves reservas (tanto en caución directa como en indirecta); y ello, por cuanto, creemos, responde a un equívoco sobre el alcance de aquella Sentencia (v. *infra* i); y a una infravaloración de la complejidad técnico–jurídica del seguro de caución (v. *infra* ii).

i) En efecto, parece haber un equívoco sobre el alcance del contenido de aquella Sentencia. Esta –que se ocupaba de un seguro de caución directa– no realiza un análisis (ni general ni del caso concreto) del “*bond*” (o como ella dice “aval”). El Supremo simplemente afronta si un tribunal inferior puede, sin incurrir en incongruencia, fundamentar su decisión en normas distintas a las invocadas por la actora. Basta leer íntegramente la Sentencia para percatarse de que lo que sucedió es que la actora (el asegurado) había empleado (en alusión al documento

1982, pp. 879 y 880; EMBID, J.M., “El seguro de caución: régimen convencional y naturaleza jurídica”, *La Ley*, 1986, II, p. 1064 y ss.; del mismo, “El Seguro de Caución como garantía”, en VV. AA., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, ALONSO UREBA, A.-BONARDELL, R.-GARCÍA VILLAVARDE, R. (coord.), Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1990, pp. 704 y 705; TIRADO, “Comentario”, *op. cit.*, p. 1474; BARRES, *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pp. 166 y 167; MUÑOZ PAREDES, “Seguro de caución...”, *op. cit.*, p. 313; BUSTILLO, *Atipicidad...*, *op. cit.*, pp. 266 y 267; más cauto, sin embargo, CAMACHO DE LOS RÍOS, *Seguro...*, *op. cit.*, p. 69 y ss. La consideración del seguro de caución como seguro por cuenta ajena ha recibido el beneplácito del Tribunal Supremo, v. las STS 5 junio 1992 (RJ 1992, 5002); 6 julio 1998 (RJ 1998, 5417); 14 diciembre 2000 (RJ 2000, 9897); 17 enero 2003 (RJ 2003, 1289); y 27 mayo 2004 (RJ 2004, 4264).

³⁷ EMBID (“Aval, fianza y seguro de caución. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 30 de julio de 1991”, *La Ley*, 1992, I, p. 515 y ss.; CAMACHO DE LOS RÍOS, *Seguro...*, *op. cit.*, pp. 43 y 44; FERNÁNDEZ BARGÜES, J.M., “Reconducción del seguro de caución: mi experiencia”, *RES*, núms. 123-124, 2005, p. 709.

que le había remitido la aseguradora) el término “fianza”, y no el de “seguro de caución”. Sin embargo, la sentencia de apelación admitió la pretensión de la demandada, fundamentándolo en el “seguro de caución”. La aseguradora, en casación, alegó que se había producido una incongruencia extrapetita. Y el Alto Tribunal rechazó que hubiera tal incongruencia, *“dado que lo esencial de la pretensión ejercitada en la demanda –la efectividad de los avales constituidos a consecuencia de los seguros– es sobre lo que se pronuncia la sentencia”*. Y es a continuación, y según el fragmento anteriormente reproducido, cuando explica por qué aquel documento (que denomina “aval”) solo adquiere sentido en el contexto de un seguro de caución. Y es desde ese ángulo como debe leerse: *“Resulta perfectamente explicable [...] que, en las relaciones entre la Comunidad de Propietarios asegurada y la Compañía aseguradora, aquélla se refiera a los avales sin invocar el contrato de seguro de que derivaron, pues, realmente, el fin perseguido no era otro que obtener la indemnización del daño patrimonial sufrido en su relación con la tomadora del seguro”*.

Cuando el Tribunal Supremo en otras sentencias, de una manera u otra, ha dicho que –lo que nosotros llamamos– un “bond” es un complemento al seguro de caución era exclusivamente porque las aseguradoras, al socaire de que en la documentación se hablaba de “aval”, intentaron zafarse de la obligación de pago invocando las normas del Código Civil relativas a la fianza; y así alegaban el beneficio de excusión (STS 26 enero 1995; RJ 1995, 172) o que el asegurado no había probado el incumplimiento cuando en el documento remitido al asegurado se indicaba que era “a primer requerimiento” (STS 13 diciembre 2000; RJ 2000, 10438). Lo que el Alto Tribunal, en definitiva, no admite es que las aseguradoras entremezclen los regímenes de la fianza y del seguro de caución, esgrimiendo uno u otro, según convenga, para cada punto concreto de la controversia judicial. Este es el análisis que el propio Tribunal Supremo hace de su jurisprudencia, tal y como expresamente se indica en la Sentencia 28 mayo 2003 (RJ 2003, 3935)³⁸.

ii) Por otro lado, no debería desatenderse la complejidad técnico-jurídica del seguro de caución. La posición que pueda tener el asegurado frente a la aseguradora no puede simplificarse esgrimiendo que el seguro de caución es un seguro por cuenta ajena de acuerdo con la doctrina mayoritaria. No puede ignorarse lo dispuesto en el art. 7.3 LCS cuando indica, respecto a los seguros por cuenta ajena, que los derechos que derivan del contrato corresponderán al asegurado. Fijémonos que lo que establece ese precepto es que corresponderán

³⁸ Así lo dice: *“[S]i bien es cierto que en casos parecidos al presente se ha considerado el documento de aval un complemento del seguro de caución, siempre se ha hecho bajo el designio de defender al asegurado frente a las trabas opuestas por la aseguradora escudándose en excepciones propias de la fianza, como el beneficio de exclusión o la falta de prueba del incumplimiento del obligado principal (STS 26-1-95 y 13-12-00); en definitiva, para impedir un doble juego de las aseguradoras orientado a eludir sus obligaciones frente a quien había confiado en su garantía.”*

al asegurado los derechos que “*derivan del contrato*”. Esto significa que habrá que estar al contrato para determinar qué derechos, si es que hay alguno, corresponden al asegurado. Puede que, pese a la existencia de un seguro de caución, un determinado acreedor carezca de derecho alguno. Así sucederá cuando tomador y aseguradora pacten (expresa o tácitamente) que la cobertura se extienda al incumplimiento de las obligaciones del tomador para con los acreedores que, en su momento, el tomador deberá ir identificando, y comunicando, a la aseguradora³⁹. En tanto en cuanto el tomador no precise qué acreedor tiene la condición de asegurado, está claro que un acreedor cualquiera no podrá apelar al art. 7 LCS para que la aseguradora le indemnice⁴⁰.

De la misma manera no debe ponerse reparo alguno a que (expresa o tácitamente) se condicione la indemnización a que el asegurador remita o entregue a una determinada persona (el asegurado) un documento (“*bond*”), gracias al cual queda perfectamente identificado no solo el asegurado, sino, sobre todo, la obligación u obligaciones cubiertas, las –en su caso– condiciones a las que queda sujeta la indemnización y, por supuesto, el importe (máximo) de la indemnización⁴¹. En este caso, el compromiso del asegurador únicamente nace con ocasión de la emisión del “*bond*”. Y solo entonces el asegurado puede jurídicamente reclamar la correspondiente indemnización.

La interpretación aquí defendida engarza, creemos, perfectamente con la actual posición del Supremo, de acuerdo con la cual “*cuando la fianza [o “bond” o “aval”] prestada en documento aparte garantiza plenamente los derechos de quien en la póliza aparece mencionado como asegurado, esta Sala viene afirmando su autonomía, sobre todo cuando el aval es a primer requerimiento*”. Son palabras de la ya mencionada Sentencia de 28 mayo 2003 (RJ 2003, 3935)⁴².

³⁹ Este supuesto es muy frecuente. Respecto a sus relaciones contractuales futuras, el tomador desconoce, en el momento de la suscripción de la póliza, qué acreedores le exigirán que sus obligaciones se vean respaldadas con una garantía (incluida el seguro de caución).

⁴⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., señala: “[o]tras veces en el contrato de seguro por cuenta ajena puede considerarse en otros supuestos como necesaria la determinación del asegurado o grupo de asegurados si así se ha convenido” [“Comentario al art. 7”, en VV.AA, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 59/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 222].

⁴¹ Ejemplo palmario de condicionamiento tiene lugar cuando en la póliza se establece que la aseguradora no emitirá ningún “*bond*” por propia iniciativa, sino que solo podrá hacerlo a petición del tomador. Habitualmente, además, a pesar de la solicitud formulada por el tomador, la aseguradora no se compromete a emitir el “*bond*”. Tan solo a examinar la solicitud tras el examen de todas las circunstancias del caso, incluidas las relativas a la persona del deudor del tomador, a la obligación garantizada, y a la concreta situación financiera que en ese momento presente el tomador. Solo cuando la aseguradora ha aceptado expresa o tácitamente la emisión del “*bond*” solicitado, se devenga la prima a satisfacer por el tomador.

⁴² Aunque ya la STS 5 julio 2000 (RJ\2000\6010) había afirmado: “*El título básico del demandante para el ejercicio de la acción, es el aval a primer requerimiento, no un contrato de caución del artículo 68 de la Ley del Contrato de Seguro*”. Y aun antes, la STS 30 marzo 2000 (RJ\2000\2314): “*El que este aval aparezca fundado en otro contrato, de fianza o seguro de caución, que son bien distintos, no afecta al tercero, la sociedad demandante, cuyo título para el ejercicio de la acción ha sido el aval que le fue*

Resueltas las anteriores cuestiones preliminares referente al alcance de la afirmación de que el seguro de caución lo es por cuenta ajena y al valor de los “*bonds*”, queda definitivamente expedito el camino para determinar a quién ha de dirigirse el asegurado para reclamar el pago cuando hay caución indirecta de primera generación. Si, como venimos diciendo, la obligación de pago nace en cabeza de la entidad emisora (no de la instructora) y el derecho del asegurado a reclamar la indemnización solo nace cuando la emisora le hace llegar el correspondiente “*bond*”, entonces la conclusión es evidente. El asegurado no puede reclamar el pago a la aseguradora instructora. Solo puede hacerlo a la entidad emisora –esto es, a la que emite el “*bond*”–, con independencia de que se trate de una aseguradora o que sea una entidad de crédito (en cuyo caso el “*bond*” constituirá una fianza bancaria o una garantía a primer requerimiento)⁴³.

4.2. Caución indirecta “de segunda generación”

Según se ha indicado, la significación (inicial) de “caución indirecta” en la 73/239/CEE ha de rastrearse en el Informe *The suretyship in the law of the Member States of the European Communities*, que el Max-Planck-Institut preparó para la Comisión; y de acuerdo con aquella concepción la caución indirecta coincide con lo que hemos venido en denominar caución indirecta “de primera generación”. Pero quizás por la escasa difusión de aquel documento y, en consecuencia, lo arduo de hallar nexo causal entre aquel Informe y la Directiva 73/239/CEE, lo cierto es que, en algunos Estados comunitarios, lleva algún tiempo abriéndose camino con firmeza una concepción distinta de la caución indirecta, a la que nosotros denominaremos en lo sucesivo caución indirecta de “segunda generación”. Ya nos apresuramos a advertir que ambas variantes de la caución indirecta pueden coexistir.

entregado y que expresa que la sociedad emisora (demandada en la instancia y recurrente en casación «Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, SA») queda obligada... «a primer requerimiento de la “Sociedad Estatal para la Exposición Universal de Sevilla 92, SA” hoy “Sociedad de Gestión de Activos, SA”. [...] El título básico del demandante para el ejercicio de la acción, es el aval a primer requerimiento, no un contrato de caución del artículo 68 de la Ley del Contrato de Seguro”. En la misma línea, SAP Las Palmas 25 septiembre 2001 (JUR 2002, 13198). Crítico con esta doctrina jurisprudencial EMBID, “Problemas actuales...”, *op. cit.*, pp. 55 y 56. En línea, sin embargo, con la interpretación que estamos propugnando, BERGAMÍN, F.J. (“El seguro de caución y el primer requerimiento”, VV.AA, *Las tendencias actuales de los contratos de garantía*, ANGULO, L.-CAMACHO DE LOS RÍOS, J.-HOYOS, C. (dir.), Atelier, Barcelona, 2005, pp. 79-84).

⁴³ La coherencia de la posición defendida se hace aún más evidente si tenemos en cuenta que, como se ha indicado, la aseguradora instructora actúa en calidad de comitente mandatando a la emisora (comisionista) que ésta, en nombre propio, asuma frente al asegurado la obligación de pagarle en caso de que el acreedor de la relación subyacente (el tomador) incumpla sus obligaciones para con su deudor (el asegurado). En efecto, de acuerdo con el art. 246 CCo, cuando el comisionista contrate en nombre propio, quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratarse, las cuales no tendrán acción directa contra el comitente. Nuestra interpretación es asimismo consistente con la remisión que hemos hecho a las garantías bancarias indirectas. También en este campo (y con específica referencia a las garantías a primer requerimiento) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Contrato autónomo...*, *op. cit.*, pp. 236 y 237, ha negado que el beneficiario de la garantía bancaria pueda dirigirse contra el banco instructor. Solo lo puede hacer contra el banco emisor.

Conviene comenzar indicando que si en la de “primera generación” el desencadenante de la estructura de la operación es un contrato de seguro de caución (y a partir de ahí por necesidad o conveniencia la aseguradora acude a otra entidad -aseguradora o no-); en cambio, en la de “segunda generación”, el desencadenante es un contrato de garantía (sea fianza o garantía a primer requerimiento). A partir de ahí el garante (generalmente una entidad de crédito) acude a otra entidad, que necesariamente ha de ser una aseguradora. En efecto, en la versión de “segunda generación”, el seguro de caución (indirecta) es suscrito entre una aseguradora y otra entidad que no tiene tal naturaleza (generalmente es una entidad de crédito), que, a su vez ha otorgado –a petición de un obligado contractual o deudor– una garantía personal (fianza o garantía a primer requerimiento) a favor del acreedor de aquel obligado contractual. En el supuesto de que el banco finalmente haya de pagar a aquel acreedor por virtud de la garantía otorgada, se desplegarán los efectos del seguro de caución. La aseguradora pagará (generalmente) una cuota parte de la cantidad abonada por el banco al beneficiario de la garantía. Y esto visto desde la perspectiva contraria significa que el banco recuperará, gracias a la aseguradora, (generalmente) una cuota parte de la cantidad que abonó. Por otro lado, cuando el banco se reembolse, a costa del garantizado, la cantidad abonada al beneficiario de la garantía, una cuota parte de esa suma se la transmitirá a la aseguradora.

Debe destacarse inmediatamente que esa forma de entender el seguro de caución indirecta, hasta donde hemos podido averiguar, ha sido validada, en primer lugar, en Francia⁴⁴. Parece que también lo ha sido en Bélgica⁴⁵. Y su admisibilidad traspasado los países comunitarios francófonos. También, en concreto, ha tenido lugar en Portugal,

⁴⁴ Un apunte ya puede ser apreciado en JACOB, N., *Les assurances*, 2ª ed., Dalloz, Paris, 1979, pp. 247 y 248; y más claramente en WATTINE, D., *Assurances et opérations de cautionnement*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1991, p. 77 y ss.; BASTIN, J., *La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-crédit*, L.G.D.J., Paris, 1991 (que nosotros hemos consultado en su traducción al español *El seguro de crédito. Protección contra el incumplimiento de pago*, Editorial Mapfre, Madrid, 1993, p. 275). La verdad es que no hay consenso en el uso de la terminología. Parece que para el seguro de caución directa tiende a emplearse “*assurance-cautionnement*”, mientras que para la variante de “segunda generación” de la caución indirecta parece preferirse “*assurance-caution*”.

⁴⁵ Basta con hojear el Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes de Bélgica. Así en el año 2010 se presentó una proposición de ley tendente a equiparar el seguro de caución al seguro de crédito a efectos de no estar aquél sujeto a determinado impuesto. En la justificación de esa proposición (accesible en <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/53/0599/53K0599001.pdf>) encontramos (pp. 4 y 5) una muy clara explicación de en qué consiste el seguro de caución indirecta (en la variedad de “segunda generación” que ahora nos ocupa): “*Dans la directive européenne 73/239/CEE du 24 juillet 19731, en vertu du point A de l'annexe, l'assurance-caution tombe sous la branche 15, au sein de laquelle on différencie:*

- *la caution directe (assurance-cautionnement), où l'assureur se porte directement garant solidaire pour le débiteur (preneur d'assurance) en faveur d'un tiers (créancier);*
- *la caution indirecte (assurance-caution), qui est une assurance en faveur de ceux qui se sont portés personnellement garants au profit de tiers (créanciers) mais qui ne sont pas eux-mêmes assureurs (ils sont dans ce cas assurés); il s'agit donc, dans ce cas, d'une manière pour les banques, les caisses de caution, et même les personnes physiques, de réduire le risque qu'elles assument; elles se déchargent d'une partie du risque sur les épaules de l'assureur et créent ainsi de la capacité pour l'octroi de cautions supplémentaires.*

Cette distinction est maintenue dans la proposition de directive, dénommée “Solvency II”, publiée par la Commission européenne en 2007”.

cuya regulación del seguro de caución es muy similar a la española⁴⁶. En efecto, los autores lusos que en los últimos años se ha ocupado del seguro de caución hacen coincidir la figura de la caución indirecta con lo que aquí hemos venido en llamar caución indirecta “de segunda generación”⁴⁷. Y el Tribunal Supremo portugués ha dado por buena dicha interpretación⁴⁸.

A través de esta variante de “segunda generación” del seguro de caución indirecta, se hace viable transitar de la tradicional rivalidad entre aseguradoras de caución y entidades de crédito por un mismo mercado (el de los productos que funcionalmente otorguen garantía), hacia estrategias cooperativas. Varias pueden ser las razones por las cuales esa nueva estrategia resulte de interés tanto para entidades de crédito como para aseguradoras. Y todas ellas muestran que la variante de “segunda generación” puede cumplir un importante papel económico, que debería ser tenido muy en cuenta por el intérprete en su análisis jurídico. Los juristas, especialmente los iusprivatistas, estamos obligados a repensar o visitar en términos críticos nuestra forma tradicional de entender el Derecho en general y, por lo que ahora importa, el contrato de seguro. Solo de esta manera tendremos posibilidad de no caer en el riesgo de fosilizar los contratos, tan dañino para el espíritu de innovación contractual esencial en toda economía de mercado

Para las entidades de crédito, la caución indirecta de “segunda generación” puede ser de utilidad, típicamente, en al menos tres situaciones. En primer lugar, cuando la garantía personal otorgada a favor del acreedor (el beneficiario de la garantía) no cuente con contragarantías de respaldo (sean contragarantías reales, sean contragarantías

⁴⁶ El art. 162 del *Decreto-Lei n.º 72/2008, de Regime Jurídico do Contrato de Seguro* establece: “*Por efeito do seguro-caução, o segurador obriga-se a indemnizar o segurado pelos danos patrimoniais sofridos, em caso de falta de cumprimento ou de mora do tomador do seguro, em obrigações cujo cumprimento possa ser assegurado por garantia pessoal*”. Por su parte, el art. 165 indica: “*No seguro-caução, além da sub-rogação nos termos do número anterior, o contrato pode prever o direito de regresso do segurador contra o tomador do seguro, não podendo, na conjugação das duas pretensões, o segurador exigir mais do que o valor total despendido*”. Junto a la ley general, existe una norma especial que complementa a aquélla: el *Decreto-Lei n.º 183/88, de Regime Jurídico dos Seguros dos Ramos Crédito e Caução*. Su art. 1.5 dispone: “*No seguro de caução compreende-se o seguro de caução directa e indirecta...*”, y, por su parte, el art 6.1 señala: “*O seguro de caução cobre, directa ou indirectamente, o risco de incumprimento ou atraso no cumprimento das obrigações que, por lei ou convenção, sejam susceptíveis de caução, fiança ou aval*”.

⁴⁷ VASQUES, J., *Contrato de seguro. Bases para uma teoria geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 72; JARDIM, M., *A Garantia Autónoma*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 227; SIMÃO, J.C., “O contrato de seguro-caução: contributo para um estudo do seu regime legal e compreensão da sua natureza jurídica”, *O Direito*, 145, III, 2013, p. 688.

⁴⁸ V. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 12 noviembre 2001 (Processo 1083/01), apoyándose en VASQUES, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 72; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 20 noviembre 2003 (Processo 03B3725); Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 9 febrero 2006 (Processo 06B024). La fórmula empleada es siempre la misma: “*O beneficiário da indemnização pode ser o credor da obrigação a que se reporta o contrato de seguro, caso em que se está perante o contrato de seguro caução directa, ou a pessoa que garantir o cumprimento da referida obrigação, situação que se configura como contrato de seguro caução indirecta*”. Como no podía ser de otra manera, las instancias inferiores también se alinean con el Tribunal Supremo. Por el hecho de no invocar la autoridad de VASQUES, sino la de JARDIM, *Garantia...*, *op. cit.*, p. 227, véase a título ejemplificativo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 23 septiembre 2008 (Processo 3033/2008-1). Hemos accedido a todas esas resoluciones judiciales a través de la “*Base de Dados Jurídica Almedina*”, disponible en <http://bdjur.almedina.net/>.

personales otorgadas por un tercero distinto del afianzado o garantizado). En segundo lugar, cuando aun habiendo contragarantías, estas no son, en términos financieros, suficientemente robustas. Y, en tercer lugar, para cubrir el desfase temporal de tesorería que media entre, por un lado, el pago derivado de la garantía otorgada por el banco y, por el otro, el cobro de lo abonado a través de la acción de reembolso o de la, en su caso, ejecución de las contragarantías de las que disfrute el banco. En cualquier de los tres casos, la posición financiera de la entidad de crédito queda reforzada (o aún más reforzada) gracias a la caución indirecta de “segunda generación”, y, por tanto, estará en mejor disposición de inyectar más dinero en el mercado del crédito.

También son variadas las ventajas para la aseguradora. En primer lugar, consigue indirectamente nuevos clientes: los “clientes bancarios”. En segundo lugar, incrementa su volumen de primas recibidas gracias a la pagada por la entidad de crédito. Y, en tercer lugar, reduce sus costes de monitorización del deudor de la relación subyacente, porque esos costes los asume la entidad de crédito, pues el afianzado o garantizado es (directamente) cliente suyo⁴⁹.

Visto que militan a favor de la variante de “segunda generación” del seguro de caución indirecta tanto la admisión de la figura en diversos países (por cierto, muy próximos geográfica y jurídicamente al nuestro) como el importante papel económico que aquella puede desempeñar, ahora lo que procede es confirmar si la operación es lícita también en Derecho español. Y para ello tendremos en cuenta tanto la Ley del Contrato de Seguro y, especialmente, su art. 68 (v. *infra* A), como el Código de Comercio y, en concreto, los arts. 239 y ss. (v. *infra* B).

A) Al igual que la caución indirecta de “primera generación”, a nuestro juicio, la de “segunda generación” es válida y queda cubierta por el paraguas del art. 68 LCS. Repárese en que, como la de “primera generación”, también la de segunda es una operación cuatripartita: hay un deudor y un acreedor en la relación subyacente, (generalmente) una entidad de crédito y, finalmente, una aseguradora. El hecho de que el desencadenante sea el otorgamiento (generalmente por un banco) de una garantía al acreedor y, a partir de ahí, se concierte un seguro es irrelevante a efectos del art. 68 LCS. Sencillamente sería el camino inverso a una caución indirecta de “primera generación” en la que la instructora fuera una aseguradora y la emisora una entidad de crédito⁵⁰. Donde de cara a aquel precepto, podría aducirse que existen dificultades es en que la tríada formada por asegurador, tomador y asegurado no se corresponde con tres personas distintas, pues las figuras de tomador y asegurado recaen en una misma

⁴⁹ Resulta lógico que los costes de monitorización los asuma la entidad de crédito. No solo porque el deudor de la relación subyacente es cliente suyo, sino, además, porque, por su propia actividad, las entidades de crédito disfrutan de la alta especialización y de las economías de escala que generan sus departamentos de análisis de riesgo.

⁵⁰ Por supuesto, es igualmente irrelevante que en la caución de “primera generación”, la entidad emisora recuperará de la aseguradora instructora la cantidad íntegra que haya satisfecho al asegurado, y en la de “segunda generación”, de la entidad pagada al beneficiario de la garantía, la otorgante de ésta solo puede pedir una parte a la aseguradora.

persona: la entidad de crédito⁵¹. Pero esta primera impresión o análisis pecaría de epidérmico, esto es, no penetraría en la sustancia de la operación. Nos explicamos.

Es cierto que formalmente, además de tomador, el banco es el asegurado. Pero materialmente lo sigue siendo el acreedor de la relación subyacente (es decir, el beneficiario de la garantía bancaria). El dinero que la aseguradora habrá de hacer llegar al banco (que será una cuota parte de lo que el banco haya de pagar) tiene –solo puede tener– como destino el pago a aquel acreedor⁵². De esta manera se revela que el banco no es más que un asegurado transitorio y formal. El real y material en última instancia, aunque sea indirectamente, lo es el acreedor en la relación subyacente.

Desde esta perspectiva se aprecia que, al igual que en la variante “de primera generación”, también en la de “segunda generación” hay un desdoblamiento. En efecto, según veíamos, en la de “primera generación” el papel del asegurador se desdoblaba en dos: la aseguradora instructora (que es quien contrata con el tomador) y la entidad emisora. Esta última, aun no siendo parte del contrato de caución, es quien asume frente al asegurado el compromiso de pagarle llegado el caso, y, por tanto, en términos reales, cumple la función del asegurador. En cambio, solo en términos puramente formales el asegurador es la instructora (que es quien suscribe el contrato de seguro con el tomador), dado que no será la obligada a pagar al asegurado.

En la variante de “segunda generación” sucede algo muy similar. Hay un desdoblamiento en dos de la figura del asegurado: por un lado, el asegurado formal (la entidad bancaria); y, por el otro, el asegurado material (el acreedor de la relación subyacente). Bien podría decirse que formalmente asegurado solo hay uno (el banco), pero no es el verdadero. Esta condición solo la ostenta el acreedor de la relación subyacente. La suma que le corresponda provendrá, desde luego del banco, pero también de la aseguradora.

Pero los paralelismos entre la variante “de primera generación” y la de “segunda generación” no acaban ahí. Así de la misma manera que en la caución indirecta “de primera generación” no hay relación directa –solo indirecta– entre la aseguradora instructora y el asegurado (el acreedor de la relación subyacente), tampoco en la de “segunda generación” hay relación directa entre la aseguradora y el asegurado real (el acreedor de la relación subyacente). La relación es indirecta. Y el riesgo que de acontecer activará ambas variantes de la caución indirecta es el mismo: que el deudor de la relación subyacente no cumpla sus

⁵¹ Podría incluso continuar diciéndose que cuando tomador y asegurado coinciden estaríamos en un seguro de crédito, que tiene la cerceante limitación de que solo puede cubrir el riesgo de insolvencia definitiva del deudor (arts. 69 y 70 LCS).

⁵² Aunque, naturalmente, la cantidad que corresponda ser pagada por la aseguradora, ésta se la entrega de manera inmediata al banco, que reducirá así los fondos que ha de disponer para la satisfacción de la garantía bancaria; y esa garantía –no lo olvidemos– tiene por objeto cubrir la obligación de otro, la obligación del deudor para con el acreedor.

obligaciones para con su deudor⁵³. Únicamente variarán los circuitos contractuales. En la de “primera generación”, la aseguradora emisora pagará la indemnización y recuperará lo abonado gracias a la aseguradora instructora. En la de “segunda generación”, el banco pagará y recuperará parte de lo abonado gracias a la aseguradora⁵⁴.

B) Sinceramente creemos que los argumentos expuestos deben conducir a admitir que la caución indirecta de “segunda generación” queda cobijada por el art. 68 LCS. Pero aun si no se compartiera esta interpretación, aseguradoras y entidades de crédito dispondrían de un camino alternativo para articular la misma estrategia cooperativa. Nos referimos a las cuentas en participación al amparo del art. 239 CCo. Según este precepto, podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen. El gestor vendría a ser la entidad de crédito y la condición de cuentapartícipe recaería en la aseguradora. Y lo mismo que si se aceptara la canalización de la operación a través del contrato de seguro de caución, desde la perspectiva de las cuentas en participación tampoco el beneficiario de la garantía bancaria tendría acción directa contra la aseguradora (*ex art. 242 CCo*). E igualmente como sucedería si nos ubicáramos en el terreno del contrato de seguro, la liquidación y la rendición de cuentas correspondería al gestor, es decir, al banco (*ex art. 243 CCo*).

Con relación a la vía que acaba de abrirse, debe recordarse que pese a la larga tradición que nuestro ordenamiento tuvo la interdicción de que las aseguradoras entraran en cuentas en participación, ni la LOSSP de 1995 ni, por supuesto, el actual Texto Refundido no las mencionan ya entre las prohibiciones a las que están sometidas las aseguradoras. Deben, por tanto, estimarse lícitas⁵⁵.

Así pues, a través de las cuentas en participación queda definitivamente despejado el camino para que aseguradoras y entidades de crédito realicen la operación

⁵³ Esta forma de entender el riesgo indirecto está perfectamente alineada con la concepción que del mismo se tiene respecto a las entidades de crédito. Al fin y al cabo, desde una perspectiva económica, aseguradoras y bancos son entidades financieras. Se considera que las entidades de crédito asumen riesgo directo cuando los contraen con los primeros obligados al pago; en cambio, se entiende que hay riesgo indirecto cuando se cubre total o parcialmente el riesgo asumido por los garantes de riesgo directo (v. art. 2 de la Norma segunda de la Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, sobre la Central de Información de Riesgos).

⁵⁴ Se aprecia así con toda claridad que la caución indirecta de “segunda generación” no es un seguro de crédito. En este el riesgo es la insolvencia definitiva de los deudores del asegurado. En la caución indirecta (sea “de primera generación”, sea de “segunda generación”) es que el deudor de la relación subyacente no cumpla sus obligaciones para con su deudor.

⁵⁵ V., respecto a la situación pasada, TIRADO, F.J., *Ley ordenadora del seguro privado –exposición y crítica–*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1984, p. 55; y para la actual, ROMERO, B., *El reaseguro*, I, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, p. 110, que señala que el cambio legislativo obedece al propósito de permitir las cuentas en participación, siempre que ese contrato no sea contrario a los fines y objeto de una aseguradora.

que hemos venido describiendo. En cualquier caso, estamos convencidos de que esa operación también puede instrumentarse a través de un seguro de caución. Creemos, pues, que el ordenamiento jurídico español habilita dos caminos, ambos perfectamente lícitos, para llegar al mismo fin: el seguro de caución y las cuentas en participación⁵⁶. El tiempo dirá cuál es la senda preferida. Nosotros simplemente hemos intentado sentar las bases jurídicas que la operación requiere. Pero solo los operadores económicos estarán en condiciones de valorar si están interesados en implantar en España la caución indirecta de “segunda generación”. Es turno, pues, de las fuerzas del mercado.

⁵⁶ De admitirse la viabilidad de ambas fórmulas tendemos a creer que, llegado el caso, los tribunales de justicia (y los autores que en lo sucesivo se ocupen del tema) tenderán a considerar que la verdadera naturaleza de la caución indirecta de “segunda generación” es la de un contrato de seguro. Podría aducirse que al ser una de las partes del contrato una aseguradora, se despliega la, de facto, vis atractiva del contrato característico de las aseguradoras: el contrato de seguro. Bastaría con fijarse en que, en caución directa, los tribunales se han decantado por la naturaleza asegurativa del contrato frente a la fianza a pesar de que funcionalmente el seguro de caución cumple la misma misión (v., por todos, TIRADO, “Comentario”, *op. cit.*, pp. 1467-1474; de PUIG, F., *Función y riesgo en el seguro de caución*, Eunsa, Pamplona, 2005, pp. 250-261; y de CARRASCO sugerimos la lectura de su “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1990”, *CCJC*, 23, 1990, p. 658 y ss.; y más completo, “El seguro de caución”, en VV.AA., *Tratado de los Derechos de Garantía*, en CARRASCO-CORDERO-MARÍN, I, 2ª ed., 2008, Thomson, Cizur Menor, 2008, pp. 649-653). Y por lo que se refiere a las cuentas en participación, mucho se ha escrito y debatido sobre si el contrato de reaseguro, en realidad, es un mero contrato de cuentas en participación. Aunque, a la postre, se ha acabado concluyendo que es un auténtico contrato de seguro (v., con profusión de citas, ROMERO, *Reaseguro*, I, *op. cit.*, p. 109 y ss.).

LA REGULACIÓN DEL TRANSPORTE TERRESTRE DE VIAJEROS Y LA DESIDIA DEL LEGISLADOR ESPAÑOL

IGNACIO QUINTANA CARLO*

I. El transporte en general, con independencia del medio por el que sea realizado (tierra, mar o aire), además de un fenómeno socio-económico de la máxima importancia que en los Estados y organizaciones supranacionales da lugar a una política específica, la «política de transportes», y de un sector de la actividad económica que está ordenado por un conjunto de normas, tanto de Derecho público como de Derecho privado, es - por lo que ahora importa - un contrato regulado en diversos textos legales: el Código civil, que rige los transportes terrestres no sometidos a la legislación mercantil; La Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, que - como su propio nombre indica - limita su ámbito de aplicación a estas; la Ley de Navegación Aérea, de 21 julio 1960, que dedica una parte importante de sus preceptos al contrato de transporte aéreo y la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, que regula el contrato de transporte tanto de mercancías (fletamento) como de viajeros (pasaje) por vía marítima.

Se trata, con excepción de las dos leyes elaboradas en el presente siglo, de textos legales anticuados (uno de ellos más que centenario) que contienen regímenes jurídicos diferentes, lastrados por la tradición y que no se corresponden con las actuales condiciones en las que se desarrollan los transportes ni con los convenios internacionales suscritos por España que regulan los transportes que desbordan las fronteras de los Estados nacionales. Y, lo que es más grave, de textos legales muy diferentes entre sí que, en lugar de tomar en consideración el «hecho técnico del transporte» como fenómeno unitario, centran su atención en el medio a través del cual dicho transporte se realiza.

Centrándonos en el transporte terrestre de viajeros, éste aparece regulado, administrativamente, en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987 (en lo sucesivo la LOTT), recientemente reformada por la Ley 9/2013 de 4 de julio (BOE 05-07), y su Reglamento de 1990 y en la Ley del Sector Ferroviario de 2003, con su Reglamento de 2004 (modificado en el 2006) y, desde la óptica contractual, únicamente en el Código civil (arts. 1601 a 1603) ya que la reciente Ley de 11 de noviembre de 2009 del contrato de transporte terrestre de mercancías derogó los escasos preceptos que el Código de comercio dedicaba a la materia: el art. 349.2º, que permitía calificar el contrato como mercantil cuando «siendo cualquiera su objeto, sea comerciante el porteador o se dedique habitualmente a verificar transportes para el público», y el art. 352 que establecía el contenido mínimo de los billetes y cartas de porte referentes a los viajeros y sus equipajes; además de lo que, en sede de prescripción de acciones, se establecía en el hoy derogado art. 951 del citado cuerpo legal.

Esta ausencia de regulación pretendió subsanarse durante la elaboración de la

* Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Zaragoza.

Propuesta de Anteproyecto de Código Mercantil, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de codificación (2013), incluyendo en el Libro Quinto del mismo (De los contratos mercantiles en particular) un Título VI que, bajo la rúbrica “Del contrato de transporte” contenía la regulación del contrato de transporte terrestre, el transporte marítimo y el transporte aéreo, distinguiendo en todos ellos entre las normas aplicables a los transportes de mercancías y las referidas a los transportes de personas.

Centrándonos en el transporte terrestre de personas, la Propuesta de Anteproyecto, reproducía literalmente los preceptos del Anteproyecto de Ley del contrato de Transporte Terrestre en materia de viajeros, los cuales no fueron incorporados a la versión que finalmente resultó aprobada como Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías. Preceptos que, por razones puramente cronológicas, no incorporaban la normativa comunitaria dictada con posterioridad: el Reglamento (CE) nº 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril (aplicable desde el 3 de diciembre de 2009), y el Reglamento (CE) nº 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 (aplicable a partir del 1 de marzo de 2013).

Por ello, con posterioridad, el Grupo de Trabajo XII (presidido por el Prof. Duque Domínguez e integrado por la Prof. Guerrero Lebrón y el autor de este trabajo), que se encargó de los contratos de depósito y transporte, actualizó las normas de la Propuesta de Anteproyecto incorporando, mediante la técnica de la remisión, el contenido de los Reglamentos comunitarios¹.

Con ello la Propuesta de Código Mercantil recogía de forma completa el régimen del contrato de transporte por las tres vías:

- El transporte terrestre de mercancías, mediante la incorporación al texto proyectado de las normas contenidas en la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías. Y el transporte terrestre de viajeros, mediante la recuperación de los preceptos del Anteproyecto de Ley del contrato de Transporte Terrestre en materia de viajeros, actualizados con las oportunas remisiones a las normas comunitarias.
- El transporte marítimo, tanto de mercancías como de pasajeros, mediante una remisión a la Ley de Navegación Marítima que entonces se encontraba en fase parlamentaria, y
- El transporte aéreo, mediante normas de nueva elaboración, basadas fundamentalmente en los convenios internacionales y la normativa de la Unión Europea, dada la obsolescencia de gran parte de los preceptos de la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960.

La Propuesta de regulación del contrato de transporte, sin embargo, no pasó la

¹ El texto actualizado no ha sido objeto de publicación por lo que se incluye como Apéndice de este trabajo.

barrera de los distintos ministerios del Gobierno, sobre todo del de Fomento. La regulación del transporte aéreo (de pasajeros) se “cayó” del Anteproyecto aprobado en primera lectura por el Consejo de Ministros² debido a la frontal oposición del Ministerio de Fomento basada, fundamentalmente, en que era una materia de su “tradicional competencia” dadas las peculiares características de dicho contrato. La del transporte marítimo porque se consideró preferible establecer la regulación del mismo en una Ley general de la navegación marítima, entonces en tramitación, y que poco más tarde se publicaría como la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. Y, por lo que a la regulación del transporte de pasajeros por vía terrestre se refiere, debido, en primer lugar, a “las diferencias existentes entre los distintos servicios y los problemas y situaciones que aparecen”... ya que “tal regulación afectaría al transporte en taxi, al transporte escolar, a servicios regulares en autobús, tanto urbanos como interurbanos, a excursiones, al transporte sanitario en ambulancia, etc. tanto por ferrocarril como por carretera” subtipos de transporte en los que “la situación en que se encuentran los viajeros es completamente diferente, así como los medios de que puede disponer el transportista en cada caso”. “Todo esto- concluía el Ministerio – hace especialmente dificultoso el mero intento de establecer reglas comunes para los transportes terrestres de viajeros”.

Por otra parte – se argumentaba – la regulación en el Código proyectado del contrato de transporte terrestre no era necesaria dada “la existencia de normativa de la Unión Europea directamente aplicable en esta materia donde se contiene una regulación parcial de esta materia: los Reglamentos (CE) nº 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril, y (CE) nº 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar; por el hecho de que la Comisión Europea se está planteando una revisión de los citados Reglamentos”. Y, por último, porque “en la práctica tampoco han surgido especiales dificultades que deriven de una carencia de regulación en esta materia pudiendo resolverse los problemas que surjan mediante condiciones generales aprobadas por la Administración”.

Razonamientos todos ellos que, por decirlo lisa y llanamente, carecen del mínimo fundamento. Examinémoslos con un mínimo detenimiento:

1. En cuanto a que la regulación del transporte terrestre de personas afectaría al transporte en taxi, al transporte escolar, a servicios regulares en autobús, tanto urbanos como interurbanos, a excursiones, al transporte sanitario en ambulancia, etc. tanto por ferrocarril como por carretera” y que “la situación en que se encuentran los viajeros en estos transportes – continua la argumentación - es completamente diferente, así como los medios de que puede disponer el transportista en cada caso”. Todo esto – concluye – hace especialmente dificultoso el mero intento de establecer reglas comunes para los transportes terrestres de viajeros.

² Vid. el texto aprobado en la página web del Ministerio.

Efectivamente, es cierto que existe una gran variedad de modalidades de transportes de personas por carretera, pero en todos ellos existe un contrato entre una empresa de transporte y una persona por el cual la primera se obliga a trasladar a la segunda de un lugar a otro sin que sufra daño en su persona o en su equipaje, si lo hubiere. Las especialidades de estas modalidades donde tienen trascendencia es en el régimen jurídico público o de ordenación de los transportes, es decir, en la LOTT y, sobre todo en su Reglamento, norma que regula con detenimiento cada una de estas modalidades (arts 123 y ss.). La lectura del art. 66.2 de la LOTT nos disipa cualquier duda al respecto: “son transportes especiales, aquellos en los que por razón de su peligrosidad, urgencia, incompatibilidad con otro tipo de transporte, repercusión social, u otras causas similares están sometidos a normas administrativas especiales”.

En conclusión, la pluralidad de modalidades de transporte existentes no impide la existencia de una regulación general del contrato de transportes terrestre de viajeros.

2. Por lo que se refiere a la existencia de normativa de la Unión Europea directamente aplicable en esta materia - los Reglamentos (CE) nº 1371/2007 y nº 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de los viajeros – la misma tampoco supone obstáculo alguno a la regulación en nuestro Derecho del contrato de transporte terrestre de personas. Por lo que se refiere al transporte por ferrocarril, porque el Reglamento UE, a pesar de que extiende a los viajeros nacionales el sistema existente en el Derecho unificado internacional - las Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de viajeros y equipajes por ferrocarril (CIV) del Convenio relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril (COTIF) – no contiene una regulación completa del contrato. Y por lo que afecta al transporte por autocar y autobús, porque – a diferencia del anteriormente citado - el Reglamento UE no incorpora un sistema más o menos amplio de normas de Derecho unificado internacional que regulen esta modalidad de transporte, sino que a la hora de determinar el Derecho nacional aplicable se remite al Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), y al Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Así se desprende del art. 7 del Reglamento que, en punto a la obligación que pesa sobre el transportista de indemnizar y prestar asistencia al viajero en caso de accidente, dispone que “los viajeros, de conformidad con el Derecho nacional vigente, tendrán derecho a una indemnización por fallecimiento, que comprenderá unos gastos funerarios razonables, o lesiones personales, así como por la pérdida o daño del equipaje, debidos a accidentes resultantes del uso del autobús o autocar.” Precepto que, a la hora de ser aplicado en nuestro país planteará el problema de saber qué Derecho es al que se remite la norma comunitaria.

Por tanto, tampoco la existencia de los Reglamentos de la UE supone impedimento alguno para la existencia de una regulación del contrato de transporte terrestre de viajeros. Y si ello es así, tampoco es admisible el argumento de que “la

Comisión Europea se está planteando una revisión de los citados Reglamentos”. Sobre todo si se tiene en cuenta que los Reglamentos de la UE en materia de derechos de los viajeros, con independencia de cuál sea la vía elegida para el transporte, están – por la propia naturaleza de la materia regulada – sometidos a revisión en función de los informes sobre su aplicación que bien la Comisión (en los transportes por ferrocarril) bien los organismos de aplicación (en los transportes por autocar y autobús) publicarán periódicamente (cfr. arts. 36 y 29 de los respectivos Reglamentos).

3. Por último, el Ministerio se opuso a la regulación en el Código del contrato de transporte terrestre de personas argumentando que “en la práctica tampoco han surgido especiales dificultades que deriven de una carencia de regulación en esta materia pudiendo resolverse los problemas que surjan mediante condiciones generales aprobadas por la Administración”. Con respecto a este argumento habría que señalar lo siguiente:

- Que, aunque la expresión “especiales dificultades” se presta a importantes dudas en cuanto a su alcance, es lo cierto que tanto las Juntas Arbitrales de Transporte como las Juntas Arbitrales de Consumo reciben reclamaciones sobre esta materia; sin perjuicio de las que lleguen directamente a los órganos jurisdiccionales por no ser susceptibles de arbitraje.
- Y – lo que es más importante – que, no obstante lo previsto en el art. 13 del Reglamento de la LOTT (“el Ministerio... podrá establecer contratos-tipo o condiciones generales de contratación para las distintas clases de transporte terrestre... en los que se determinarán los derechos y obligaciones recíprocas de las partes y las demás reglas concretas de cumplimiento de los contratos singulares”) y el tiempo transcurrido desde su entrada en vigor, continúan sin ser aprobados. Condiciones generales que, de acuerdo con el num. 3 del citado precepto – “se aplicarán con carácter imperativo, pudiendo, no obstante, incluirse cláusulas anexas a dichos contratos-tipo que se apliquen únicamente con carácter subsidiario o supletorio a los que pacten las partes”. Sin perjuicio de que las empresas de transporte puedan “ofrecer a los usuarios condiciones más favorables a las establecidas en los contratos-tipo, teniendo en este caso, estas últimas, el carácter de condiciones mínimas”. Contratos-tipo o condiciones generales de contratación, por último, que deberán estar expuestos al público en los locales en los que las Empresas de transporte realicen la contratación del transporte o expidan los correspondientes billetes”.

Primera conclusión: No es preciso profundizar más, baste con señalar que los transportes de personas por vía terrestre (tanto por carretera como por ferrocarril), siguen careciendo de regulación (jurídico privada) en nuestro Derecho interno y que dicha ausencia de regulación no encuentra justificación alguna.

II. Como ya se ha ido adelantando, mientras en España se producía esta situación, en la Unión Europea se ha producido en los últimos años un fenómeno que, por su singularidad merece ser destacado: mientras que con la entrada en vigor de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías (de aquí en adelante LCTTM) se suprimían los escasos preceptos contenidos en el Código de comercio aplicables a dichos transportes (concretamente los arts. 349 y 352), por otra, al poco tiempo entraban en vigor los Reglamentos comunitarios sobre los derechos de los viajeros de ferrocarril y de autobús y autocar. Con lo que, la desidia del legislador español a la hora de regular un contrato de tanta importancia como el que nos ocupa, se ha visto (en cierta medida) enmendada por la preocupación de las instancias comunitarias por el mismo; bien es cierto que más preocupadas por la dimensión “protectora de los derechos de los usuarios” (el Reglamento se dicta sobre la base del art. 91.1 del TFUE) que por la reguladora propiamente dicha del contenido contractual del instituto jurídico del transporte.

Efectivamente, en contraste con lo que sucede en Derecho español, la Unión Europea, desde hace diez años, viene llevando a cabo una intensa labor en materia de derechos de los viajeros que ha plasmado en la adopción de los siguientes seis Reglamentos comunitarios:

- Reglamento (CE) n° 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de mayo de 2002 por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente (aplicable desde mayo de 2002).
- Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n° 295/91 (aplicable desde 2005).
- Reglamento (CE) n° 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo (aplicable completamente desde julio de 2008).
- Reglamento (CE) n° 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril (aplicable desde el 3 de diciembre de 2009).
- Reglamento (UE) n° 1177/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010 sobre los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 (aplicable a partir del 18 de diciembre de 2012).
- Reglamento (CE) n° 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 (aplicable a partir del 1 de marzo de 2013).

Tarea que, de momento, ha culminado con la Resolución del Parlamento Europeo de 23 de octubre de 2012, sobre los derechos de los pasajeros en todos los

medios de transporte, en la que se establecen los diez principales derechos del pasajero con independencia de cuál sea el medio de transporte elegido:

- el derecho a la no discriminación en el acceso al transporte;
- el derecho a la accesibilidad en la movilidad y a la asistencia sin coste alguno para las personas discapacitadas y para las personas con movilidad reducida;
- el derecho a la información antes de la compra y en las distintas etapas del viaje, sobre todo en caso de interrupción del mismo;
- el derecho a renunciar al viaje y a obtener el reembolso del precio pagado por el mismo cuando este sea interrumpido;
- el derecho al cumplimiento del contrato de transporte en caso de interrupción, bien a través de cambios de ruta o de reserva;
- el derecho a recibir asistencia en caso de retraso en la salida o en el punto de conexión;
- el derecho a una compensación por los daños sufridos;
- el derecho a exigir responsabilidad a las empresas de transporte por los daños causados a los pasajeros y su equipaje;
- el derecho a un sistema rápido y accesible de tramitación de reclamaciones; y
- el derecho a la aplicación entera y correcta de la normativa europea de derechos de los pasajeros.

Segunda conclusión: en la actualidad los transportes de viajeros por vía terrestre (tanto los efectuados por ferrocarril como los efectuados por medio de autobús y autocar) se rigen, en primer lugar, por las normas contenidas en los Reglamentos (CE) nº 1371/2007 y nº. 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007 y 16 de febrero de 2011, respectivamente, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril (en vigor desde el 3 de diciembre de 2009) y sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar (en vigor desde el 11 de marzo de 2013). Y, en lo no contemplado en ellos, por las normas del Código civil, tanto las dedicadas a la regulación del contrato de transporte como las que rigen los arrendamientos de obra, y, cuando la aplicación por vía analógica sea posible, por los preceptos que la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima dedica a la regulación del contrato de pasaje marítimo y los que en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea rigen el contrato de transporte aéreo de pasajeros. Todo ello completado con las condiciones generales que, al tratarse de contratos de adhesión, incluyen los transportistas en sus contratos, a las que en su momento se hará una referencia más detenida. Como puede observarse una sistema de fuentes complejo, difícil de aplicar y necesitado de una pronta intervención por parte del legislador que coordine y sistematice el marco normativo de un contrato de la importancia del que nos ocupa.

III. En cualquier caso, sea o no complejo el sistema de fuentes normativas, hay que preguntarse, ¿es suficiente?, ¿cubre todos aquellos supuestos que puedan derivar de la

celebración (incluso antes, de la información previa al contrato) y ejecución del contrato de transporte?.

A esta pregunta, en parte ya contestada, podría responderse formulando otra: ¿los Reglamentos de la CE establecen un régimen jurídico completo, exhaustivo, del contrato que une al viajero con la empresa de transporte?. Porque si es así, el problema está resuelto; al menos en cuanto a la existencia de un cuadro normativo cierto que nos permite resolver las posibles controversias que se puedan producir con motivo de la celebración y el incumplimiento o cumplimiento anormal del contrato de transporte.

La respuesta es negativa. Ni siquiera en el caso de los transportes ferroviarios en los que el Reglamento CE incorpora el sistema del COTIF (como antes habían hecho los Reglamentos sobre derechos de los viajeros por vía aérea y marítima incorporando, respectivamente, los sistemas de Montreal y Atenas, las normas dictadas por la Unión Europea agotan el contenido contractual de las relaciones entre transportista y viajero.

Y menos aun en el caso del Reglamento en materia de transporte por autocar y autobús que se limita a establecer una serie de derechos aplicables a los servicios de larga distancia³ y, a todos los servicios, incluidos los que sean inferiores a 250 km⁴. Lo que justifica que el propio Reglamento explicita en su Considerando 15 que el mismo *“no debe limitar los derechos de los transportistas a reclamar indemnizaciones a cualquier persona, incluso a terceros, de conformidad con el Derecho nacional aplicable”*.

Pero, aun admitiendo como hipótesis de trabajo que los Reglamentos de la UE en materia de derechos de los viajeros son exhaustivos, ¿es ello suficiente para que un Estado miembro se abstenga de regular el contrato de transporte?.

Antes de contestar a esta pregunta, es necesaria una digresión, un **prius**, que en su día se planteó el Grupo de Trabajo de la Comisión General de Codificación cuando elaboró el título relativo al contrato de transporte en el Anteproyecto de Código Mercantil: ¿cómo remitirnos (que no incorporar) a los Reglamentos de la UE?. Se presentaban varias soluciones:

³ Asistencia adecuada, garantía de recorrido alternativo o reembolso en situaciones de excesos de reserva (*overbooking*) o en caso de cancelación o por un retraso de más de 120 minutos de la hora de salida estimada; indemnización del 50 % del precio del billete por un retraso de más de 120 minutos de la hora de salida estimada, la cancelación de un viaje o si el transportista no ofrece al pasajero un recorrido alternativo o un reembolso; información cuando se cancela el servicio o demora su salida; protección de los pasajeros en caso de fallecimiento, lesiones personales, pérdida o daños sufridos por accidentes de carretera, especialmente con respecto a las necesidades prácticas inmediatas en caso de accidente (incluido un alojamiento de hasta dos noches de hotel, por una suma total de 80 € la noche), y asistencia específica gratuita para las personas con discapacidad y con movilidad reducida tanto en las terminales como a bordo y, en caso necesario, transporte gratuito para las personas que los acompañen.

⁴ Derecho a la no discriminación directa ni indirecta por razones de nacionalidad, con respecto a las tarifas y las condiciones contractuales; un trato no discriminatorio a las personas con discapacidad y con movilidad reducida, así como indemnización económica por la pérdida o daño de su equipo de movilidad en caso de accidente; el derecho a ser informado sobre el viaje, antes y durante el mismo, así como una información general de sus derechos en las terminales y por Internet; un mecanismo de tramitación de las reclamaciones establecido por los transportistas y disponible para todos los pasajeros, y la existencia de organismos nacionales independientes en cada país de la UE, que se encarguen de hacer cumplir el Reglamento y, en caso necesario, de imponer sanciones.

- a. incorporando a la norma estatal los principios básicos del Reglamento. Solución absurda y, por tanto, desechada.
- b. reproduciendo literalmente sus normas. Solución peligrosa porque:
 - la fuerza obligatoria del Reglamento no viene de la reproducción de su contenido en la ley del Estado miembro (en nuestro caso del BOE), sino de su publicación en el DOCE. Por tanto la publicación de sus normas en dos diarios oficiales plantearía problemas en cuanto al inicio de su vigencia, las posibles inexactitudes en la incorporación del texto auténtico, etc.), y, lo que es más importante,
 - la modificación del Reglamento UE obligaría a una modificación “automática” de la norma estatal; y no se olvide que estos Reglamentos se someten a un “test de resistencia” periódico (los Informes tanto del Consejo como del organismo encargado en cada Estado miembro de su aplicación), al que ya se hizo referencia. (Por limitarnos al Reglamento en materia de transporte de autocar y autobús, en el mismo se establece que *a más tardar el 2 de marzo de 2016, la Comisión informará al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento y los efectos del presente Reglamento. En caso necesario, se adjuntarán al informe las propuestas legislativas que apliquen con más detalle las disposiciones del presente Reglamento o las modifiquen*”)
- c. Mediante la simple cita del Reglamento, que es el procedimiento que viene siguiéndose en nuestro país, y que fue el seguido en el Anteproyecto.

Concluido el *excursus*, y retomando la pregunta que quedó en suspenso: aun en el supuesto de que los Reglamentos de la UE en materia de derechos de los viajeros sean exhaustivos, ¿es ello suficiente para que un Estado miembro se abstenga de regular el contrato de transporte?.

Y de nuevo tenemos que contestar negativamente. Y ello porque la norma jurídica, además de su función prescriptiva (es una regla dirigida a la ordenación del comportamiento humano prescrita por una autoridad cuyo incumplimiento puede llevar aparejado una sanción) cumple otra no menos importante que es su función motivadora (casi “educativa”) que requiere su publicidad (el máximo conocimiento del colectivo al que va dirigida) para que se produzca el efecto de la llamada prevención general (que es algo muy distinto de la prevención especial, que solo tiene en cuenta la protección de los intereses directamente protegidos; en nuestro caso, los del viajero o los de la empresa de transporte).

Y podemos preguntarnos, en estos momentos, los usuarios del transporte terrestre en España ¿conocen la existencia de los Reglamentos de la UE?

Se parte del dato de que el español medio no desayuna leyendo el DOCE. Por tanto, salvo casos excepcionales, desconoce la existencia de los Reglamentos de la UE. Deberá, en consecuencia, acudir a otros medios de información y estos son básicamente dos: la propia empresa de transportes (tanto sus condiciones generales como en la información que ponga a disposición de sus usuarios por otros cauces) como los organismos encargados de velar por la ordenación de los transportes, en nuestro caso el Ministerio de Fomento a través de la Dirección General de Transporte Terrestre.

(Incluso, si somos particularmente perspicaces, podemos acudir a la información facilitada por el organismo encargado de velar por la protección de los consumidores y usuarios, en este caso el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a quien está encomendada la política de consumo; que desarrolla a través de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN).

Sin embargo, cuando se acude a estos otros medios de información nos encontramos con que los mismos no facilitan información alguna al viajero sobre sus derechos.

Por lo que se refiere a las empresas de transporte, (vid. a título de ejemplo, las Condiciones legales de contratación del grupo AVANZA, líder en el sector del transporte urbano y con una presencia muy importante en el interurbano, en su sitio web <https://www.avanzabus.com/web/condiciones-generales.html>) éstas ni siquiera citan que existe un Reglamento UE que establece una serie de derechos a favor de los pasajeros. Es más, contienen condiciones (como la limitación a 450 euros por pieza en caso de pérdida de equipaje) que son contrarias a lo que dispone el Reglamento UE que en su art. 7, después de señalar que “el importe de la indemnización se calculará de conformidad con el Derecho nacional vigente”, añade que “el límite máximo establecido por el Derecho nacional a la indemnización por fallecimiento o lesiones personales o por la pérdida o daño del equipaje para cada ocasión no será inferior a 1.200 EUR por pieza de equipaje”.

Quinta conclusión: las empresas de transporte de viajeros por carretera no se han enterado (o no han querido hacerlo) de la existencia y plena vigencia del Reglamento comunitario.

Desconocimiento que sorprende si se toma en consideración el dato de que la principal Asociación empresarial del sector (FENEBUS) ha elaborado y hecho público en su sitio web una “Guía sobre los derechos de los pasajeros que viajen en autobús y autocar” – elaborada utilizando como base el Reglamento (CE) nº 181/2011 y la guía para operadores sobre el mismo Reglamento realizada por la Unión Internacional del Transporte por carretera (IRU) - que pretende informar a las empresas de transporte de viajeros por carretera de las nuevas obligaciones resultantes del Reglamento de Derechos de los pasajeros que viajen en autobús y autocar y cuya lectura la asociación recomienda encarecidamente a fin de conseguir una total comprensión de la dimensión de las obligaciones y responsabilidades establecidas en el Reglamento.

Lamentablemente, lo mismo sucede con la información facilitada por el Ministerio de Fomento, en cuyo seno se encuentra la Dirección General de Transporte Terrestre. En su sitio web, en el apartado correspondiente a la “normativa vigente” ni siquiera se citan los Reglamentos UE, ni dentro de la normativa española ni dentro de la regulación europea. Bien es cierto que el propio Ministerio se encarga de “puntualizar” que *“los textos, normativa y en general cualquier información contenida en las páginas de este Portal tienen carácter meramente informativo, por lo que sugerimos compruebe la vigencia y exactitud de los datos en las fuentes administrativas oficiales correspondientes. Y que “la información que se ofrece podría no ser exhaustiva, exacta o actualizada”*.

No deja de ser curioso, sin embargo, que en la misma página, en sede de “Marina mercante”, aparece una pestaña titulada “Derechos de los pasajeros” en la que se citan tanto el reglamento (UE) n° 1177/2010 sobre los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables, aplicable desde el 18 de diciembre de 2012, como el reglamento (CE) n° 392/2009, sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente, aplicable en la Unión Europea y los Estados del EEE desde el 31 de diciembre de 2012.

Sexta conclusión: Para la página web del Ministerio no existe la normativa comunitaria sobre derechos de los viajeros en los transportes terrestres, a pesar de que – según datos del INE – sólo en el mes de noviembre de 2014 el número de usuarios del transporte público fue de más de 387,2 millones de viajeros que, obviamente, no han podido acudir a la página del Ministerio para conocer los derechos que les reconoce la legislación vigente cuando utilizan un autobús o un autocar para trasladarse de un lugar a otro.

Cabría pensar, sin embargo, que quizá la información habría que buscarla en el sitio web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Sin embargo, tampoco aquí encontramos referencia alguna a los Reglamentos en materia de derechos de los viajeros. En la página de Consumo (en reconstrucción), bajo el título derechos de los consumidores, solo aparecen referencias generales a los mismos y, dentro de los derechos sectoriales, una mención a los derechos de los pasajeros del transporte aéreo y los derechos de los viajeros de autobús y autocar (los transportes ferroviarios y los marítimos ni se mencionan), pero sin más desarrollo de la información.

Antes de concluir con estas referencias a la información institucional, resulta sorprendente comprobar que el Ministerio de Sanidad, ha desarrollado una aplicación para móvil (gratuita y que funciona sin conexión para evitar cargos de *roaming*) mediante la cual la AECOSAN y el Centro Europeo del Consumidor en España facilitan información y asesoramiento a los consumidores españoles y europeos que viajen al extranjero en 23 lenguas de la UE además de islandés y noruego; información que abarca los temas relativos a los transportes aéreo, terrestre y marítimo y que ha sido presentada en el Parlamento Europeo en Estrasburgo.

Séptima conclusión: Si el español medio quiere informarse sobre sus derechos en materia de transporte terrestre de viajeros tiene que poseer un móvil inteligente y estar de vacaciones en el extranjero.

Por todo lo expuesto no debe extrañar que, según publica la propia Asociación FENEBUS (hoy integrada con ASINTRA en la Confederación Española de Transporte en Autobús, CONFEBUS), los resultados de una nueva encuesta del Eurobarómetro (Septiembre 2014) sobre derechos de los pasajeros muestran que, a pesar de que los servicios de autocar de larga distancia son el modo de transporte que mejor información ofrece respecto al precio del billete y a los derechos de los viajeros, España ocupe el último lugar en punto al conocimiento por parte de los usuarios de los derechos que les confieren los Reglamentos comunitarios: mientras que en Eslovaquia el 55% de los usuarios de los transportes por carretera consideran que reciben una información

correcta, completa y transparente tanto sobre el precio de los billetes como sobre sus derechos como pasajeros, en nuestro país el porcentaje cae al 29%.

Conclusión de conclusiones: A la vista de todo lo expuesto no resulta en absoluto aventurado concluir que, efectivamente, cabe hablar de una desidia del legislador español que, unida a las conductas seguidas por la Administración encargada de los transportes y las empresas del sector, frente a la que es necesario reaccionar porque – y esto es lo que en realidad importa – los viajeros españoles no son conscientes de sus derechos y, si los desconocen, mal puede exigir su cumplimiento.

APÉNDICE

Texto de los artículos dedicados al transporte de personas en el Borrador de Anteproyecto de Código Mercantil elaborado por el Grupo XI de la Comisión General de Codificación (Última revisión, mayo 2014)

SECCIÓN 2ª. DEL TRANSPORTE TERRESTRE DE PERSONAS

Subsección 1ª. Disposiciones generales

Artículo 561-79. Noción y normas aplicables

1. El contrato de transporte de personas es aquél por el que el porteador se obliga a trasladar de un lugar a otro uno o más viajeros con o sin equipaje, mediante el pago de un precio.

2. El contrato se regirá por las normas de este Código y por las de la Unión Europea, las cuales serán también de aplicación a los contratos por los que un porteador se obliga a trasladar personas gratuitamente.

Subsección 2ª. De la información precontractual y la documentación del contrato.

Artículo 561-79 bis. Información precontractual.

1. Antes de la celebración del contrato, el porteador deberá informar al viajero de todas las condiciones del transporte, así como de los derechos que le asisten conforme a la normativa nacional, comunitaria e internacional. En particular deberá suministrarle información completa, clara y comprensible en relación con:

a) La responsabilidad del transportista con respecto a los viajeros y sus equipajes, incluyendo en su caso los límites indemnizatorios que resultaran aplicables,

b) los plazos y los sujetos ante quienes se podría presentar una reclamación de indemnización, y

c) en su caso, los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida

2. La información al viajero se facilitará al menos en castellano.

3. La información a que se refiere el apartado uno de este artículo deberá estar siempre a disposición del viajero cualquiera que sea el medio utilizado para la celebración del contrato.

Artículo 561-80. Documento del transporte.

1. El porteador entregará al contratante un documento escrito que dará fe, salvo prueba en contrario, de la conclusión y contenido del contrato.

2. El documento de transporte podrá emitirse en forma de registro electrónico de datos, susceptible de transformarse en signos de escritura legibles.

Artículo 561-81. *Billetes y tarjetas de abono.*

1. Cuando el transporte se contrate por plaza o asiento, se documentará en un billete, que legitimará al viajero para ser transportado.

2. El billete incluirá, al menos, las siguientes menciones:

a) Datos de identificación.

b) Origen y destino del viaje o zona geográfica de validez.

c) Precio del transporte.

d) Fecha de utilización del servicio, fecha de emisión o plazo de validez del billete.

e) En su caso, número del asiento y del vehículo.

f) Cualquier otra indicación necesaria para probar la conclusión y el contenido del contrato de transporte.

3. El transporte también podrá documentarse mediante tarjetas de abono o documentos similares para un número limitado de viajes o para un determinado periodo de tiempo, con o sin límite en cuanto al número de viajes.

Artículo 561-82. *Talón de equipaje.*

1. Siempre que se transporte equipaje, el porteador deberá expedir al pasajero un talón de equipaje con las menciones necesarias para su correcta identificación o bien incluir esas menciones en el documento de transporte. En el transporte por carretera esta norma sólo será aplicable cuando se trate de servicios regulares de uso general.

2. El documento que se expida hará fe, salvo prueba en contrario, de la veracidad de sus menciones, así como de la recepción del equipaje por el porteador en buen estado aparente.

Subsección 3ª. Del contenido del contrato

Artículo 561-83. *Obligación de transporte.*

1. El porteador asume la obligación de conducir a destino al viajero junto con su equipaje, sin daño ni menoscabo, en el tiempo y por la ruta fijados o, en otro caso, por los que resulten adecuados, atendiendo a las circunstancias de la operación.

2. El porteador está obligado a admitir y a transportar el equipaje del viajero de acuerdo con las características del vehículo y las limitaciones de la normativa aplicable. Al final del trayecto, el porteador deberá poner a disposición del viajero el equipaje que haya transportado.

3. El porteador también se obliga a cumplir las demás prestaciones complementarias o accesorias asumidas con motivo u ocasión, del transporte, en los términos y condiciones fijados.

Artículo 561-84. *Impedimentos al transporte.*

1. En caso de que se produzcan eventos que impidan realizar o continuar el transporte, retrasen su inicio o la llegada a destino, el porteador deberá informar de tales hechos a los viajeros. A petición expresa del viajero, el porteador extenderá un justificante haciendo constar tales circunstancias.

2. La interrupción del viaje no libera al porteador de la obligación de trasladar al viajero y su equipaje hasta el lugar de destino, debiendo poner a su disposición los medios que permitan cubrir la parte restante del trayecto sin coste adicional alguno. No obstante, el viajero tendrá derecho a desistir del transporte, exigiendo la devolución del precio.

Artículo 561-85. *Pago del precio.*

El viajero estará obligado al pago del precio del transporte cuando no se haya obligado a hacerlo la persona que celebró el contrato a su favor.

Artículo 561-86. *Tenencia del billete.*

En los transportes contratados por plaza o asiento, el viajero deberá conservar el billete o la tarjeta de abono durante todo el trayecto y exhibirlo al porteador o a sus auxiliares cuando lo soliciten.

Artículo 561-87. *Derechos y obligaciones del viajero.*

1. El viajero tendrá derecho a exigir del porteador el cumplimiento de las obligaciones que le incumben de acuerdo con las normas de la Unión Europea.

2. El viajero deberá pagar el precio del pasaje, presentarse oportunamente para su embarque y observar en todo momento una conducta razonable y adecuada, absteniéndose de causar daños al vehículo, de poner en peligro la seguridad del transporte o de los demás viajeros, así como de incomodar a éstos de una manera intolerable.

3. El porteador podrá obligar a abandonar el vehículo a los viajeros que incumplan la obligación prevista en el apartado anterior, sin que tengan derecho al reembolso del precio satisfecho por el transporte.

Subsección 4ª. Del régimen de responsabilidad

Artículo 561-87 bis. *Remisión a la normativa de la Unión Europea.*

La responsabilidad del porteador por los daños y perjuicios causados tanto por la cancelación total o parcial del viaje, por daños a los viajeros en sus personas o en sus equipajes, por retraso en la ejecución del transporte como por las pérdidas y averías que sufra el vehículo de motor transportado en el ferrocarril, se regularan por lo dispuesto en los Convenios internacionales sobre la materia de los que España es parte y en las normas de la Unión Europea.

Del mismo modo, el límite de las indemnizaciones a percibir por los viajeros en los supuestos contemplados en el párrafo anterior y los seguros para cubrir el riesgo de las mismas se fijarán y concertarán de acuerdo con lo dispuesto en los citados Convenios y normas.

Artículo 561-88. *Inejecución total o parcial del viaje.*

1. El porteador responderá de los daños y perjuicios causados por la cancelación total o parcial del viaje, a menos que se debiera a hechos o circunstancias que no le fueran imputables.

2. En los mismos términos, el porteador responderá de los daños y perjuicios causados por la modificación de los horarios, itinerarios o paradas.

3. El viajero que no se presente en el lugar y tiempo indicados para el comienzo del viaje perderá el derecho al transporte.

Cuando el viajero comunique al porteador su renuncia al transporte con la antelación mínima fijada en el contrato, tendrá derecho al reembolso de todo o parte del precio.

4. Cuando no se realice el transporte y el porteador haya recibido el precio, deberá devolver el importe íntegro. La ejecución parcial de la operación solo le dará derecho a percibir la parte correspondiente del precio contratado cuando lo finalmente ejecutado reporte algún beneficio para el viajero.

Artículo 561-89. *Responsabilidad por daños personales.*

1. El porteador responderá de los daños causados por la muerte o las lesiones sufridas por el viajero con motivo de la entrada o salida del vehículo o durante su estancia en el mismo, siempre que sean consecuencia de hechos relacionados con el transporte.

2. El porteador quedará exonerado de responsabilidad cuando pruebe que los daños y perjuicios han sido debidos a circunstancias ajenas a su empresa que, a pesar de haber adoptado toda la diligencia exigible, no pudo evitar y cuyas consecuencias tampoco pudo impedir. El porteador también quedará exonerado de responsabilidad en la medida en que el suceso haya sido debido a culpa del viajero. En ningún caso podrán alegarse como causas de exoneración los defectos del vehículo ni, en lo que se refiere al transporte ferroviario, el estado de las infraestructuras.

Artículo 561-90. *Seguro de responsabilidad civil.*

El porteador deberá suscribir un seguro que cubra su responsabilidad civil por daños personales a los viajeros.

Artículo 561-91. *Responsabilidad por retraso en la ejecución del transporte.*

1. En caso de retraso, se indemnizará el perjuicio que el viajero pruebe que le ha ocasionado el mismo.

2. No obstante, el porteador se exonerará cuando pruebe que el retraso fue debido a culpa del viajero o a circunstancias ajenas a su empresa, que no pudo evitar y cuyas consecuencias tampoco pudo impedir, a pesar de haber actuado con la diligencia requerida por la situación. En ningún caso podrán alegarse como causas de exoneración los defectos del vehículo.

Artículo 561-92. *Responsabilidad por daños al equipaje.*

1. El porteador responderá de la pérdida y de las averías del equipaje desde el momento de su recepción para el transporte hasta el de su restitución al viajero.

2. El porteador quedará exonerado, en todo o en parte, de esa responsabilidad si prueba que la pérdida, la avería o el retraso se han producido por culpa del viajero, por la naturaleza y vicio propio del equipaje o por circunstancias que no pudo evitar y cuyas consecuencias tampoco pudo impedir. Los defectos del vehículo no podrán ser alegados en ningún caso como causa de exoneración.

3. El viajero podrá considerar perdido su equipaje cuando transcurran catorce días, a contar de su llegada a destino, sin que se haya procedido a restituirlo, teniendo derecho a exigir al porteador la correspondiente indemnización.

4. La eventual recuperación de equipajes perdidos se regirá por lo establecido para el transporte de mercancías.

Artículo 561-93. *Transporte de los vehículos de los viajeros por ferrocarril.*

1. El porteador deberá indemnizar al viajero las pérdidas y averías que sufra el vehículo de motor transportado en el ferrocarril.

2. Los objetos que se hallen en su interior se equiparán, a efectos de responsabilidad, a los bultos de mano.

3. Un remolque, con o sin carga, será considerado como un vehículo independiente.

Artículo 561-94. *Responsabilidad por daños a los bultos de mano.*

El porteador sólo responderá de la pérdida y de la avería de los bultos de mano en el transporte, cuando el viajero pruebe que se han producido por culpa del porteador

Artículo 561-95. *Límites de Indemnización.*

1. La indemnización de los daños derivados del retraso no excederá del triple del precio del transporte.

2. Salvo que expresamente se hayan pactado unas cuantías o condiciones diferentes, la responsabilidad de los porteadores de viajeros por las pérdidas o averías que sufran los equipajes o los bultos de mano estará limitada a los importes máximos que estén establecidos reglamentariamente.

3. La indemnización por la pérdida o los daños del vehículo de motor del viajero estará limitada a los importes máximos que reglamentariamente se establezcan.

Artículo 561-96. *Pluralidad de porteadores.*

1. Cuando el transporte de viajeros haya sido asumido por varios porteadores sucesivos, en virtud de un único contrato, y cada uno de ellos realice una parte del trayecto, la responsabilidad por daños personales, al equipaje o por retraso deberá ser asumida por el porteador sucesivo que estuviera a cargo de la parte del trayecto en que se hayan producido los hechos.

2. En los demás supuestos en que haya pluralidad de portadores se aplicarán las reglas establecidas para la responsabilidad de los portadores efectivos para el transporte de mercancías.

3. No obstante lo establecido en los dos apartados anteriores, cuando se trate de un servicio regular de transporte de viajeros por carretera la responsabilidad por daños personales, al equipaje o por retraso se asumirá siempre por el portador que contrató el transporte.

Artículo 561-97. *Responsabilidad por los auxiliares.*

1. El portador responderá de los actos y omisiones de sus auxiliares y de los terceros a cuyos servicios recurra para el cumplimiento de sus obligaciones.

2. Los administradores de la infraestructura ferroviaria sobre la que se realice el transporte se considerarán, a estos efectos, auxiliares del portador.

3. En el transporte por ferrocarril no podrán alegarse como causas de exoneración los defectos del vehículo ni, en lo que se refiere al transporte ferroviario, el estado de las infraestructuras.

Artículo 561-98. *Acciones y régimen de responsabilidad.*

El régimen de responsabilidad previsto en este título será aplicable a toda acción que persiga una indemnización por daños y perjuicios derivados del transporte, con independencia de cuál sea el procedimiento a través del que se ejercite o su fundamento contractual o extracontractual, tanto se si hace valer frente al portador como si se dirige frente a sus auxiliares o terceros de los que responde.

Igualmente, el régimen de responsabilidad previsto en este título se aplicará a las acciones de responsabilidad que se dirijan contra los auxiliares o terceros, cuyos servicios empleare el portador para el cumplimiento de sus obligaciones.

Artículo 561-99. *Pérdida de los beneficios de limitación.*

El portador no podrá valerse de las normas del presente título que excluyan o limiten su responsabilidad cuando el daño haya sido causado por el mismo o por sus auxiliares, intencionadamente o actuando de forma temeraria y con conciencia de su probabilidad. La misma regla se aplicará también a los auxiliares del portador.

Artículo 561-100. *Responsabilidad del viajero.*

1. El viajero o, en su caso, el contratante del transporte responderán de los daños y perjuicios causados al portador por el incumplimiento culpable de sus obligaciones.

2. El viajero responderá, asimismo, de los daños y perjuicios causados al portador por los objetos o animales que lleve consigo, a no ser que pruebe que han sido debidos a circunstancias que no pudo evitar y cuyas consecuencias tampoco pudo impedir, a pesar de haber obrado con la diligencia exigible al viajero.

Artículo 561-101. *Reservas.*

1. El viajero o su derechohabiente informarán al portador de los daños personales sufridos por aquél dentro de los doce meses siguientes al día en que se manifiesten. Dicha información no será necesaria cuando el portador haya tenido conocimiento por otro medio del accidente sufrido por el viajero.

2. El viajero deberá formular por escrito sus reservas al portador o a sus auxiliares cuando aprecie daños en los bultos de mano o en el equipaje, dentro de los tres días siguientes al de su llegada a destino o, en su caso, al de la recepción del equipaje. Cuando tales daños fueran aparentes, las reservas habrán de manifestarse durante el viaje, a la llegada a destino del viajero o en el momento de la recepción del equipaje.

3. La ausencia de información sobre daños personales o de formulación de reservas, conllevará la presunción, salvo prueba en contrario, de que el viajero, sus bultos de mano o equipajes se transportaron sin daño alguno.

4. En caso de retraso en la ejecución del transporte o en la entrega del equipaje, el viajero perderá toda acción de reclamación cuando no haya formulado reservas escritas al porteador dentro de los veintiún días siguientes a su llegada o a la recepción del equipaje.

Artículo 561-102. *Prescripción de acciones por daños personales a los viajeros.*

La acción de responsabilidad por daños personales a los viajeros prescribirá a los tres años desde el fallecimiento del viajero o desde que se manifieste el alcance de su lesión, sin que en ningún caso pueda sobrepasarse el plazo de diez años contados a partir del momento del accidente.

EL CONTRATO DE COMISIÓN EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO MERCANTIL

M^a ROCÍO QUINTÁNS EIRAS*

Resumen

El presente trabajo analiza la regulación que contiene el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil sobre el contrato de comisión mercantil. No se trata de un análisis sistemático del articulado propuesto en el Anteproyecto, sino de poner de manifiesto los principales cambios que se introducen con relación a la regulación del Código de comercio. A estos efectos se realiza una valoración, por un lado sobre la necesidad y oportunidad de la reforma y por otro, sobre la adecuación de los cambios a la realidad del tráfico jurídico del contrato de comisión.

Contenido

1. Consideraciones previas: una reforma necesaria. – 2. Principales cambios. – 2.1. Concepto y mercantilidad del contrato de comisión. – 2.2. Comisión y poder de representación. – 2.3. Desempeño de la comisión: sujeción a instrucciones y diligencia del comisionista. – 2.4. Autoentrada y aplicación. – 2.5. Pacto de garantía. – 2.6. Extinción del contrato.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS: UNA REFORMA NECESARIA

En el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil aprobado en primera lectura por el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014, se destina el libro V, título IV a los “*contratos de colaboración*”, dentro de los cuales se dedica el capítulo I a la regulación del contrato de comisión mercantil.

La categoría de contratos de colaboración ha sido acuñada por nuestra doctrina y jurisprudencia, si bien carece del respaldo legal que ahora le otorga el Anteproyecto. Aunque resulta, sin duda, positivo que se reconozca legalmente la categoría contractual de los contratos de colaboración mercantil, el legislador del Anteproyecto no ofrece un concepto de los mismos, sino que únicamente señala en la Exposición de Motivos que dichos contratos poseen “*como característica fundamental tener como causa común servir de cauce a la cooperación entre empresarios que desarrollan actividades complementarias, de manera que unos se sirven del auxilio de los otros para poder realizar de manera más eficiente determinados negocios*”. Estos términos no son los que mejor indican lo que ha de entenderse por contratos de colaboración, pues lo que realmente delimita y caracteriza

* Profesora Titular de Derecho mercantil, Universidad de A Coruña.

estos contratos como categoría es el hecho de que en todos ellos se lleva a cabo un gestión de intereses ajenos. Se realiza una actividad auxiliar de colaboración, ya sea en nombre y por cuenta de ajena, o en nombre ajeno y por cuenta propia. La gestión que se realiza en estos contratos constituye una prestación de servicios y por tanto, implica una obligación de hacer, caracterizada por la utilidad que se consigue para otra persona, esto es, por el carácter ajeno del resultado que se persigue¹.

A la falta de una caracterización clara de los contratos colaboración, ha de añadirse que en el Anteproyecto no se recogen todos los contratos de esta categoría, sino que únicamente se reducen a cinco las figuras objeto de regulación (comisión, mediación, agencia, participación y estimatorio), siendo especialmente llamativo que el capítulo dedicado a los contratos de distribución, que en nuestra opinión, son un subconjunto de los de colaboración, hayan desaparecido del texto del Código mercantil, finalmente presentado².

Por otro lado, el legislador ha optado por no incluir en el Anteproyecto disposiciones generales aplicables a cualquier clase de contratos de colaboración, por lo que habrá que acudir a lo dispuesto sobre obligaciones y contratos en general en el libro IV de Código mercantil.

Por lo que se refiere al tema objeto de análisis de estas páginas, el contrato de comisión, cabe comenzar señalando que se trata de un contrato que es objeto de una amplia utilización y que posee una detallada regulación en el actual Código de comercio de 1885, a diferencia de otros contratos regulados en este título por

¹La gestión que se desarrolla a través de estos contratos de colaboración está esencialmente caracterizada por ser una gestión individualizada, por lo que la actividad del “colaborador” ha de adaptarse a los concretos objetivos fijados por su principal. Se trata, además, de una gestión profesional, como tendremos ocasión de poner de manifiesto, al analizar el contrato de comisión. En estos términos, *vid.* MONTÉS PEÑADES, V.L., “Perfiles jurídicos de la relación de gestión”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº monográfico sobre *Contratos de Gestión*, edita Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 16 y PASQUAU LIAÑO, M., *La gestión de negocios ajenos*, Montecorvo, Madrid, 1986, p. 404, quien aclara que se produce una injerencia útil en la esfera ajena, la cual se refiere a la “ajenidad” objetiva del negocio que se gestiona, es decir, la gestión recae sobre bienes o derechos que independientemente de su voluntad no forman parte del patrimonio del gestor, sino del de un tercero. De la misma opinión recientemente GOMEZ SEGADE, J.A., “Los contratos de colaboración”, en VV.AA., *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 486. Sin embargo VICENT CHULIÁ (*Introducción al Derecho mercantil*, vol., II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 1292 y 1293, considera que la forma precisa de denominar a estos contratos no es contratos de colaboración, sino de “contrato de gestión”. Como contratos de gestión de intereses ajenos también los clasifica BROSETA PONT, M y MARTINEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, 21ª edición, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 111 y ss.

² En efecto, de la última redacción del Anteproyecto ha desaparecido la regulación de los contratos de distribución que se recogía en la Propuesta del Código mercantil elaborada por la Comisión General de Codificación que se dio a conocer en junio de 2013, de manera que nuevamente no llega a buen puerto el intento de dotar a estos contratos de una mínima regulación jurídica en nuestro Ordenamiento jurídico. Sobre los intentos de regulación de estos contratos, *vid.*, entre otros, VV.AA., *Los contratos de distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZ, J., VIERA GONZÁLEZ, A. (*Dir.*), *La Ley*, 2010; VV.AA., *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, VÁZQUEZ ALVERT, D. (*Dir.*), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, y VV.AA., *La Reforma de los contratos de distribución comercial*, VIERA GONZÁLEZ, A., ECHEBARRIA SÁENZ, J., RUIZ PERIS, (*Dir.*), *La Ley*, Madrid, 2013.

primera vez, como el de mediación o el estimatorio. Desde 1885 resulta evidente que el tráfico mercantil ha experimentado cambios de tal calado que el contrato de comisión, lo mismo que ocurre con otros contratos, requiere una actualización y adaptación normativa a la realidad del mercado. Partiendo pues de esta premisa queda fuera de toda duda la oportunidad de una reforma que actualiza la normativa vigente.

En el texto actualmente vigente del Código de comercio la comisión mercantil se encuentra regulada en un Título específico (Título III. *De la comisión mercantil*), dedicado a lo que se entiende, y así lo señala la Exposición de motivos, como: “*una forma especial del contrato de mandato*”. Dicho título trata dos figuras que son ciertamente dispares, sobre todo analizadas desde la relación que dichos colaboradores mantienen con el empresario: la Sección 1^a regula la figura de los comisionistas, mientras que la Sección 2^a está dedicada a: “*Otras formas de mandato mercantil. Factores, dependientes y mancebos*”.

El Anteproyecto prescinde de la regulación de los llamados auxiliares del empresario, reubicando, como hemos señalado a la comisión entre los contratos de colaboración. A la nueva reubicación de la comisión mercantil, se une una reordenación de la regulación de este contrato, comenzando por una clara reducción en el número de preceptos, de tal forma que mientras en el Código de comercio la comisión mercantil se encuentra desarrollada a lo largo de 36 artículos (arts. 244 a 280), en el Anteproyecto solo se dedican 16 preceptos a este contrato (arts. 541-1 al 541-16). En la norma proyectada se simplifica mucho el régimen del contrato, especialmente en lo relativo a la prolija regulación que sobre las obligaciones del comisionista contiene el Código actual. Sin duda el nuevo orden del articulado del Código mercantil aporta claridad, al dividir en cuatro secciones (Disposiciones generales, Derechos y obligaciones del comisionista, Obligaciones del comitente, y Causas específicas de extinción)³ la regulación del contrato y sobre todo al unificar diversas cuestiones que en el Código de comercio actual se encuentran reguladas de manera dispersa en diversos preceptos.

Al margen de las diferencias de ubicación y cuantitativas que se observan de manera evidente, el objetivo de estas estas páginas es poner de manifiesto las principales reformas que desde el punto de vista sustantivo se introducen en la regulación del Anteproyecto. Así las cosas, no realizaremos un análisis sistemático del articulado propuesto en el Anteproyecto para regular el contrato de comisión mercantil, sino que únicamente pondremos de manifiesto los principales cambios que, en nuestra opinión, se contienen con relación a la regulación anterior. Debemos tener presente que la regulación proyectada en el Código mercantil sigue conservando el carácter dispositivo de las normas que regulan este contrato, que

³Como señala la Exposición de Motivos del Anteproyecto (VI) se trata de “*una sistemática nueva más acorde con la técnica legislativa actual, al tiempo que se introducen algunas novedades y se prescinde de las normas relativas a los auxiliares del empresario*”.

continua, además, teniendo el carácter de consensual (art. 413-1 Anteproyecto), sin que sea necesaria la forma escrita, salvo que las partes así lo acuerden⁴.

2. PRINCIPALES CAMBIOS

2.1. Concepto y mercantilidad del contrato de comisión

El concepto de contrato de comisión se formula en el Anteproyecto de Código mercantil, al igual que en el actual Código de comercio, por remisión a la regulación del mandato. El art. 541-1 dispone que “*la comisión es el mandato*”, de manera similar al art. 244 del Cco que especifica que “*se reputará comisión mercantil el mandato*”. Así pues, el Anteproyecto de Código Mercantil mantiene la identificación genérica entre mandato y comisión, por lo que ha de continuar teniéndose presente la noción genérica de contrato de mandato proporcionada por el Derecho común en el art. 1709 CC⁵.

Así las cosas, para acotar la comisión respecto del mandato y aplicar el régimen contenido en el actual Código de comercio o en el futuro Código mercantil, debe acudirse a las condiciones de mercantilidad. En ambas normas se hace, por tanto, necesario determinar los criterios de mercantilidad que convierten el mandato en comisión mercantil. Este es uno de los temas que, sin duda, mayores problemas ha suscitado en la regulación actual de la comisión y que el Anteproyecto trata de solucionar.

En efecto, la regulación de la mercantilidad del contrato de comisión en el Anteproyecto de Código mercantil subsanará, en nuestra opinión, uno de los problemas que han estado presentes a lo largo de los años de aplicación del vigente Código de comercio, pues redefine tanto el elemento objetivo, como sobre todo el subjetivo de este contrato.

El art. 244 Cco exige que concurren dos requisitos para determinar la mercantilidad de un contrato de mandato, convirtiéndolo en comisión mercantil. En primer lugar, se impone un requisito objetivo, consistente en que los actos jurídicos, que constituyen el objeto de la actividad de gestión, sean actos de comercio. Y, en segundo, se requiere un requisito de orden subjetivo: que el comitente o el comisionista sean comerciantes o agentes mediadores del comercio⁶. Así, pues, el requisito o condición subjetiva de mercantilidad, en la legislación vigente solo requiere que cualquiera de las partes comitente o comisionista sea empresario. La doctrina mercantilista española ha criticado ampliamente este requisito, considerando que quien ha de ser siempre un profesional es el

⁴Tal como dispone el art. 411-1 del Anteproyecto, los contratos de colaboración, salvo su concepto, tienen carácter dispositivo, por lo que se aplicarán en ausencia de acuerdo entre las partes. A esta regla escapa el contrato de agencia que sigue conservando su carácter imperativo (art. 542-3).

⁵A tener de este precepto “*por el contrato de Mandato se obliga una persona a hacer alguna cosa o prestar algún servicio, por cuenta o encargo de otra*”.

⁶A estas dos condiciones, los autores añaden alguna más. Así, por ejemplo, GARRIGUES (*Tratado de Derecho mercantil*, t. III, vol. I: *Obligaciones y contratos mercantiles*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 458) se refiere al elemento de la retribución, afirmando que la Comisión mercantil es retribuida, salvo pacto en contra.

comisionista, cuya actividad es la prestación de servicios de gestión de negocios ajenos. Por tanto, el requisito determinante para considerar que hay un contrato de comisión mercantil es la existencia de un comerciante-comisionista⁷.

Sin embargo, la literalidad del Código de comercio actual dispone expresamente que el comisionista no tiene por qué ser un empresario, sino que puede ser un sujeto no comerciante (art. 244 Cco). Este criterio conduce al absurdo de convertir el mandato en comisión mercantil en los supuestos en que el comisionista no es un comerciante, cuando lo verdaderamente determinante para que la comisión sea mercantil, no es que sea comerciante el comitente, sino que lo sea el comisionista y que actúe como tal empresario en el tráfico mercantil. Sólo podría tener sentido que el comisionista no sea comerciante, cuando lo sea el comitente y la comisión sea imperativa, si bien en este caso quizá no sea la comisión el contrato más idóneo para dar respuesta a los objetivos perseguidos por el comitente, pues normalmente este contrato se concluye en atención a los conocimientos profesionales del comisionista.

La redacción del Anteproyecto despeja las dudas sobre esta cuestión pues señala expresamente que el comisionista *“se dedica profesionalmente a hacer encargos por cuenta de otros o a realizar actividades que sean de la misma clase que el encargo recibido”*. Además, aunque sea redundar en lo mismo, el apartado 1 del art. 541 del Anteproyecto dispone expresamente que *“el contrato de comisión tiene carácter mercantil”*.

Así pues, la profesionalidad constituye una característica propia del comisionista. De esta forma se adecua la nueva redacción a la realidad del tráfico mercantil, desde el momento en que el principal busca -a través del contrato de comisión- una relación de servicios prestados por un profesional en el ámbito mercantil. Esta nota se manifiesta desde la misma formación del negocio contractual, porque la confianza que deposita el principal en el comisionista se centra, no sólo en las cualidades personales de éste, sino también en su capacidad profesional. De este modo, la competencia y capacidad profesional del comisionista adquieren con la nueva regulación la relevancia en el plano causal del contrato que realmente tiene la elección del gestor por parte del principal. Así pues, ya no será posible una comisión en que el comitente sea el profesional y el comisionista un particular.

Esta caracterización profesional de la gestión desarrollada por el comisionista, tiene importantes consecuencias jurídicas. Por una parte, es susceptible de influir en el equilibrio de poderes interno, reduciendo progresivamente la intervención efectiva del principal profano y esto, por más que el principal sigue siendo quien tiene el poder de decisión en la

⁷El maestro GARRIGUES (*Tratado...*, op. cit., p. 459) considera que no sólo ha de ser comerciante el comisionista, *“sino que debe exigirse, además, cosa que tampoco hace el Código, que el género de comercio a que se dedique este comisionista sea precisamente el comercio de comisión. Y si lo peculiar de la comisión es el rigor de las obligaciones del comisionista, rigor fundado en su carácter de comerciante que habitualmente se dedica a este género de comercio, no tiene sentido que se aplique el mismo rigor a un comisionista no comerciante o que, aun siéndolo, no se dedique al comercio de comisión”*. Vid. BROSETA PONT, M y MARTINEZ SANZ, F., *Manual...*, op. cit., p. 112, quienes afirman que el criterio subjetivo de mercantilidad fijado en el art. 244, es *“deficiente y por ello mismo conviene interpretarlo en el sentido de que debe serlo el comisionista por dedicación profesional a recibir y ejecutar encargos por cuenta de sus clientes-comitentes”*.

gestión, pues el comisionista, actúa en nombre ajeno⁸. Y, en diverso sentido, la profesionalidad del comisionista supone que se le exija un modelo de conducta empresarial o profesional adecuada, clarificándose así el grado de diligencia exigible, como veremos.

Por otro lado, el Anteproyecto, modifica también el criterio objetivo: desaparece la referencia como objeto del contrato de comisión a los “*actos u operaciones de comercio*”, realizándose una remisión en cuanto al contenido del contrato de comisión al art. 001-2 del Anteproyecto, que regula el ámbito subjetivo de los operadores que quedan sujetos al Código, en función de que “*ejerzan profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado*”⁹. Llama la atención que el legislador no haya realizado una remisión al ámbito objetivo del Código mercantil regulado en el art. 001-3, pese a que se refiere en este artículo 541-1 al contrato de comisión, como parámetro de la definición de la figura, y no al comisionista. En todo caso, la letra a) del art. 001-3 señala expresamente que son mercantiles y quedan sujetos al Código mercantil los actos y contratos en los que intervenga un operador de mercado descrito en el art. 001-2¹⁰, por lo que finalmente en el caso que nos ocupa se determina el carácter mercantil del contrato de comisión en atención

⁸ No olvidemos que el comisionista tiene deber de informar al comitente, lo cual se justifica como algo necesario para que realice una buena gestión de los actos u operaciones correspondientes. El fundamento de esta obligación, evidentemente puede encontrarse, en el contrato de comisión (art. 260 Cco)- en la mutua confianza, lealtad y buena fe que han de presidir las relaciones entre las partes, así como en del deber de en la obligación de defensa de intereses del principal. Pero además, este deber posee un fundamento más concreto, se trata de una obligación directamente relacionada con la actividad que se obliga a realizar el comisionista, a la par que indirectamente vinculada al derecho que tiene el principal de impartir instrucciones. Por lo que se refiere a este último fundamento, es de todo punto lógico que el deber de información se presente como una derivación de las facultades de dirección o de impartir instrucciones del principal, pues la información es un medio que permite sustentar el poder de dar instrucciones (*vid.* GARRIGUES, J., *Tratado...*, op. cit. p. 469; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., “La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista”, en VV.AA. *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, *Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la Navegación*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 2866 y 2867; PEINADO GARCÍA, J.I., *El contrato de comisión: cooperación y conflicto (la comisión de garantía)*, Civitas, Madrid, 1996, p. 35, y GARRIDO, J. M^a, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 105-108). Así las cosas, el principal para poder impartir instrucciones necesitará una adecuada información de su comisionista, por ser éste quien tiene el contacto con los clientes en particular, y con el mercado en general. De todos modos, esto no significa que ambas obligaciones deban ir ineludiblemente unidas, ni que posean la misma trascendencia. En efecto, el fundamento del deber de informar al principal, va más allá de su relación con el derecho de dirección de éste, manifestado a través del poder de impartir instrucciones. En efecto, es la propia naturaleza de la comisión como contrato de gestión de intereses ajenos, lo que hace vital para el principal que le proporcione información no sólo específica sobre el encargo, sino general sobre la coyuntura económica en la que se está realizando el mismo, pues quien actúa en el mercado es el comisionista, aunque quien ha de asumir el riesgo es el comitente (*vid.* PEINADO GARCÍA, J.I., *El contrato de comisión...*, op. cit., p. 39).

⁹En concreto, este precepto dispone que se consideran empresarios, además de a cualquier sociedad mercantil, a las personas físicas o jurídicas que ejerzan o en cuyo nombre ejerzan profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales.

¹⁰Además, también se consideran mercantiles desde un punto de vista objetivo: los actos y contratos que, por razón de su objeto o del mercado en que se celebren, el Código califica de mercantiles y los actos de competencia en el mercado (letras b y c, del art. 001-3).

a que el comisionista sea un profesional que realice una actividad económica organizada en este caso, de prestación de servicios de intermediación en el mercado.

Por tanto, en la regulación propuesta no solo ha de ser profesional el comisionista, sino que además se exige que sea un profesional especializado en el comercio de comisión; pues el propio art. 541-1, en su párrafo primero dispone expresamente que el comisionista se dedica profesionalmente a “*hacer encargos por cuenta de otros o a realizar actividades que sean de la misma clase que el encargo recibido*”. Por tanto, la realización de la actividad de gestión por cuenta ajena, no puede ser aislada, lo que no es sino una manifestación objetiva del carácter profesional del comisionista.

Así las cosas, la nueva concepción de la mercantilidad de este contrato viene determinada por la condición subjetiva del comisionista que ha de realizar profesionalmente una actividad económica organizada, pero también objetiva porque dicha actividad se concreta en una prestación de servicios de intermediación en el mercado.

2.2. Comisión y poder de representación

El contrato de comisión, como es de todos conocido, no puede ser entendido sin el instituto de la representación. De hecho, la actividad del comisionista hace necesario que se le atribuyan poderes de representación para poder llevar a cabo su actividad. De tal forma que, faltando en nuestro sistema de derecho positivo una disciplina específica, autónoma y general sobre la representación, contratos como el mandato o la comisión incorporan entre su articulado preceptos relativos a las formas de actuación del mandatario o comisionista¹¹.

La presencia de un poder de representación es evidente pues el comisionista tiene atribuida la facultad de concluir contratos¹². Tanto el Código de comercio, como el Anteproyecto disponen que el comisionista actúa siempre “*por cuenta ajena*” y contemplan dos modalidades de actuación frente a los terceros con quienes contrate, a saber: la representación directa en que el comisionista actúa por cuenta ajena y nombre ajeno, y la llamada representación indirecta o, en opinión de algunos, actuación sin representación, en la que la actuación del comisionista se desarrolla por cuenta ajena, pero en nombre propio¹³.

¹¹DÍEZ-PICAZO (*La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979, p. 63 y p. 660) señala que aun cuando el poder de representación tenga su causa en la relación jurídica especial (ej. servicios, sociedad, etc.) la concesión del poder hace aplicables a esta relación las normas del mandato» y este constituye, por lo tanto, el esquema normativo y funcional típico de la representación y no simplemente su aspecto interno. Como pone de manifiesto BAILLO Y MORALES-ARCE (“Breves consideraciones en torno a la representación en Derecho mercantil”, *RDBB*, nº 64, 1996, p. 1119) no faltan autores que reclamen una teoría general de la representación, al considerar, acertadamente, que la regulación que nuestro Ordenamiento ofrece de la misma es fragmentaria, confusa e insuficiente. En análogo sentido, *vid.* BONET RAMÓN, F., *Naturaleza jurídica del contrato de mandato*, ed. Bosch, Barcelona, 1941, p. 92 y ss., quien señala que nuestro Código civil, no establece con rigurosa lógica la separación entre las ideas de mandato y representación.

¹² El poder para concluir contratos es un supuesto típico de representación voluntaria, en virtud de la cual el comitente (representado) confiere voluntariamente su representación al comisionista (apoderado) para celebrar directamente contratos con terceros en su nombre

¹³En efecto, la existencia de poder de representación, cuando lo que se encarga es la conclusión de un contrato, se puede deducir a “*contrario sensu*” del art. 1259 Cc. Además, los contratos son los supuestos en

Sin embargo, la regulación del Anteproyecto aunque conserva ambas formas de actuación del comisionista, se aleja del contenido del actual Código de comercio al regular cómo ha de desarrollarse la actuación del comisionista frente a terceros.

En efecto, el Anteproyecto introduce una novedad de especial trascendencia en los efectos derivados de estas dos maneras de actuar el comisionista. Así, el art. 246 Cco -que sustancialmente coincide con lo dispuesto en el art. 1717 Cc- aclara cuáles son las consecuencias de que el comisionista haya celebrado el negocio de ejecución de la comisión, actuando en régimen de representación directa o indirecta. En el caso de la representación directa no se plantean grandes dudas porque el comisionista deberá manifestarlo al contratar, identificando al comitente y lo realizado por el comisionista produce sus efectos entre comitente y tercero o terceros con los que se hubiese formalizado el contrato por el comisionista¹⁴.

El cambio legislativo se produce, sin embargo, en aquellos casos en que el comisionista actúa en nombre propio. El Código de comercio actualmente vigente dispone que cuando el comisionista contrata en nombre propio, no tiene necesidad de declarar el nombre de su comitente, porque las consecuencias jurídicas inmediatas las va a experimentar él mismo -*como si el negocio fuese suyo*- y no su comitente; debiendo trasladar posteriormente esas relaciones jurídicas al patrimonio de su comitente. Así, el comisionista queda obligado directamente con las personas con las que contrató, las cuales "*no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y el comisionista entre sí*" (art. 246 Cco). El comisionista que actúa en nombre propio, adquiere plenamente los derechos resultantes del negocio de realización de la comisión, concluido con los terceros. Y sólo después, mediante el negocio de transmisión correspondiente, trasladará tales derechos al patrimonio del comitente, lo que expone los referidos derechos a la agresión de los acreedores del comisionista, hasta tanto no hubiera tenido lugar el negocio de transmisión.

El Anteproyecto cambia radicalmente esta solución, de manera tal que el art. 541-3, apartado 3, si bien reconoce que cuando el comisionista actúa en nombre propio queda obligado de modo directo con las personas con quienes contrate, a continuación dispone que estas personas "*podrán dirigirse tanto contra él como contra el comitente, quedando a*

que con mayor frecuencia se encuentra la representación en la práctica, tanto en el ámbito del Derecho civil, como en el del Derecho mercantil (*vid.* DE LEÓN ARCE, A., "La representación", en VV.AA., *Negocio jurídico y representación*, La Ley, Madrid, 1989, p. 240).

¹⁴A esta eficacia directa en el patrimonio o en la esfera jurídica del representado se alude expresamente en el art. 247, párrafo 2 y de manera implícita en el art. 286 del Cco., así como en los arts. 1259 y 1717 Cc. *Vid.* DIEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, op. cit., p. 265, quien señala que el acto realizado por el representante recibe el mismo tratamiento jurídico que si hubiera sido realizado personalmente por el principal. El representante que actuó desaparece de la escena de producción de los efectos, ningún efecto se produce para él; VALPUESTA GASTAMINZA, E., "Contratos mercantiles de intermediación", en VV.AA. *Contratos mercantiles*, CUESTA RUTE, J.M^a (dir.), 2^a edición, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 289 y ss.; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E y IRAKULIS, A., *El régimen unificado de la comisión mercantil y el mandato en el derecho de obligaciones y contratos*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 50 y ss., y LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., "El contrato de agencia y la comisión mercantil", *CDC*, n^o 56, 2011, pp. 135 y ss.

salvo las acciones que respectivamente corresponda al comitente y al comisionista entre sí". En nuestra opinión, el hecho de que los terceros puedan dirigirse tanto contra el comisionista, como contra el comitente desvirtúa el instituto de la representación indirecta. Habría que preguntarse cómo interpretar este precepto, pues puede referirse a que el tercero tiene acción contra el comitente, si tiene casualmente conocimiento de su existencia o ir más lejos e interpretar que el comisionista ha de proporcionar el nombre de su comitente. Si se obliga al comisionista a proporcionar el nombre de su comitente, ya sea por voluntad propia o a petición del tercero contratante, la actuación en nombre propio del comisionista carecería de sentido. Y esta última parece la interpretación más acorde con el apartado 4 de este artículo 541-3 del Anteproyecto que dispone expresamente que *"la persona que contrate con el comisionista podrá instarle a que declare si actúa por cuenta de un comitente el nombre de éste"*.

Por otro lado, otro cambio del Anteproyecto en relación con el vigente Código de comercio, lo encontramos en la supresión de la regulación sobre los supuestos en que el comisionista actúe sin mandato. El Código de comercio prevé que el comisionista quedará obligado *"con las personas con quienes contrató, mientras no pruebe la comisión, si el comitente la negare, sin perjuicio de la obligación y acciones respectivas entre el comitente y el comisionista"* (art. 247, párrafo 2 Cco). De este modo, ante la ausencia de referencia concreta a los supuestos de actuación sin poder de representación o similares (representación aparente, abuso del poder, etc.¹⁵) habrá que acudir a las normas que al respecto se contienen en el contrato de mandato. En estos supuestos, como el comisionista celebra un negocio sin poder, su actuación representativa en nombre del supuesto poderdante, no vincula a éste último (arts. 1259 y 1725 C.c.). Sin embargo, es opinión pacífica que el negocio realizado por el comisionista, puede ser ratificado, expresa o tácitamente, *a posteriori* por el principal, de tal forma que la actuación del gestor se transforma en plenamente representativa y despliega todos los efectos que le son propios (arts. 1259, 1727, 1892, C.c.)¹⁶. Por el contrario, el rechazo del principal implica que es el comisionista quien responde ante el tercero, como representante sin poder de representación.

¹⁵ Sobre las diversas irregularidades entorno a la representación y sus diferencias, *vid.* QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 235 y ss., así como la doctrina allí citada. *Vid.* URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y ALONSO SOTO, R., "Contratos de colaboración: el contrato de comisión", *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, 2ª edición, Thomson, Civitas, Madrid, 2007, p. 165, que afirman que no bastaría, que el comisionista manifieste que obra en nombre del comitente para que éste quede directamente vinculado por los contratos convenidos por el comisionista. La existencia de poder es una cuestión de hecho sometida a prueba.

¹⁶ *Vid.*, entre otros, DIEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, op. cit., p. 220 y ss.; ALBALADEJO, M., "La representación", *A.D.C.*, t. XI, fasc. III, 1959, p. 79, y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., "Estudios sobre el mandato y la representación, en *Estudios de Derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 11 y ss.

3.3 Desempeño de la comisión: sujeción a instrucciones y diligencia del comisionista

La consideración del comisionista como profesional en el Anteproyecto debiera conducir a solventar también el problema que hasta ahora existía sobre cuál es el módulo de diligencia que debe marcar la actuación que ha de seguir el comisionista para ejecutar el acto encargado, pues no se puede equiparar la forma de actuar y de responder de un comisionista no comerciante, con la de un comisionista comerciante.

El Código de comercio no determina cuál es el módulo de diligencia que se exige al comisionista, pues salvo la referencia del artículo 255 -"cuidar el negocio como propio"¹⁷-, para aquellos casos en que estuviese autorizado para obrar a su arbitrio o no fuese posible la consulta, el Código no dice que el comisionista haya de actuar ni como un "ordenado comerciante" o un "representante leal", ni como un "buen padre de familia".

El Código de comercio limita el arbitrio del comisionista a través de la sujeción a las instrucciones. De tal modo que si se sujeta a las mismas "quedará exento de toda responsabilidad" (art. 254 Cco). En aquellos casos en que no existan instrucciones se obliga según el art. 255.1, a que «en lo no previsto y prescrito expresamente por el comitente, deberá el comisionista consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio», por el contrario «si estuviese autorizado para obrar a su arbitrio, o no fuese posible la consulta, hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso de comercio, cuidando del negocio como propio».

Parece como si el Código de comercio, al fijar unas instrucciones tan estrictas hubiera considerado que no queda espacio para comisionistas que desarrollen una actividad por propia iniciativa, en cuya ejecución se pueda establecer algún tipo de diligencia, salvo lo establecido en el art. 255 del Cco. Esta consideración es de todo punto errónea, pues incluso en el estrecho marco de una comisión imperativa podría existir un margen de actuación independiente, que ha de adecuarse a criterios de diligencia. Más claro aún es el supuesto de una comisión facultativa, o el caso de un comitente no comerciante, del cual no se puede esperar un conocimiento suficiente para impartir unas instrucciones precisas que engloben la actuación de lo que sería un ordenado comerciante, quedando así un campo abierto que reclamará un comportamiento diligente del comisionista¹⁸.

Las aportaciones doctrinales más recientes introducidas en la Ley 12/1992 *sobre Contrato de agencia*¹⁹ en materia de determinación de la diligencia y cuidado exigibles a

¹⁷Vid. VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. II: *Contratos. Títulos valores. Derecho concursal*, 3ª edición, José M^a Bosch Editor, Barcelona, 1990, p. 299, quien considera que este criterio fijado por el Código de comercio, debe entenderse en el sentido de que "cuidar del negocio como propio", se trata realmente de un criterio de diligencia profesional o sectorial.

¹⁸Vid. GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L., "La mercantilidad del contrato de comisión...", op. cit., p. 2855 y GARRIDO, J.M^a, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, op. Cit., p. 102, quien considera que el deber de diligencia cumple una doble función: "es un deber informador, ya que atañe a la ejecución de todas las obligaciones derivadas del contrato, y obliga a realizar todos los actos posibles para la ejecución de una comisión; y, por otra parte, es un deber en sí mismo, cuando, a falta de prescripciones del comitente, se convierte en uno de los criterios que rige la actividad del comisionista".

¹⁹ BOE, n^o 128, de 29 de mayo

un gestor mercantil de intereses ajenos nos pueden servir como referente en cuanto al módulo de comportamiento exigible a un comisionista comerciante²⁰. Estos criterios pueden sintetizarse en los siguientes:

a) la obligación de una actuación leal, de buena fe, velando por los intereses de la persona por cuya cuenta actúa, en definitiva, esta obligación supone responder a las expectativas y confianza que el comitente depositó en comisionista.

b) Respecto a la "pericia" que se le puede exigir al comisionista, entendemos que hemos de atender a dos supuestos:

- si el comisionista es comerciante, se le puede y debe exigir que actúe con la diligencia de un ordenado comerciante, esto es, con la diligencia de un sujeto conocedor de los métodos y formas de organización de los medios materiales y personales constitutivos de una empresa. Se podría plantear en este punto la cuestión de si, en una comisión imperativa, al comisionista le queda algún margen para actuar diligentemente o simplemente se limita a llevar a cabo unas instrucciones precisas. Como ya apuntamos, la simple ejecución de estas instrucciones entendemos que ha de hacerse con la diligencia de un ordenado comerciante. Además, nos parece difícil que las instrucciones que se le den al comisionista puedan llegar a ser tan precisas que éste no tenga que interpretarlas o incluso que no se llegue a producir una situación no contemplada en ellas. Mayores dudas ofrece el supuesto de una comisión imperativa dada a un comisionista-comerciante, por un comitente-no comerciante. El sometimiento a esta modalidad tan rígida parece excesivo y todavía más, si pensamos que el premio de la comisión se devenga por un resultado, no por unos servicios, con lo cual resultaría que el comisionista que recibiera unas instrucciones ineficaces impartidas por un comitente no profesional, podría no conseguir el resultado deseado y por tanto, no percibiría la comisión, lo cual es difícilmente defendible.
- Sin embargo, no nos parece adecuado que el canon de diligencia del ordenado comerciante le pueda ser exigible a un comisionista no empresario, ya que se estarían tratando como iguales supuestos que no lo son. Por ello, al comisionista no comerciante sólo se le podrá exigir la diligencia de un buen padre de familia (art. 1719 del C.c.)²¹.

En el Anteproyecto de Código mercantil, pese a que se conserva una regulación similar a la del actual Código en relación a la sujeción de instrucciones (art. 541-4), entendemos que la problemática entorno al módulo de diligencia finalizaría, pues al tratarse siempre de un comisionista profesional, la diligencia exigible no puede ser otra que una diligencia profesional. Quizá se echa en falta una expresa mención a la misma tal como se contiene en la Ley del Contrato de Agencia, en la que se dice que el agente (art.

²⁰Vid. GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L., "La mercantilidad del contrato de comisión...", op. cit., pp. 2856 y 2857. Sobre la diligencia exigible al agente, vid. QUINTANS EIRAS, M.R., *Las obligaciones del agente*, op. cit., pp. 340 y ss.

²¹Vid. GARRIDO, J.M^a, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, op. cit., p. 118, quien también entiende que no se puede recurrir al módulo de conducta del "ordenado comerciante", cuando el comisionista sea un no comerciante.

9.2 LCA) ha de actuar siempre con la diligencia de un ordenado comerciante en el desarrollo de su actividad. Es evidente que el comisionista ha de realizar el acto encargado por el comitente de acuerdo con lo pactado en el contrato y, si las hay, con las instrucciones posteriores. Sin embargo, aunque las instrucciones que se le proporcionen al comisionista sean muy precisas, esto no lo exime de realizar el encargo encomendado con la diligencia que corresponda a la naturaleza del negocio y a sus propias condiciones subjetivas²².

Nos resulta, además, llamativo que el Anteproyecto continúe regulando la sujeción a instrucciones partiendo de que el comisionista, salvo que la comisión sea facultativa, ha de solicitar en todo lo no previsto por el comitente, nuevas instrucciones, siempre que sea posible. Este tenor, en nuestra opinión, contradice el carácter profesional del comisionista que debe conocer en la mayoría de las ocasiones como solventar la falta de instrucciones de su principal para realizar el encargo en interés de éste. Hemos de tener en cuenta que la comisión en la regulación del Anteproyecto ya no puede llevarse a cabo por un comisionista no comerciante, único caso en que quizá tendría sentido un sometimiento estricto a instrucciones, pero en la regulación del Anteproyecto, la colaboración que se presta es siempre profesional. Por tanto, hay que reconocer al comisionista una cierta iniciativa, siempre que en su iniciativa no se exceda del ámbito al que se refiere su actividad, se trate de actuaciones expresamente excluidas por el empresario o pueda entenderse que de ninguna manera el empresario estaría dispuesto a suscribirlas, y siempre y cuando no exista duda alguna de que no se perjudican los intereses de este último²³. Por todo ello, la reforma que se pretende introducir con el Anteproyecto de Código Mercantil quizá merezca una mayor reflexión en lo relativo a la regulación de las instrucciones.

2.4. Autoentrada y aplicación

La propia naturaleza del contrato de comisión como contrato de confianza y de gestión de intereses ajenos da lugar a que una de las pautas de conducta que le son exigibles a este intermediario en el desarrollo del encargo sea la defensa de los intereses de su comitente. La especial índole de la actividad que lleva a cabo el comisionista realizando el encargo del principal por cuenta y nombre del mismo o por cuenta ajena y nombre propio, requiere lógicamente que en su desempeño, además de lealtad y buena fe, se le exija una actuación favorable a los intereses de su comitente²⁴. El contenido de este deber de defensa de los intereses del principal se manifiesta tanto desde una perspectiva positiva

²²Vid. GARRIDO, J.M^a, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, op. cit., p. 101.

²³Vid. VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.M., Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente", en VV.AA. *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, *Contratos mercantiles, Derecho concursal y Derecho de la Navegación*, ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 3058 y 3059.

²⁴En este contrato, no se plantean las dudas suscitadas con el contrato de mediación o corretaje, entorno de la imparcialidad o parcial del corredor. La actuación del comisionista es siempre parcial. Sobre esta cuestión el Anteproyecto de Código mercantil que regula por primera vez el contrato de mediación (arts. 545-1 a 545-6) parece decantarse por la consideración de la actividad del mediador como imparcial, al atribuir el pago de la comisión, salvo pacto en contrario, a ambas partes.

que encauce la actividad del comisionista hacia la consecución de los mayores beneficios para el comitente, como negativa tratando de evitar que éste sufra daños.

Precisamente uno de los aspectos en que se manifiesta de manera más clara este deber de proteger el interés de su comitente, anteponiéndolo -si fuera necesario- al suyo propio, es en la regulación de las llamadas prohibiciones de autoentrada y del negocio de aplicación, contenidos en el art. 267 Cco. En esencial se trata con estas prohibiciones de evitar los conflictos de intereses. La autoentrada prohíbe realizar compras al comisionista para sí y el llamado negocio de aplicación le prohíbe actuar para dos comitentes, casando órdenes. Para poder hacer autoentrada se requiere la aprobación del comitente, pero para que un comisionista pueda realizar un negocio de aplicación, necesita la licencia de los dos comitentes. Lo normal es que la autorización se produzca con carácter previo a la realización del negocio de autoentrada o de aplicación, si bien la misma puede tener lugar a través de una ratificación posterior por el comitente, ya sea expresa o tácita (art. 1727.2 Cc)²⁵.

Los conflictos de intereses que encierran la autoentrada y el negocio de aplicación son distintos. En la autoentrada el comisionista interviene por su propia cuenta y en su propio interés, por lo cual se podría llegar a considerar que el negocio de realización deja de ser, para él, un contrato de gestión de intereses ajenos. En el negocio de aplicación, el comisionista interviene siempre por cuenta ajena, porque representa dos intereses ajenos y el problema será que no haga prevalecer los intereses de uno de los principales a los del otro.

La doctrina ha puesto de manifiesto la problemática que la prohibición de autoentrada presenta en el contrato de comisión. En primer lugar, se critica la regulación que sobre esta prohibición se contiene en el Código de comercio, aduciendo que el legislador se ha fijado sólo en los peligros que encierra, sin tener en cuenta, de un lado, sus indudables ventajas y de otro, que tales peligros desaparecen prácticamente cuando se sustrae de la voluntad del comisionista la fijación de las condiciones del contrato a realizar²⁶. En efecto, si en su actuación el comisionista se somete a los límites fijados objetivamente en un mercado público -además de a los fijados por su principal- desaparece este peligro y puede verse esta institución incluso como ventajosa²⁷.

²⁵ Vid. ANGULO RODRÍGUEZ, L., "El contrato de comisión", VV.VV., *Derecho mercantil*, vol. 5, 15^a edición, Marcial Pons, 2013, p. 117. Si el comisionista vulnera estas prohibiciones del art. 267, y hay una autorización del comitente, más que a la nulidad del contrato, entendemos que daría lugar a considerar que se trata de un incumplimiento contractual que determina la aplicación del art. 1124 del Cc o -simplemente- la revocación del mandato conferido por causa justa, corriendo la indemnización de daños a cargo del comisionista incumplidor. Vid. OTERO LASTRES, J.M., "La autoentrada del comisionista", en VV.AA., *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Alonso Otero*, Universidad de Santiago de Compostela, 1981, pp. 275 y ss., y DIEZ-PICAZO, L., "La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios", *ADC.*, t. XVIII, fasc. III, 1965, pp. 642 y ss.

²⁶ Por todos vid. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Tratado*, op. cit., p. 507, y OTERO LASTRES, J.M., "La autoentrada del comisionista", op. cit., p. 265, quien considera que "al regular la autoentrada nuestro legislador no valoró debidamente los intereses en juego; se inclinó por los intereses del comitente y relegó a un segundo plano el interés del comisionista".

²⁷ Vid. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Tratado*, op. cit., p. 505, y BROSETA PONT, M y MARTINEZ SANZ, F., *Manual...*, op. cit., p. 115.

La regulación del Anteproyecto supone un cambio en la regulación de estas dos figuras. El nuevo precepto no se refiere, como el actual, únicamente a la comisión de venta o de compra, sino que lógicamente ofrece una regulación general para cualquier tipo de encargo que se realice a un comisionista²⁸. Por lo que se refiere a la autoentrada la nueva redacción del art. 541-8, en su apartado 1, no parte de una prohibición casi absoluta como la legislación vigente que prohíbe la autoentrada salvo "*licencia del comitente*". El Anteproyecto permite la autoentrada en tres supuestos: cuando el encargo de comisión se ejecute en el marco de un mercado oficial o reglamentado, lo cual ya estaba permitido, como sabemos en la contratación bursátil. También se autoriza cuando tuviese "*instrucciones precisas y concretas del comitente para su realización*", se trataría, por tanto, de comisiones imperativas en las que no exista margen de decisión para el comisionista, aunque como ya hemos puesto de manifiesto se tratará de situaciones en las que pueden surgir problemas. Y por último, se permite también en aquellos casos en que exista una autorización expresa del comitente.

El mayor cambio, sin embargo, lo supone la regulación de las aplicaciones, pues el art. 541-9 cambia radicalmente la regulación de esta figura autorizando la realización de aplicaciones de los mandatos recibidos de distintos comitentes, salvo que exista una prohibición expresa de uno de ellos. En estos casos, en nuestra opinión, se debiera ofrecer, al menos, una regulación más precisa que evite los conflictos de intereses, debiendo imponer al comisionista una actuación imparcial para ambos comitentes.

2.5. Pacto de garantía

Otra de las innovaciones introducidas por el Anteproyecto la encontramos en la regulación de la llamada comisión de garantía.

El comisionista responde normalmente solo del cumplimiento del encargo, con observancia de las instrucciones del comitente y con la diligencia que le sea exigible, como resulta, entre otros, del art. 254 Cco y por tanto, no garantiza el buen fin de la comisión. Sin embargo, el Código de comercio, contempla la posibilidad de que en virtud de pacto, expreso o tácito, el comisionista asuma el compromiso de dar ejecución al propio negocio de realización de la comisión, cuando el tercero lo incumpla, asumiendo una responsabilidad personal por el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los terceros, en virtud de los contratos concluidos en el marco de la relación de comisión.

En definitiva, nos encontramos ante un pacto accesorio entre las partes, que supone la obligación del comisionista de responder del buen fin de las operaciones realizadas a

²⁸La actual regulación del art. 267 Cco que sólo prohíbe de manera expresa la autoentrada del comisionista en el supuesto concreto de comisión de compraventa, es criticada por la doctrina, al entender que los límites de esta prohibición han de extenderse justamente hasta abarcar todos los supuestos en los que exista este peligro. Y este peligro puede existir no sólo en la compraventa, sino en los demás supuestos de comisión en los que la fijación de las condiciones del negocio de realización quede a la libre voluntad del comisionista. Por todos, *vid.* OTERO LASTRES, J.M., "La autoentrada del comisionista", *op. cit.*, p.264. En estos mismos términos, pero aludiendo al art. 1459, n° 2 del Cc -que contiene esta prohibición para el mandatario-, se manifiestan: GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, A., "La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *RDP*, junio 1960, p. 457, y DIEZ-PICAZO, L., "La prohibición de comprar...", *op. cit.*, p. 649.

través del encargo de comisión (art. 272 del Cco). Este pacto contractual llamado comisión de garantía o de pacto de *star del credere*, también puede venir impuesta por los usos²⁹.

Por lo que se refiere a la regulación del Anteproyecto, no limita este pacto a las comisiones de venta como hace el art. 272 Cco, sino que se refiere a él para todo tipo de comisión o encargo, y además indica que sólo existirá comisión de garantía “*si así se hubiera pactado expresamente o resultare de los usos de comercio*”. Por tanto, resultará obligado el acuerdo expreso para formalizar este pacto o bien la existencia de unos usos consolidados sobre él mismo. De esta forma, si no hay un pacto expreso o un uso de comercio que el comisionista pueda demostrar habrá de entenderse que dicho pacto no existe. Es una solución cuando menos complicada, porque el mercado está habituado al pacto de la comisión de garantía demostrable simplemente a través del pago de una comisión superior a la normal, tal como dispone el vigente art. 272 Cco: “*si el comisionista percibiere sobre una venta además de la comisión ordinaria, otra llamada de garantía, correrán de su cuenta los riesgos de la cobranza, quedando obligado a satisfacer al comitente el producto de la venta en los mismos plazos pactados por el comprador*”. Nuevamente consideramos que esta modificación requiere de una mayor reflexión que justifique la desaparición de una comisión garantía pactada de manera tácita.

2.6. Extinción del contrato de comisión

El contrato de comisión puede revocarse libremente por el comitente³⁰. La revocación implica la facultad del comitente de resolver el contrato por propia voluntad (art. 279 Cco). La revocación no produce sus efectos hasta que llega a conocimiento del comisionista³¹ y las gestiones que éste haya realizado antes de tener conocimiento de la revocación vinculan al comitente (art. 279 Cco)³².

Esta facultad de revocación del contrato representa una excepción al principio establecido en los artículos 1156 y 1256 del Cc, de los cuales se deduce que cuando no concurre ninguna causa especial admitida por el Ordenamiento, los contratos han de extinguirse por mutuo disenso. La razón de ser de esta excepción, entendemos que se

²⁹ Sobre el contenido y análisis de la cláusula de garantía en los contratos de colaboración, *vid.* QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, op. cit., pp. 258 y ss., y “La cláusula de garantía en los contratos de colaboración”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, nº 2, 1998, pp. 693 y ss.

³⁰ *Vid.* VICENT CHULIÁ, F., voz “Comisión mercantil”, en VV.AA. *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 1135.

³¹ *Vid.* DIEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, op. cit., pp. 299 y ss., afirma que “*la revocación es un negocio jurídico recepticio ... Mientras el poderdante no se desprende de la declaración de voluntad y la hace llegar a su destinatario, aquélla no adquiere propia existencia jurídica. La comunicación de la revocación es no sólo condición de eficacia, sino incluso condición de existencia*”.

³² La doctrina considera admisible el pacto de irrevocabilidad de la comisión durante un determinado plazo, así como su irrevocabilidad cuando la comisión se haya establecido en interés común de comitente y comisionista o, en general, cuando exista justa causa para ello. En definitiva, la norma contenida en el art. 279 se configura como un “*ius dispositivum*” (*vid.* VICENT CHULIÁ, F., *Compendio*, t. II, op. cit., pp. 310 y 311 y ANGULO RODRÍGUEZ, L., “El contrato de comisión”, op. cit., p. 118). Para un estudio detallado de este tema, *vid.* LINARES NOCI, R., *El poder y mandato (problemas sobre su irrevocabilidad)*, en concreto pp. 17 y ss. y 53 y ss.

encuentra en el carácter especial del contrato de comisión, basado en la mutua confianza, en el "*intuitu personae*", de tal modo que la quiebra de esta confianza se considera un hecho tan esencial, que da lugar a que pueda revocarse el encargo³³.

La regulación del Anteproyecto además de regular la revocación de la comisión, introduce como novedad la posibilidad de renuncia del comisionista "libremente", esto es sin que medie causa alguna, debiendo únicamente el comisionista ponerlo en conocimiento del comitente para que surta efecto. El art. 541-15 añade que, no obstante esa renuncia libre, el comisionista "*deberá continuar la gestión de la actividad encomendada hasta la terminación de los negocios o contratos en curso*" (art. 541-15, párrafo 2), haciéndose además responsable al comisionista de "*los daños y perjuicios que sufra el comitente a consecuencia de la renuncia, salvo que medie causa justificada*".

Son varios los interrogantes que nos plantea este precepto, en primer lugar, la revocación está pensada para aquellos casos en que se pierda la confianza en el gestor, pues es quien encarga la gestión de un negocio a un profesional para que lo lleve a cabo, por tanto, existe una causa para, de manera excepcional, revocar el contrato. Sin embargo, el otorgamiento de una renuncia al comisionista que pueda ejercitar "libremente" no parece que sea acorde con la naturaleza y finalidad del instituto, ni del propio contrato de comisión.

Y esto nos conduce a la siguiente interrogante qué sentido tiene que al comisionista se le permita renunciar libremente para a reglón seguido imponer que continúe la gestión de la actividad encomendada hasta la terminación de los negocios o contratos en curso. Si partimos de que la comisión es un contrato de tracto único, en la mayoría de los casos la terminación del negocio o contrato en curso implicará el cumplimiento del encargo de comisión. Por otro lado, si entendiésemos que el contrato de comisión ha pasado a ser en el Anteproyecto un contrato de tracto sucesivo, la diferencia entre el contrato de comisión y agencia se desdibujaría en un buen número de casos³⁴.

Sin embargo, con esta regulación podría entenderse que el legislador ha pensado en equiparar el contrato de comisión tanto a la regulación del contrato de mandato (art. 1732. 2 Cc)³⁵, como a la del contrato de agencia.

Por lo que se refiere al contrato de agencia, la LCA regula la posibilidad de se extinga el contrato por denuncia unilateral de cualquiera de las partes con preaviso (art.

³³ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho mercantil*, t. II, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 220 y 221. De igual opinión son: GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, G., "La esencia del mandato", *RDP*, nº 331, 1944, p. 771; VICENT CHULIÁ, F., voz "Comisión mercantil", op. cit., p. 1139; CRESPO ALLUE, F., *La revocación del mandato*. Montecorvo, Madrid, 1984, pp. 152 y ss., y BUSTO LAGO, J.M., "Contrato de comisión", en VV.AA. *Tratado de contratos*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), T. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 3538 y ss.

³⁴ Vid. esta diferencia entre la comisión y la agencia, en nuestro trabajo QUINTÁNS EIRAS, M.R., *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 307 y ss.

³⁵ Este precepto dispone expresamente que "El mandato se acaba: 1.º Por su revocación. 2.º Por renuncia o incapacitación del mandatario...". En opinión de VICENT CHULIÁ, F., Introducción..., op. cit., p. 1297, la comisión no puede extinguirse válidamente por renuncia del comisionista porque se entiende que como profesional no puede desligarse de los encargos asumidos.

25.1 L.C.A.)³⁶. Sin embargo, entendemos que no puede equipararse la denuncia unilateral a la revocación y renuncia previstas en el contrato de comisión, pues, si bien tanto la denuncia como la revocación pueden deberse a la pérdida de confianza entre las partes, en la agencia no se revoca el contrato, sino que se pone fin a una relación indefinida, que sin esta posibilidad podría llegar a ser perpetua y por ello contraria a derecho.

La confusión sobre ambas modalidades extintivas revocación y desistimiento, se incrementa debido a la existencia de una terminología heterogénea y variada³⁷, respecto de lo cual y por lo que aquí interesa, conviene diferenciar entre revocación y desistimiento. La revocación y el desistimiento son supuestos próximos, pues ambos confieren a una de las partes del contrato la facultad unilateral de darlo por terminado. Sin embargo, la diferencia entre ambos institutos es sustancial: la revocación sólo se refiere a declaraciones de voluntad que no han llegado todavía a consumir la conclusión del negocio y que rompen, si es admisible, la atadura de la parte que revoca³⁸. El desistimiento requiere, en opinión de la doctrina mayoritaria, la existencia de un contrato de duración indeterminada, ya sea éste de tracto sucesivo o de tracto continuado³⁹.

Mayor proximidad se puede apreciar entre la nueva regulación del Anteproyecto y la regulación sobre la terminación del contrato de mandato, pues también en este contrato se contempla tanto la posibilidad de revocación del mandante y como la de renuncia del mandatario. El Código civil, permite que el mandatario renuncie al mandato, pero se le exige que lo ponga en conocimiento de su mandante, y si éste sufre perjuicios por la renuncia, deberá indemnizarle, a menos que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo (art. 1736 Cc). Por otro lado, aunque se trate de una renuncia basada en una justa causa el art. 1737, impone al mandatario el deber de “*continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta*”. El mandatario debe seguir realizando la gestión encomendada hasta que se pueda hacer cargo de ella el propio mandante, o a quien éste designe.

En esta línea, el Anteproyecto de Código mercantil impone al comisionista el deber de “*continuar la gestión de la actividad encomendada hasta la terminación de los negocios o contratos en curso*” (art. 541-15, párrafo 2). Sin embargo, no se contempla la posibilidad de que el comisionista deje de realizar la gestión cuando el principal o

³⁶ De otra opinión es CRESPO ALLUE, F., *La revocación del mandato*, op. cit. pp. 149 y ss., quien afirma que “*la revocación del mandato por parte del mandante será un desistimiento unilateral con el que uno de los contratantes se separa del vínculo obligatorio y provoca la extinción de la relación. Trátase de un acto unilateral, pues para su perfeccionamiento es necesaria y suficiente la sola voluntad del sujeto que desiste ...*”.

³⁷ Vid. RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral como causa de extinción del contrato*, ed. Montecorvo, Madrid, 1990, pp. 537 y ss., quien realiza un detenido análisis del significado y diferencias existentes entre los términos siguientes: desistir, denunciar, disolver, renunciar, rescindir, resolver, revocar. Es importante aclarar que para esta autora el término “denuncia” engloba en su propia definición todos los demás, que son o están más limitados, por unas u otras razones.

³⁸ Este es el caso del mandato, donde se entiende que el mandante puede revocar el contrato (art. 1732 Cc), sin más límites que los establecidos en la Ley. En el art. 1734 del Cc se recoge una prohibición de perjudicar a determinadas personas.

³⁹ Por todos, vid. RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral*, op. cit., pp. 74 y 210.

comitente pueda tomar las medidas necesarias para que continúe la gestión, como sí prevé el contrato de mandato. Si la renuncia no permite ejecutar cómodamente o con facilidad el encargo, ya sea por el comitente o por otra persona, lo lógico sería que aunque el comisionista haya renunciado con justa causa debiera continuar la gestión iniciada hasta que el mandante puede proveer esa falta.

Por otro lado, como ya hemos apuntado al tratarse de un contrato de tracto único si el comisionista ha terminado los negocios en curso, tal como prevé el Anteproyecto, se supone que ya habrá cumplido el encargo de comisión. De hecho la renuncia solo tendría sentido antes de iniciarse ningún acto de ejecución del encargo, pues si este se ejecuta se produciría ya el cumplimiento del mismo.

Al igual que el Código civil, el art. 541-15, apartado 3, hace responsable al comisionista de todos los daños y perjuicios que sufra el comitente a consecuencia de la renuncia, salvo que medie justa causa.

Así las cosas, no creemos que se pueda equiparar la renuncia a la revocación, pues mientras esta última tiene como única carga dejar indemne al comisionista, obligándose el comitente a asumir las gestiones realizadas, así como la comisión devengada y los gastos en que hubiese incurrido. Por el contrario, la renuncia o posee una justa causa, o dará lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, cual si de un incumplimiento contractual se tratase. Por todo ello, la introducción de la renuncia en el contrato de comisión merece un poco más de reflexión y análisis, a la luz sobre todo de la problemática que la misma ha presentado a lo largo de estos años en el contrato de mandato.

LA ETAPA PRECONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL

TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL*

Resumen

En el tráfico mercantil, el contrato, como acuerdo de voluntades, es esencialmente el resultado de un proceso de aproximación de posturas que tiene lugar en un determinado contexto transaccional. La extensión y la complejidad del proceso de deliberación, negociación de condiciones y formación del contrato dotan de una significativa relevancia a los tratos preliminares y al conjunto de situaciones previas conducentes a la perfección del contrato. En el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, se incluyen dos disposiciones (artículos 412-1 y 412-2) que, aunque escuetas, representan la primera expresión normativa en nuestro derecho positivo de los deberes propios de la fase preparatoria en la contratación mercantil.

Contenido

1. La formación del contrato: proceso y contexto. – 2. La fase precontractual: definición, contenido y funciones. – 3. Libertad de contratar y protección de la confianza. – 3.1. Interrupción de las negociaciones. – 3.2. Celebración de un contrato inválido. – 3.3. Celebración de un contrato válido. – 4. Deber de confidencialidad en la etapa precontractual. – 4.1. Objeto del deber de confidencialidad. – 4.1.1. Carácter reservado de la información. – 4.1.2. Procedencia de la información. – 4.1.3. Momento y contexto. – 4.2. El contenido del deber de confidencialidad. – 4.3. Responsabilidad por infracción del deber de confidencialidad. – 5. Carácter dispositivo: Acuerdos preliminares.

1. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO: PROCESO Y CONTEXTO

En el tráfico mercantil, el contrato, como acuerdo de voluntades, es esencialmente el resultado de un proceso de aproximación de posturas que tiene lugar en un determinado contexto transaccional. La mayor complejidad del negocio, su envergadura económica, la sofisticación del objeto, la pluralidad de las partes, la presencia de elementos internacionales u otras circunstancias concurrentes suelen implicar un proceso preparatorio más largo y costoso y desarrollarse en un contexto compuesto por múltiples y variados factores. En estos supuestos, una aproximación dinámica (proceso) y contextual (contexto) a la contratación adquiere pleno sentido y se hace bien visible.

La extensión y la complejidad del proceso de deliberación, negociación de condiciones y formación del contrato dotan de una significativa relevancia a los tratos

* Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid.

preliminares y al conjunto de situaciones previas conducentes a la perfección del contrato deseado. De hecho, frente a una concepción simplificada y, en ocasiones, simplista, del *iter* formativo en el que la perfección del contrato representa un encaje perfecto de dos piezas, oferta – o última contraoferta - y aceptación, mientras que la fase previa se interpreta como una sucesión inconexa e informe de deliberaciones anticipativas del acuerdo, la práctica contractual mercantil proyecta una imagen muy diferente¹. La formación del contrato es un continuo que transcurre a lo largo de las diversas fases del proceso de negociación y formación de la voluntad. Los denominados actos preparatorios del contrato son auténticas piezas formativas del acuerdo² que van componiendo sucesivamente (con posibles retrocesos, desviaciones o bloqueos) el resultado esperado, si son exitosas. Las partes, durante las negociaciones, adoptan acuerdo parciales, cierran pactos que se integran en el contrato final, concluyen acuerdos instrumentales o van progresivamente conformando las condiciones que resultan en la configuración contractual definitiva.

La expresión “actos previos, preliminares o preparatorios” podría hacer que se interpretaran erróneamente como actos innecesarios y de escasa importancia que únicamente anticipan la perfección y aclimatan el acuerdo de voluntades. Ciertamente no son imprescindibles y ni siquiera necesarios, pero cuando preceden a la conclusión del contrato cumplen funciones de innegable importancia con respecto a éste. En la contratación empresarial, el esfuerzo de las partes se centra de forma especial en la fase previa, precontractual o preliminar, sea ésta cooperativa o contradictoria, porque resulta clave para el éxito de la transacción, puede adquirir una apreciable complejidad jurídica, ser fuente de conflictos que se proyectan en el contrato final y a través de ella se despliegan en gran medida las principales decisiones estratégicas. Por tanto, la fase precontractual en el tráfico mercantil ocupa un lugar crítico en la concepción de la contratación como proceso y como contexto.

Pero ni aun siquiera en transacciones que parecen generarse de forma instantánea, una visión estática y descontextualizada del contrato es correcta ni está justificada. La generalización de los contratos de adhesión con condiciones generales en el tráfico económico, propios de la contratación en masa, puede generar la incorrecta percepción de que el grueso de las transacciones son instantáneas y carecen de tratos previos. De un lado, aun en transacciones de este tipo, el contexto en que tienen lugar tiene relevancia jurídica. De otro lado, la reducida o nula capacidad de negociación en numerosos contratos que se perfeccionan como contratos de adhesión con condiciones generales no significa la inexistencia ni la irrelevancia de la fase precontractual. Aunque el esplendor de la etapa precontractual se refleja en largas y complejas negociaciones en las que las partes cooperan o combaten para aproximar sus posiciones, los deberes precontractuales, significativamente las obligaciones de información³, son igualmente

¹ Muy gráficamente, Allan FARNSWORTH en “Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealings and Fair Negotiations”, *Colum. L. Rev.*, num. 87, 1987, describe esta evolución como el paso de un modelo “single-issue, adversarial, zero-sum bargaining” frente a la imagen real que proyecta la praxis comercial como una “multi-issue, problem-solving, gain-maximizing negotiation”.

² ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual”, *RCDI*, num. 485, julio-agosto 1971.

³ BASOZABAL, X., “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, *ADC*, Tomo LXII, 2009; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.

determinantes de la formación de la voluntad en contratos “sin tratos” que concluyen en la adhesión a las condiciones predispuestas. En la contratación bancaria, las controvertidas operaciones de cobertura mediante permutas de tipos de interés, *swaps* y otros instrumentos financieros han revelado la importancia crucial del cumplimiento de las obligaciones precontractuales para la confirmación de la validez y eficacia de tales contratos, pues aunque el mero incumplimiento de ciertos deberes previos no lleva automáticamente asociada la sanción de nulidad, facilita la apreciación de un error⁴ invalidante⁵. La numerosa jurisprudencia emitida en los últimos años sobre estos contratos se aproxima a la cuestión de la validez y eficacia, con mayor o menor acierto y fundamentación más o menos sólida y razonable, desde la perspectiva de la contratación como proceso, en el que las obligaciones precontractuales son determinantes, y desarrollada en su contexto, valorando con detenimiento las condiciones y circunstancias que rodean la transacción. Similar relevancia de las obligaciones precontractuales, aun en transacciones que se plasman en contratos de adhesión o con condiciones predispuestas, se observa en el sector asegurador⁶ o en las múltiples manifestaciones de la contratación electrónica⁷.

Si las negociaciones conducen a la perfección esperada del contrato deseado (al menos por una de las partes), la falta de corrección de la fase precontractual puede tener un efecto adverso en la validez y eficacia contractual. Pero si las negociaciones no concluyeron en un acuerdo de voluntades entre las partes, porque se interrumpieron por una de las partes, el contrato ya no ofrece un marco de referencia para evaluar los posibles efectos negativos en la correcta formación y libre emisión del consentimiento. Estas situaciones pueden generar diversos escenarios de responsabilidad que

⁴ En este sentido, el Tribunal Supremo en sus Sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, 385/2014, de 7 de julio de 2014, 384/2014, de 7 de julio de 2014 y 387/2014, de 8 de julio de 2014 advierte que el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la existencia de error vicio pero puede incidir en su apreciación. Por tanto, aunque lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto y los riesgos asociados y no el incumplimiento del deber de información, el Alto Tribunal afirma a continuación que en la medida en que el deber de información recae sobre la entidad financiera, un conocimiento equivocado por el cliente de los riesgos asociados al producto le es excusable a éste último pues depende del correcto cumplimiento por la entidad bancaria de sus deberes de información completa, comprensible y adecuada. De este modo, el incumplimiento de las obligaciones de información precontractual referidas, por tanto, no lleva asociado la inmediata sanción de nulidad del contrato que finalmente se concluyera pero conforma los factores determinantes de un error esencial y excusable en el concreto contexto de la transacción.

⁵ Como reconoce con claridad una abundante jurisprudencia, en el error invalidante de conformidad con el artículo 1266 del Código Civil deben concurrir dos condiciones: su esencialidad y su excusabilidad: entre otras y en relación con contratos de permuta financiera, SAP Álava (1^a) de 9-9-11 (FD 2); Asturias-Gijón (7^a) de 29-10-10 (FD 5); Asturias-Oviedo (5^a) de 27-1-10 (FD 7); Ávila (1^a) de 12-1-12 (FD 4); Badajoz (2^a) de 17-5-11 (FD 2); Barcelona (11^a) de 16-12-10 (FD 2) y (19^a) de 9-5-11 (FD 2 y 4); Girona (1^a) de 18-2-11 (FD 5); Islas Baleares-Palma de Mallorca (5^a) de 20-6-11 (FD 4 y 5); Jaén (3^a) de 27-3-09 (FD 2); León (2^a) de 22-6-10 (FD 2); Navarra (1^a) de 11-7-11 (FD 4); Orense (1^a) de 3-1-12 (FD 8); Palencia (1^a) de 30-6-11 (FD 4); Pontevedra (1^a) de 7-4-10 (FD 8); Salamanca (1^a) de 31-1-11 (FD 3); Santa Cruz de Tenerife (3^a) de 2-5-11 (FD 4); Soria (1^a) de 10-10-11 (FD 4); Toledo (1^a) de 2-11-11 (FD 4); Valladolid (1^a) de 3-11-11 (FD 6); y Zaragoza (5^a) de 20-6-11 (FD 10).

⁶ El deber de declaración del riesgo del tomador del seguro al asegurador, antes de la conclusión del contrato, es efectivamente un deber precontractual (Artículo 10, Ley 50/1980 del Contrato de Seguro).

⁷ Las obligaciones establecidas en el Artículo 27 Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico son obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación.

tradicionalmente se agrupan bajo la debatida categoría de la responsabilidad precontractual⁸.

El valor esencial de los tratos preliminares en la práctica contractual ha contrastado históricamente además con una tradicional desatención⁹ normativa¹⁰ sistemática y uniforme. La pluralidad, variedad y heterogeneidad de los actos, negocios, situaciones y contratos instrumentales que pueden concurrir en la informe e indeterminada etapa precontractual dificulta además su tratamiento jurídico.

Los principales instrumentos de Derecho Uniforme de ámbito internacional o europeo habían venido reparando esta situación de dispersión y divergencia con la inclusión de disposiciones expresamente dirigidas a considerar este periodo previo, establecer deberes específicos de las partes y resolver algunas de las delicadas cuestiones de eventual responsabilidad.

En el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil¹¹ (en adelante, ACM), se incluyen dos disposiciones (artículos 412-1 y 412-2) que, aunque escuetas, representan

⁸ La construcción teórica de la *culpa in contrahendo* parte de los trabajos del académico alemán Rudolf von Ihering en la segunda mitad del siglo XIX. La idea es acogida por la doctrina posterior y se incorpora en disposiciones del BGB y del Código civil y del Código de Obligaciones suizos, aunque sin llegar a consagrarse aún como principio general. No es hasta mediados del siglo XX cuando se formulan reglas generales de responsabilidad precontractual en algunos códigos europeos como el griego o el italiano. Posteriormente lo harán otros códigos como el portugués. Junto con este proceso de reconocimiento legislativo, la evolución del marco teórico y de su ámbito de aplicación práctica ha estado vertebrada en todo momento por una activa jurisprudencia alemana. De igual modo, las obras de Faggella imprimieron un desarrollo clave de la figura en la literatura y la jurisprudencia europeas. FAGGELLA, “Dei Periodi precontrattuali e Della loro vera ed escatta costruzione scientifica”, in *4 Studi giuridici in onore di Carlo fadda* 217 (1906). G., Faggella, “Fundamento giuridico Della responsabilità in tema di trattative contrattuali”, *Arch. Giur.*, 128 (1909); “II periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale”, *Arch. Giur.*, 18 (1918).

⁹ Algunos códigos europeos, como ya hemos mencionado, incluyen, no obstante, expresamente disposiciones generales referidas a la responsabilidad precontractual: Artículos 197 y 198 Código Civil griego, Artículos 1337 y 1338 del Código Civil italiano de 1942 o Artículos 8, 23 24 del Código suizo de 1911.

¹⁰ Sobre la evolución y los principales hitos normativos en Derecho comparado y uniforme, ampliamente, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Lealtad en el período precontractual”, *ADC*, Tomo LXIII, 2010.

¹¹ El Artículo 1245 de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* (en adelante, Propuesta de Modernización) publicada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación en el año 2009, como disposición de apertura del Capítulo destinado a la perfección del contrato (Capítulo II del Título II, De la formación del contrato (arts. 1245 a 1268), ya contenía la configuración y ordenación de la etapa precontractual. CUADRADO PÉREZ, C., “La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada: ¿una ocasión perdida? (Parte I)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 744, 2014; GARCÍA RUBIO, M.P., “La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos”, *ADC*, Tomo LXIII, 2010. El texto del artículo 1245 de la propuesta es:

- “1. Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento.
 2. En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe.
 3. Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido solo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse.
 4. La parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra.
- En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo.
5. La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la

la primera expresión normativa en nuestro derecho positivo de los deberes propios de la fase preparatoria en la contratación mercantil.

Tales disposiciones se ubican sistemáticamente en el Libro Cuarto “De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general”, encabezando, tras un breve Capítulo I que con un único artículo (artículo 411-1) recuerda el carácter dispositivo de las normas reguladoras de los contratos (salvo las relativas a su noción y su mercantiles o las que expresamente indiquen lo contrario), el Título I de disposiciones generales. Con el título “De los deberes en la fase preparatoria de los contratos”, el Capítulo II contiene tan sólo los dos artículos referidos: el artículo 412-1 dedicado al deber de confidencialidad y el artículo 412-2 sobre la responsabilidad por los daños causados en la fase preparatoria del contrato. Como revela el propio título del Capítulo II que contiene ambas disposiciones, se renuncia a ofrecer un tratamiento sistemático y completo de la fase precontractual, se elude una definición o determinación de su alcance y se centra exclusivamente en proporcionar sucintas reglas sobre el deber de confidencialidad y los efectos de su incumplimiento y la responsabilidad por los daños causados en las situaciones allí previstas.

La previsión en nuestro derecho positivo de disposiciones relativas a la fase preparatoria del contrato responde a la acertada estrategia de modernización y sistematización de las normas generales aplicables a las obligaciones y contratos mercantiles. No obstante, su brevedad contrasta con la atención y el cuidado prestados a las fases de perfección y modificación del contrato e incluso a las de interpretación y cumplimiento. En conjunto, el ACM opta por acometer junto con la modernización de estas normas, el establecimiento de un marco normativo completo que no sólo se detiene en regular las especialidades que exigiría el tráfico mercantil, sino que, bajo el principio de unidad de mercado, dota de homogeneidad a los principios y reglas básicos contractuales, evitando así el recurso al Derecho civil como supletorio¹². De hecho, en las dos propuestas de modernización coexistentes de las normas civiles (Propuesta de Modernización) y mercantiles (ACM) las reglas sobre la fase precontractual divergen en su redacción, pudiendo conducir a interpretaciones no coincidentes.

2. LA FASE PRECONTRACTUAL: DEFINICIÓN, CONTENIDO Y FUNCIONES

La definición de la fase precontractual se topa con las dificultades derivadas de su heterogeneidad, la indeterminación sobre su inicio y duración, la pluralidad de actos, negocios y situaciones que pueden concurrir y la necesidad de identificar en actuaciones

indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones.”

¹² Pasaría así el Derecho mercantil de ser tradicionalmente un Derecho especial a convertirse en un Derecho unitario. MORILLAS JARILLO, M.J., “La formación del contrato mercantil en el Derecho vigente y en los trabajos de reforma: aspectos generales y régimen particular de los contratos de compraventa y seguro”, en VV.AA., *Negociación y Perfección de los Contratos*, PARRA LUCÁN (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 741 y ss/p. 746.

de tipo social la necesaria finalidad (pre-)contractual. Es, ciertamente, un conjunto informe y heterogéneo de tratos, actos previos, negociaciones, intercambio de información, contratos preliminares y otras actuaciones de más difícil aprehensión.

Con todo, dos criterios claros permiten cumulativamente delimitar sus contornos: un criterio temporal y un criterio finalista. De un lado, la etapa precontractual es lógicamente previa a la perfección del contrato y, por ello, forman parte de ella, los actos, negocios y contratos preliminares que preceden el acuerdo de voluntades buscado por las partes¹³. De otro lado, tales actos, negocios y contratos previos están destinados y dirigidos a alcanzar el acuerdo definitivo para el que las partes negocian. Esta razón finalista o instrumental permite aglutinar actos de naturaleza muy diversa pero orientados a un mismo fin compartido. En la *praxis*, el contrato alcanzado finalmente puede no responder a las expectativas con las que una de las partes o ambas iniciaron las negociaciones e incluso desviarse apreciablemente de las condiciones que esperaban lograr. Por ello, el criterio finalista se refiere no tanto a la consecución de un fin esperado en la forma originariamente concebida por las partes ni siquiera a la conclusión de un acuerdo que resulte plenamente satisfactorio para ambas partes, sino a la idea de que los actos realizados en la fase precontractual, aún incluso de naturaleza contractual, tienen una función instrumental y no son buscados por las partes en sí mismos sino por su orientación hacia el acuerdo final y en la medida en que se presenten como facilitadores del mismo.

Compartiendo ambos criterios, temporal y finalista, la fase precontractual puede contener simples tratos o contactos previos, solicitudes de información, materiales o mensajes comerciales, declaraciones y auténticos contratos preliminares. Los acciones preparatorias pueden iniciarse con una primera muestra de interés o solicitud de información que conducen a la primera oferta o precisamente arrancar con una oferta que pasa a negociarse¹⁴. No es unánime la determinación del elemento de cierre de la fase precontractual. Una interpretación amplia y omnicomprendensiva permitiría extender la fase precontractual hasta la plena perfección del contrato, asumiendo, no obstante, el diverso tratamiento que ha de dispensarse a unos simples tratos en relación con una oferta irrevocable, o un cruce de contraofertas. Una aproximación más estricta a los actos preparatorios podría detener su extensión hasta la emisión de la primera oferta a partir de la cual se abriría una segunda fase, también pre-contractual (o ante-contractual) inevitablemente, de genuina formación sucesiva del contrato¹⁵.

¹³ STS (Sala de lo social) de 9 de marzo de 1988, (RJ/1998/2372) en un supuesto de negociación de un convenio colectivo en el sector aéreo, estima que “en un proceso negociador se van produciendo acuerdos parciales de esa finalidad..., pero ese concierto en el consentimiento, salvo decisión expresa de los interesados carece de valor si no se logra el acuerdo global que desean los negociadores”.

¹⁴ No parece que haya inconveniente alguno en admitir que la etapa de tratos preliminares comience con la presentación de una oferta contractual y sea tan larga o tan breve, como lo permita el procedimiento de contratación empleado o lo exija la deliberación - CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, p. 37 -.

¹⁵ MORENO QUESADA distingue con precisión dos momentos antecontractuales: una primera etapa de estrictos tratos preliminares dirigidos a la formulación de una oferta, y una segunda etapa precontractual, abierta precisamente con la formulación de la oferta, y conducente a la celebración del contrato – “La oferta de contrato”, *RDN*, vol. 4, núm. 12/14, 1956 -.

Entre el variado contenido de la fase precontractual, observada ampliamente, el recurso a la celebración de acuerdos o contratos preliminares plantea cuestiones de gran interés que abordaremos más adelante. El proceso de “contractualización” de la fase precontractual se hace particularmente visible en negociaciones complejas, dilatadas en el tiempo, de significativo valor económico o con especiales implicaciones estratégicas. En la contratación empresarial, de hecho, muy frecuentemente las cuestiones derivadas de la fase preparatoria del contrato están asociadas a la interpretación, la ejecución o el incumplimiento de contratos preliminares que apuntalan las negociaciones y señalizan el incierto trayecto precontractual.

Con el amplio y heterogéneo contenido descrito e independientemente de su extensión y complejidad, la fase precontractual cumple al menos tres funciones de gran importancia en relación con acuerdo al que conducen: de interpretación (artículos 4.3 PCCI)¹⁶, de integración y de identificación de posible vicios de consentimiento.

3. LIBERTAD DE CONTRATAR Y PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA

La fase de negociaciones está presidida, como el propio acto de contratar, por el principio de libertad de las partes para iniciar, continuar o desistir de los tratos. Así, de forma expresa, el proyectado artículo 412-2 ACM, en su primer apartado, reconoce implícitamente esta autonomía de las partes en la negociación al afirmar: “(e)n el caso de que se hubieran entablado negociaciones para la celebración de un contrato mercantil, ninguna de las partes incurrirá en responsabilidad por el solo hecho de que no se consiga un acuerdo definitivo”. Se elude, sin embargo, el reconocimiento expreso de la libertad de negociar con el que algunos instrumentos uniformes¹⁷ (artículo 2.1.15 PCCI¹⁸, artículo 2:301 PDCE¹⁹), en los que se inspira el proyecto de Código mercantil, encabezan las disposiciones sobre los deberes y la responsabilidad en la fase preparatoria. La libertad de negociar, como manifestación de la libertad de contratar, significa reconocer que las partes son libres para decidir cuándo, con quién negociar, y cómo y por cuánto tiempo extender sus esfuerzos para alcanzar un acuerdo.

¹⁶ Incluso la incorporación en el contrato finalmente concluido de una “cláusula de integración” (*merger clause*), como define el art. 2.1.17 PCCI) no excluye los previos acuerdos o declaraciones a efectos de interpretación:

“Un contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito.”

Ciertamente, distinto es que las partes quieran expresamente pactar en la cláusula que sea así de modo que tampoco se pueda recurrir a los tratos previos para la interpretación del contrato (art. 1.5 PCCI). La *merger clause* es particularmente frecuente en transacciones concluidas en jurisdicciones del *common law*. No obstante, a la misma conclusión llegó la Corte de Apelación en *AXA Sun Life Services PLC v Cambell Martin [2011] EWCA Civ 133*.

¹⁷ Así como la Propuesta de Modernización en el Artículo 1245.1.

¹⁸ Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts*), 2010.

¹⁹ Principios de Derecho Contractual Europeo (*The Principles of European Contract Law*), 2002.

Esta libertad de la partes no es absoluta ni ilimitada sino que aparece enmarcada por el principio de buena fe²⁰. No hay tampoco en el texto proyectado una declaración expresa de la buena fe como principio negocial, *in contrahendo*, pero este principio general se proyecta en nuestro ordenamiento sobre todo el proceso de interacción entre las partes²¹. Desde esta perspectiva se interpretaría el segundo apartado del artículo 412-2 cuando establece que “(l)a parte que hubiera negociado o interrumpido las negociaciones con mala fe será responsable por los daños causados a la otra parte” y precisa que “(e)n todo caso se considera mala fe el hecho de entrar en negociaciones o de continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo”.

El artículo proyectado recogería así la versión negativa por la que han optado también tanto los PCCI como los PDCE (aunque estos literalmente dicen “contrario a la buena fe”): “mala fe”. Con esta formulación podría estarse queriendo evitar la oposición de los países de *common law*, y de forma especialmente contundente del Derecho inglés, a un reconocimiento expreso de la buena fe en la etapa precontractual. Subyacería, por tanto, en este extremo la tradicional divergencia entre tradiciones jurídicas sobre la función de la buena fe y su exigencia en todas las etapas de formación y cumplimiento de los contratos²².

El artículo 412-2 proyectado no aprovecha la oportunidad para aclarar la incierta y largamente discutida cuestión de la responsabilidad precontractual y se limita a establecer que la consecuencia jurídica de la mala fe en las negociaciones es la de responder por los daños causados a la otra parte²³. La determinación de la indemnización y de los mecanismos de tutela es compleja porque hay que contemplar al

²⁰ La observancia de la buena fe en la fase contractual ya se habría exigido en el Derecho Romano, y, en particular, la obligación de informar a cargo del vendedor de una circunstancia conocida que afectaba al objeto de la compraventa (Digesto 19, 1, 13 [2] y [3]). MENGONI, L. (1956), “Sulla natura della responsabilità precontrattuale (comentario a Cass. 5 maggio 1955, n. 1259 y a la decisión del Trib. Roma, 24 gennaio 1955)”, *Il Rivista di Diritto Commerciale*, pp. 362 y 365 a 367.

²¹ La buena fe es un principio exigible no sólo en las relaciones contractuales (art. 1278 Cc), sino en el cumplimiento de toda clase de obligaciones y deberes, y en el ejercicio de todo tipo de derechos, recordará Alfonso DE COSSÍO Y CORRAL – *El dolo en el Derecho civil*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 247 -. Además, la buena fe se proyecta sobre la etapa precontractual a partir de la cláusula general del artículo 7.1 Cc o como principio general del Derecho (art. 1.4 Cc), recuerda CABANILLAS, A., “El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*”, *RCDI*, num. 628, mayo-junio 1995. La esencia de la doctrina de la buena fe y la *culpa in contrahendo* no es ajena a los sistemas del *common law* aunque el instrumental terminológico sea distinto. Friedrich KESSLER y Edith FINE en su estudio comparativo “*Culpa in contrahendo*, bargaining in good faith, and freedom of contract: A Comparative Study”, *77 HLR*, 1963-1964, pp. 401-449, comprueban cómo el “duty to disclose”, el concepto de “estoppel”, la noción de “implied subsidiary promise” o la doctrina de “instinct with an obligation” responden a la misma filosofía que la buena fe y la *culpa in contrahendo* en los sistema del *civil law* entre los que estudian el modelo alemán (en particular, breves conclusiones en pp. 408 y 448). En el marco uniforme, el principio de buena fe ha de guiar el proceso de negociaciones, cuya contravención determinará la responsabilidad por los daños y perjuicios causados, así UNIDROIT art. 2.15 en relación con el principio general de buena fe y lealtad negocial del art. 1.7.

²² FARNSWORTH, E.A., “Duties of Good Faith and Fair Dealing under UNIDROIT Principles: Relevant International Conventions and National Laws”, *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, num. 3, 1995.

²³ La Propuesta de Modernización en el apartado 5 del Artículo 1245 trataba de precisar con más detalle, pero sin evitar generar una indeseable confusión, que “(l)a infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones.” CUADRADO PÉREZ, C., “La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada: ¿una ocasión perdida? (Parte II)”, *RCDI*, nº 746, 2015, p. 3001.

menos tres escenarios diversos en los que se proyecta la negociación o la interrupción de las negociaciones con mala fe: que no se alcance un contrato, que se celebre un contrato válido o que se celebre un contrato inválido. La redacción propuesta permite plantear las tres hipótesis, en la medida en que la mala fe puede vertebrar las negociaciones que conducen a la celebración de un contrato (válido o inválido) o determinar la forma de interrumpir las mismas y frustrar el acuerdo.

3.1. Interrupción de las negociaciones

Si las negociaciones se interrumpen injustificadamente sin alcanzar un acuerdo, la doctrina mayoritaria afirma que habrá de indemnizarse el denominado “interés contractual negativo”²⁴ o *reliance damages*. En definitiva, la interrupción injustificada, inesperada y arbitraria de los tratos frustra las expectativas razonables de la otra parte que confiaba objetivamente en la continuación de las negociaciones²⁵. Se explica así que con tal concepto resarcitorio se pretende colocar a la parte perjudicada en la situación en que se hallaba antes de iniciar las negociaciones, no en el caso hipotético de que se hubiera alcanzado un acuerdo. Ciertamente, esta última posibilidad representaría, de ser aceptada, un demoleador desincentivo para los operadores económicos que rehuirían iniciar negociaciones salvo que la conclusión del acuerdo fuera prácticamente segura.

Por tanto, bajo el concepto de los *reliance damages* serían objeto de compensación los gastos, desembolsos e inversiones que la parte perjudicada hubiera realizado durante las negociaciones y a tal fin. La finalidad y la razonabilidad delimitarán conjuntamente los gastos indemnizables. En efecto, siendo la expectativa razonable y objetiva del buen fin de las negociaciones la que ha de justificar el gasto realizado, ni inversiones innecesarias en esa etapa negociadora, ni gastos suntuosos, ni desembolsos injustificados, habrían de ser objeto de compensación por la otra parte. Por ello, la concreción de la confianza razonable y objetiva en la seriedad de las negociaciones depende estrechamente de las circunstancias. Habrá que tener en cuenta, en consecuencia, el estado de las conversaciones, el comportamiento de las partes, la complejidad de la transacción, la eventual negociación en exclusiva, la superación de tramos de selección previa o, desde luego, la incitación por quien posteriormente interrumpe el proceso a la realización por la otra parte de gastos específicos para continuar las deliberaciones.

La regulación del proyectado artículo 412-2 deja sin resolver expresamente dos cuestiones interesantes y tradicionalmente discutidas.

De un lado, si la referencia a la “mala fe” limita la responsabilidad a los supuestos de actuación dolosa e intencionada, como parecería derivarse²⁶ de la

²⁴ STS 16 diciembre 1999 (RJ 1999, 8978).

²⁵ STS 14 junio 1999 (RJ 1999, 4105) concreta los dos requisitos: la creación de una confianza tutelable en la efectiva contratación y la frustración de tales expectativas por la interrupción de las negociaciones sin causa justificada.

²⁶ La intencionalidad no debería ser un requisito para afirmar la responsabilidad precontractual, como aclara PANTALEÓN, F., “Responsabilidad precontractual: propuestas para un futuro Código Latinoamericano de contratos”, *ADC*, Tomo LXIV, 2011.

redacción del artículo propuesto en línea con los PCCI en este sentido (“tiene la intención”). Si el nacimiento del deber de indemnizar tiene su foco en la frustración de la confianza legítima, cabría admitir la extensión a comportamientos culposos o negligentes²⁷ pero no a los sencillamente capaces de generar confianza²⁸ en la otra parte aun en ausencia de culpa. La especificación normativa en el artículo 412-2.2 *in fine* al afirmar que “(e)n todo caso se considera mala fe el hecho de entrar en negociaciones o de continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo”, incorpora el elemento intencional en la valoración del comportamiento generador de responsabilidad. En el delicado equilibrio entre la libertad de contratar y el reconocimiento de una responsabilidad precontractual general se ha de situar la decisión sobre la extensión y la concreción de la “mala fe”. En cualquier caso, la confianza que se protege es la legítima, la objetiva y la razonable²⁹, pero no se podrán indemnizar los daños que deriven de la errónea valoración de las negociaciones por la parte perjudicada, de su imprudencia, de su actuación negligente o de la precipitación que no se hayan visto alentadas por un comportamiento inadecuado de la otra parte en el sentido de contrario a la buena fe³⁰. En la práctica, la dificultad de apreciación vendrá ligada a la valoración de la causa justificada. En la contratación mercantil, se plantea muy frecuentemente si la aparición de un mejor alternativa es una causa suficiente para interrumpir las negociaciones en curso. Salvo en los casos de negociación en exclusiva, la negociaciones paralelas y las estrategias de presión con ofertas alternativas forman parte del tráfico mercantil. Si no se ha generado en la otra parte la confianza en la contratación de forma injustificada y en contra de las exigencias de la buena fe, parece que no hay motivo para no estimar como causa justificada precisamente la posibilidad de concluir un mejor trato. Y, en este caso, consideramos que “mejor trato” sería el que más convenga a la parte que decide interrumpir las negociaciones pues, en ausencia de mala fe, no hay razón para obligar a continuar los tratos aunque sean siquiera, en apariencia, más beneficiosos que los finalmente aceptados. En esto se manifiesta también la libertad de contratar y de negociar.

De otro lado, si cabe igualmente indemnizar junto con el daño emergente la pérdida de oportunidades³¹ de negociar y contratar con terceros por razón de las negociaciones posteriormente interrumpidas. La indemnización de este concepto viene marcada por la dificultad de valorar el daño ocasionado y por la propia acreditación de la “oportunidad perdida”. La cuestión es dudosa. De un lado, podría afirmarse que la

²⁷ No comparte la opinión de quienes (ver nota siguiente) afirman que no es preciso que la conducta sea negligente ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa in contrahendo*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Leioa, 1989, pp. 161-162.

²⁸ GARCÍA RUBIO, M.P; OTERO CRESPO, M., “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, *InDret*, 2/2010, pp. 41-42; MEDINA ALCOZ, M., “La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas sobre la responsabilidad precontractual”, *RDP*, mayo-junio/2005, p. 104.

²⁹ STS 15 octubre 2011 (RJ 2011, 7400) no estima fundada la confianza alegada por la sociedad demandante frente al socio que declaró en la junta que suscribiría las participaciones no suscritas por los otros socios para completar la ampliación de capital y posteriormente se retractó.

³⁰ STS 5 abril 1999 (RJ 1999, 1873) explica la “falta de buena fe” como actuación maliciosa, o de mala fe, o “lo que es igual, que con su conducta no justificativa, se apartase, sin razón alguna, o caprichosamente, del iter negocial ya iniciado”.

³¹ MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

pérdida de oportunidad es un riesgo inherente al proceso negocial y al ejercicio de la actividad económica que implican elegir y descartar, que la parte perjudicada siempre podría haber optado por considerar otras oportunidades de negocio e iniciar negociaciones en tal sentido si las hubiera estimado más ventajosas, que la mera oportunidad podría haberse diluido en el primer contacto y ni siquiera concretarse en el inicio de negociaciones alternativas, que las supuestas oportunidades de negocio alternativas podrían haber sido descartadas voluntariamente por la parte afectada porque resultaban menos atractivas que aquella a la que se dirigía la negociación posteriormente interrumpida, que no es fácil determinar *ex post* cuándo hay una oportunidad perdida que fue efectivamente real en el momento de iniciar las negociaciones frustradas. En definitiva, la indemnización de esta parte del lucro cesante está cargada de incertidumbre e imprecisión. Sin embargo, aunque esto dificulte su acreditación no tiene que implicar necesariamente su exclusión de los conceptos resarcibles. Por tanto, siempre cabría admitir la indemnización de la pérdida de oportunidades debidamente acreditadas.

Esta afirmación gana especialmente sentido al constatar que la actuación de la otra parte ha sido de mala fe y que, en particular, significa actuar con mala fe el iniciar o continuar negociaciones sin intención de llegar a un acuerdo. Pues, en este caso, parece haber una intención de bloquear a la otra parte en unas negociaciones estancadas y sin futuro posible, alimentando la confianza de la parte perjudicada en un buen fin que le impide apreciar temporáneamente otras opciones de salida. Naturalmente, el baremo para el resarcimiento en tal caso no son las ventajas que podrían haberse derivado de la eventual e incierta conclusión de un negocio alternativo y finalmente perdido, sino la mera desaparición de tal oportunidad del horizonte de lo posible.

3.2. Celebración de un contrato inválido

Si las negociaciones concluyen en la celebración de un contrato que resulta ser inválido por el incumplimiento de alguno de los deberes precontractuales, el escenario para la valoración de los remedios disponibles pasa a ser contractual³². Los casos de infracción de deberes de información precontractual o de actuación contraria a la buena fe que causa error de la otra parte en la conclusión del contrato son supuestos que habitualmente van a mostrarse en coordenadas ya contractuales. En el marco del reparto de riesgos entre las partes del contrato, la excusabilidad del error³³ de una parte vendría determinada por la actuación de la otra que lo provocó o, pudiendo hacerlo, no lo evitó.

La abundantísima jurisprudencia de los últimos años sobre contratación de productos financieros por clientes minoristas ilustra esta categoría fenomenológica y permite desvelar el debate de fondo. Una de las cuestiones de mayor relevancia, ante el silencio normativo, es cuáles serían los remedios disponibles en estos supuestos. Si la

³² No obstante, sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la reclamación en estos supuestos, ASÚA GONZÁLEZ, C.I., “Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)”, en VV.AA., *Negociación y Perfección de los Contratos*, PARRA LUCÁN (dir.), *op.cit.*, pp. 139 y ss/pp. 169-171.

³³ MORALES MORENO, A.M., *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, 1988.

actuación precontractual deriva en un error vicio del consentimiento, se plantea si la anulación del contrato por tal vicio es además compatible con la exigencia de un resarcimiento de los daños por responsabilidad precontractual. De aceptarse esta compatibilidad, el resarcimiento exigible sería el de los daños ocasionados por la celebración de un contrato inválido por error imputable a la otra parte. Por otro lado, es interesante plantear la posibilidad de recurrir al incumplimiento contractual³⁴ como remedio ante la infracción de deberes precontractuales que se proyectan finalmente sobre el objeto o el incumplimiento del contrato³⁵. En estos casos, la información precontractual se integra en el contrato determinando así una prestación defectuosa o falta de conformidad. El ejemplo más relevador sería aquel en el que una de las partes proporciona información falsa o incorrecta sobre el objeto del contrato o las condiciones del mismo (p.e. sobre la autenticidad, la calidad o la características del objeto) y tal información se integra contractualmente definiendo el programa prestacional. Entonces, la prestación, que realmente no responde a lo anunciado en la etapa preliminar, al ejecutarse, no será inevitablemente conforme con lo pactado.

En este contexto, las reglas uniformes reguladoras de los contratos internacionales de compraventa de mercaderías (Convención de Viena de 1980, en adelante CNUCCIM) ofrecen una interesante perspectiva. Ha sido larga y debatida la cuestión de si la CNUCCIM contemplaba de algún modo la etapa precontractual³⁶. El seguimiento de las negociaciones llevaría a concluir casi irremediamente que la Convención no incluye referencia alguna la responsabilidad precontractual. Sin embargo, un cuidadoso análisis del texto revela la existencia de algunos puntos en los que podría anclarse el andamiaje de la responsabilidad precontractual. El profesor ILLESCAS³⁷ advierte con acierto que un conjunto de disposiciones permitiría armar una interpretación favorable en tal sentido: el artículo 7 al referirse a la buena fe, el proceso formativo que vertebra los artículos 14 a 24 y que incluye la previsión de las invitaciones a hacer ofertas, la referencia en el artículo 8 a la intención de las partes y a la persona razonable en conexión con las negociaciones previas; y, finalmente, una habilidosa interpretación del artículo 40. Esta disposición del texto uniforme sanciona al vendedor con la pérdida de la facultad de invocar los artículos 38 y 39, “si la falta de conformidad se refiere a hechos que conocía o no podía ignorar y que no haya revelado al comprador”. En la medida en que el artículo 40 no especifica referencia temporal

³⁴ MORALES MORENO, A.M, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010; REDONDO TRIGO, F., “El deber de información precontractual en las adquisiciones de empresas. En torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010”, *RCDI*, num. 727; STS de 15 de junio de 2010 (RJ 2010/5151).

³⁵ En el Derecho uniforme, los PCCI optan por la incompatibilidad de los remedios en línea con la fuerza aglutinadora de la “falta de conformidad”, mientras que los PDCE y el DCFR se decantan por la solución prudente de la posible compatibilidad de remedios si se satisfacen los presupuestos. Con detalle y profundidad sobre este tema, FENOY, N., *El sistema de protección del comprador*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2006.

³⁶ GODERRE, D., “International Negotiations Gone Sour - Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention”, *U. Cincinnati Law Review*, num. 66, 1997; SPAGNOLO, L., “Opening Pandora’s Box: Good faith and precontractual liability in the CISG”, *Temp. Int’l & Comp. L.J.*, num. 21, 2007

³⁷ ILLESCAS ORTIZ, R., “Chapter 3 - Precontractual Liability: Civil Law”, manuscrito suministrador por el autor.

alguna, nada impide que se aplique a supuestos de infracción del deber precontractual de información por parte del vendedor. Entonces, la parte contractual, el vendedor en este caso, que conocía o no podía ignorar hechos que afectaban a la conformidad y que no reveló al comprador, no puede oponer al comprador que invoque la falta de conformidad el hecho de que las mercancías no se examinaran de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 (plazo más breve posible atendidas las circunstancias) o no se comunicara la no conformidad al vendedor según lo indicado en el artículo 39 (plazo razonable, máximo dos años, garantía contractual).

3.3. Celebración de un contrato válido

A diferencia del conjunto de supuestos analizados en el epígrafe anterior bajo la categoría de contratos que resultan inválidos por causa de la infracción de deberes precontractuales, en este caso, a pesar de la actuación inadecuada de una de las partes durante las negociaciones, el contrato no resulta aquejado de invalidez. Por ello, no cabe para la parte perjudicada acudir a la anulación del contrato. La alternativa entonces se bifurca en dos posibilidades. De un lado, admitir la viabilidad de un remedio resarcitorio, de modo que la parte perjudicada puede, sin solicitar la anulación del contrato, exigir la indemnización de los daños ocasionados (p.e. la diferencia de valor entre la prestación esperada conforme a las expectativas creadas por la parte infractora de sus deberes precontractuales y la prestación efectivamente recibida). De otro lado, en aras también de la preservación del contrato (*in favor negotii*), plantear la posibilidad de una renegociación de las condiciones para ajustar la realidad a lo esperado. El proyectado artículo 416-2 ACM nos permitiría acudir a esta medida al definir la “onerosidad sobrevenida” que permitiría solicitar la renegociación sin demora como la ocurrencia o el conocimiento de “sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos”. En efecto, cabría considerar que el descubrimiento por la parte perjudicada de hechos no revelados durante las negociaciones o de la incorrección o falsedad de informaciones transmitidas por la otra parte en la etapa precontractual significa la aparición de sucesos no previstos por la parte perjudicada, fuera de su control y de los que no pudo asumir el riesgo porque desconocía.

4. DEBER DE CONFIDENCIALIDAD EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL

La fase de negociaciones consiste esencialmente en un proceso de intercambio y verificación de información entre las partes con objeto de aproximar sus posturas, confirmar su interés, definir el ámbito de posible acuerdo y anticipar los riesgos. En definitiva, la progresiva formación de la voluntad de las partes se basa en la amplitud, certeza, pertinencia y adecuación de la información revelada durante las negociaciones. En este contexto, la información que tiene mayor valor para conformar y, en su caso,

precipitar la consecución de un acuerdo es naturalmente aquella que no es pública ni está disponible para terceros no involucrados en la negociación.

En este proceso de revelación de información privada o confidencial las partes se debaten entre dos fuerzas contrapuestas. De un lado, las condiciones de la futura transacción dependen de la correcta valoración de los riesgos y apreciación de los beneficios del negocio, lo que anima a las partes a reclamar y suministrar toda la información relevante. De otro lado, sin embargo, ante la incertidumbre de la consecución o no del acuerdo final, una revelación selectiva y controlada de la información clave resulta la práctica más prudente. Por sus características, la información una vez divulgada tiene efectos irreversibles y genera daños difícilmente reparables. Por ello, los acuerdos de confidencialidad (NDA – *Non-Disclosure Agreements*), como acuerdos independientes o como cláusulas de confidencialidad incorporadas en otros pactos, son los acuerdos preliminares más frecuentes en la fase precontractual y de celebración más urgente y temprana. En estos acuerdos se determina la información sujeta a reserva, se establece el deber de confidencialidad y se establecen sus consecuencias, generalmente mediante cláusulas penales, en caso de incumplimiento. Ante la falta de un acuerdo entre las partes sobre la calificación de la información suministrada y los deberes sobre la misma, es preciso analizar las reglas aplicables.

El Capítulo II, “De los deberes en la fase preparatoria de los contratos”, se abre con el artículo 412-1 titulado “Deber de confidencialidad”. Esta posición de apertura del capítulo, anterior a la disposición de alcance y objetivo más general como es el artículo 412-2, y su propio título en sentido afirmativo, puede generar a primera vista una percepción equivocada. De hecho, la regla general es precisamente la ausencia de confidencialidad. Así, por ejemplo, salvo que las partes hayan previsto expresamente otra cosa, el hecho de que las partes estén negociando no es confidencial. Por tanto, el objetivo del artículo es determinar en qué momento nace un deber de reserva precontractual y con qué alcance; para establecer a continuación las consecuencias de su eventual incumplimiento.

El escenario en el que entra en juego el artículo 412-2 debe ser el de ausencia de acuerdo entre las partes (acuerdo o cláusula de confidencialidad). Es decir, si las partes hubieran suscrito un acuerdo de confidencialidad, la naturaleza de la información, el alcance del deber de secreto y las consecuencias del incumplimiento habrán de determinarse de conformidad con lo pactado. Así lo especifica el proyectado artículo 440-1 al establecer que “(s)e podrá acordar el carácter confidencial de la información que se conozca o vaya a conocer durante las negociaciones o la vigencia del contrato”.

El artículo proyectado (art. 412-2 ACM) que estudiamos ahora impone a las partes que se encuentran en negociaciones un deber específico de confidencialidad sobre determinada información y con ciertas consecuencias.

4.1. Objeto del deber de confidencialidad

El objeto del deber de confidencialidad se concreta en “la información reservada que con este carácter reciba de la otra en el curso de las negociaciones”. A partir de esta

descripción, se extraen los tres criterios de delimitación del ámbito objetivo: carácter de la información, procedencia y momento temporal. Así, el deber de confidencialidad recae sobre la información reservada que procede de la otra parte y que llega a conocerse en el curso de las negociaciones y con ocasión de las mismas.

4.1.1. Carácter reservado de la información

Para determinar el primer elemento del ámbito objetivo del deber de confidencialidad precontractual, el carácter reservado, se ha empleado un criterio subjetivo o volitivo. Será reservada la información que así sea calificada por quien la comunica. Esto significa que no es el contenido de la información ni su referencia a determinados aspectos comerciales, empresariales, financieros, estratégicos, ni siquiera su capacidad de generar daños en caso de revelación no autorizada, ni tampoco su carácter privado, lo que determina su tratamiento reservado. Con una expresión circular, el artículo proyectado atribuye el carácter de confidencialidad a la información que así haya sido calificada por quien la emite. Esta fórmula plantea diversas cuestiones.

Es claro que la manifestación del carácter reservado podrá ser expresa. La cuestión es si cabe admitir también una reserva tácita. Si de la naturaleza del contrato, de las circunstancias o de los usos y prácticas previos podría inferirse el carácter confidencial³⁸. Admitir esta postura es razonable pero genera inevitablemente incertidumbre sobre el nacimiento del deber de confidencialidad y su alcance. La expresión “que con tal carácter reciba” describe claramente los supuestos de reserva expresa. Sin embargo, a falta de esta mención o advertencia de la parte emisora, el terreno se vuelve resbaladizo. La expectativa de confidencialidad de la parte emisora sobre una determinada información por razón de su naturaleza, las circunstancias del caso o las prácticas o usos previos puede no verse correspondida por la percepción de su carácter reservado o no que reciba la parte receptora. Y sin embargo, la parte emisora confiará en su tratamiento confidencial, mientras que para la parte receptora no habría nacido un deber de secreto con un objeto y un alcance inciertos.

La carga de la prueba sobre el carácter reservado de la información recaerá en la parte emisora.

Tampoco la disposición proyectada advierte que la información objeto del deber de confidencialidad haya de tener carácter privado, en la medida en que no cabría infracción del deber de reserva sobre una información que es de dominio público o llega a ser de dominio público, sin que haya sido resultado del propio incumplimiento del deber (artículo 440-1.3º *in fine*). Ciertamente, en tales casos, no cabría alegar daño alguno derivado causalmente de la revelación, dado que no gozaba ya de carácter reservado.

³⁸ Así lo consideran VOGENAUER, S.; KLEINHEISTERKAMP, J. (Eds), *Commentary on the Unidroit Principles on International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 307-309.

4.1.2. Procedencia de la información

El artículo proyectado limita la información objeto de reserva a la “recibida de la otra parte”. El artículo 2.1.16 PCCI es aún más claro al indicar: “Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla (...)”. Este planteamiento basado en el criterio de la procedencia de y no de la referencia a, parece implicar que no es relevante si es la información relativa a la otra parte contratante sino si es proporcionada por ella en el curso de las negociaciones. En definitiva, si la información es recibida de un tercero ajeno a las negociaciones, el criterio de la procedencia parecería liberar al receptor del deber de reserva. La discreción es debida a la contraparte en las deliberaciones para asegurar un clima de confianza y lealtad comercial que permita a las partes libremente, o al menos con un nivel razonable de certidumbre, intercambiar información necesaria, relevante y pertinente para lograr un acuerdo en las condiciones más eficientes.

El empleo de los verbos “recibir” o “proporcionar” en los textos referidos obliga además a plantear el tratamiento que merecería la información que una de las partes negociadora “llega a conocer” en el marco de las negociaciones pero no es proporcionada por la parte afectada por ella. Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad que de la “filtración” de la información pudiera derivarse en el seno de la organización a la que se refiere (infracción del deber de diligencia del administrador que deja a la vista datos confidenciales, violación de una obligación contractual de confidencialidad de unos de los directivos, etc).

4.1.3. Momento y contexto

La información sujeta a eventual deber de reserva se ha de recibir en el curso de las negociaciones. Así, se establece un criterio temporal (fase precontractual) y a la vez contextual (en el marco de las negociaciones). Surge entonces la cuestión de si basta con que la información se transmita en este contexto para que pueda quedar sujeta a un deber de secreto o si además deben ser hechos o datos relativos al contrato, negocio u operación que está siendo objeto de negociación. Es decir, que la información no sólo se proporcione en el curso de las negociaciones sino que se refiera, de hecho, a las negociaciones. Aunque pueda resultar contradictorio, en la práctica empresarial pueden surgir situaciones en las que en el contexto negociador surja una información ajena a la operación en curso que se da a conocer, sin embargo, con ocasión de los tratos previos.

El deber de confidencialidad es típicamente precontractual, por tanto, ha de guardarse independientemente de que se concluya o no posteriormente el contrato, como advierte el artículo 2.1.16 PCCI y el artículo 2:302 PDCE, salvo en la medida en que resulte del contrato que llegue finalmente a celebrarse (art. 1245.3 Propuesta de Modernización).

4.2. El contenido del deber de confidencialidad

El artículo proyectado es extraordinariamente sucinto y, por ello, no detalla el contenido del deber de confidencialidad más allá de la evidente obligación de mantener la reserva o discreción. Bajo esta interpretación, el deber se habría configurado esencialmente como una obligación de no hacer (no revelar) en su proyección externa. Por tanto, infringe la reserva quien desvela a terceros la información recibida. Junto con esta vertiente negativa del no hacer, el deber de confidencialidad se proyecta igualmente sobre una dimensión activa, que implica la adopción de las medidas adecuada para mantener la información recibida bajo la debida reserva. En ambos casos, la infracción se limita a su revelación externa.

El artículo 2.1.16 PCCI, sin embargo, extiende el alcance de la obligación e incorpora una perspectiva interna ausente en el artículo proyectado al añadir al deber de no revelar el de no “utilizarla injustificadamente en provecho propio”. El uso en beneficio propio de la información recibida puede no implicar que la información haya perdido su carácter confidencialidad en la medida en que puede no haberse revelado a terceros diferentes de las partes implicadas en las negociaciones.

Similar extensión del contenido obligacional encontramos en el artículo 2:302 PEDC al advertir que la obligación de la parte que recibe la información consiste en “no revelar la información recibida, ni (a) utilizarla para sus propios fines”.

4.3. Responsabilidad por infracción del deber de confidencialidad

El artículo proyectado establece sencillamente en su segundo apartado que “(l)a parte que infrinja el deber de confidencialidad responderá de los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte la infracción de ese deber”. La sucinta expresión de la disposición plantea entonces la duda de si sólo puede reclamarse a la parte infractora la compensación de los daños causados por el incumplimiento o si, en caso de que no se causaran daños, cabría exigir la restitución del beneficio obtenido indebidamente por la parte infractora. Esta cuestión resulta en este caso particularmente pertinente en la medida en que la infracción del deber, sobre todo, cuando se produce mediante el uso injustificado en provecho propio del infractor, no siempre permite acreditar daños ocasionados a la otra parte, son difícilmente mensurables, se dilatan en el tiempo o se manifiestan difusamente.

La dificultad en este punto, dada la redacción de la disposición, es confirmar si es preciso que se ocasionen daños para poder reclamar adicionalmente la restitución de los beneficios obtenidos por el infractor. En definitiva, si los beneficios injustificadamente obtenidos son una medida para el cálculo de los daños, cuya existencia, por tanto, se presume, o si cabe reclamar exclusivamente la restitución del beneficio obtenido aun sin que la otra parte haya sufrido daño alguno.

Los textos uniformes abordan expresamente esta cuestión aunque no ofrecen pautas definitivas para aclarar este planteamiento.

El artículo 2.1.16 PCCI establece que, “(c)uando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una

compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte”. Al decir “podrá incluir” parece presumir la existencia de una compensación por daños, probados y de cuantía acreditada, en la que se integra una cantidad adicional consistente en la restitución de los beneficios.

Por su parte, el artículo 2:302 PEDC contiene lo que algunos autores consideran una regla especial relativa a la violación de los deberes de confidencialidad cuando señala: “(l)a inobservancia de este deber puede incluir una compensación por pérdida sufrida y la restitución del beneficio obtenido por la otra parte”. La opción de los PEDC, en este sentido, sería la más clara al distinguir en la compensación posible dos fundamentos independientes: pérdida sufrida y beneficio obtenido por la otra parte. En este supuesto se interpreta que el art. 2:302 PEDC establece el derecho a un resarcimiento integral y una regla de restitución de beneficios que sería asimilable a la restitución de los enriquecimientos injustificados y es aplicable incluso si la otra parte no ha sufrido ningún daño. Con esta interpretación³⁹ se aclararía la cuestión de si deben darse conjuntamente, de forma tal que no cabe compensación ni restitución sin daño acreditado, o si pueden darse de forma separada, confirmando esto último.

5. CARÁCTER DISPOSITIVO: ACUERDOS PRELIMINARES

El Libro Cuarto “De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general”, donde se encuadran las disposiciones sobre los deberes en la fase preparatoria del contrato, comienza con una declaración general sobre el carácter dispositivo de sus normas. Así, el artículo 411-1 ACM establece que “(l) as normas que regulan los contratos, excepto las relativas a su noción y su mercantilidad, tienen carácter dispositivo salvo que en ellas se establezca expresamente otra cosa, y en consecuencia se aplicarán salvo pacto en contrario entre las partes”. Los artículos 412-1 y 412-2 no se refieren a los asuntos excluidos (noción y mercantilidad) ni parecen declarar expresamente su imperatividad. Por tanto, las partes podrán configurar la fase preparatoria apartándose de los estándares legales establecidos para ese periodo preliminar.

La práctica mercantil confirma ampliamente este escenario. Las partes apuntalan sus negociaciones con diversos acuerdos preliminares, de diversa extensión y variada denominación - cartas de intenciones (unilateral o aceptada por la otra parte con compromisos bilaterales), *memorandum of understanding*, acuerdos de confidencialidad (*Non-Disclosure Agreements*), *term sheets*, simples acuerdos para negociar - dirigidos precisamente a definir el marco en el que pretenden desarrollar los tratos, intercambiar información y negociar la conclusión del contrato. En ocasiones, en una fase más avanzada de la negociación, las cartas de intenciones u otros acuerdos preliminares de diversa denominación fijan los extremos sobre los que eventualmente ya se ha alcanzado un acuerdo para consolidar sobre ellos la negociación que debe continuar hacia el acuerdo definitivo. Entre los más habituales acuerdos preliminares se

³⁹ DÍEZ- PICAZO, L.; ROCA TRIAS, E.; MORALES MORENO, A.M., *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2002, p. 199.

encuentran los pactos o contratos de confidencialidad. En ellos, las partes delimitan el objeto (información confidencialidad: categoría de información, momento de intercambio, soporte, fuente, relación o no con las negociaciones), concretan el deber de reserva (qué significa revelar, si implica aprovechamiento en beneficio propio, si ha de causar daño o la mera infracción del deber implica incumplimiento) y regulan sus consecuencias (fundamentalmente mediante cláusulas penales). Todos estos negocios jurídicos forman parte de la etapa precontractual con la función de gestionar los riesgos de la negociación, aclarar el valor jurídico de la actuación de las partes en las deliberaciones y apuntalar las condiciones y los deberes bajo los que ha de conducirse la interacción entre las partes. Su incumplimiento generaría, en principio, responsabilidad contractual en relación con cada acuerdo y en las condiciones previstas (con frecuente inclusión de cláusulas penales para el caso de incumplimiento) aunque emerge, no obstante, todavía en un periodo precontractual y en relación con negocios jurídicos preliminares, instrumentales o preparatorios. En el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes diseñan mediante pacto el marco negocial, sus deberes y las consecuencias de su incumplimiento, en paralelo a las normas dispositivas sobre la fase preparatoria del contrato.

Esta “contractualización” de periodo precontractual arrastra interesantes cuestiones.

En primer lugar, hay que plantear si la obligación de negociar de buena fe puede ser impuesta, excluida o limitada por acuerdo de las partes. La posibilidad de imponer el deber de actuar de buena fe, naturalmente, sólo tiene sentido en aquellos ordenamientos en los que no se reconozca de forma expresa o se cuestione su existencia. Ni en estos casos ni en los de aquellas jurisdicciones donde expresamente se reconoce, la libertad de las partes para acordarlo y concretar sus específicas manifestaciones plantea duda alguna sobre su viabilidad. Lo más interesante, sin duda, es la posibilidad de que las partes configuren la plasmación concreta de la buena fe en la negociación mediante la concreción de reglas de conducta específicas. En la determinación de estas reglas, específicas o genéricas, las partes acuerdan qué comportamientos y en qué condiciones las partes pueden realizar durante las negociaciones, así como prever las consecuencias de un eventual incumplimiento. En este punto, entonces, la cuestión pasa a ser si en la concreción de tales conductas específicas, las partes podrían excluir⁴⁰ o limitar las exigencias de la buena fe. Los artículos 1:201 PDCE y 1.7 PCCI son contundentes en rechazar esta posibilidad. Sin embargo, si bien no cabe la exclusión o limitación de la responsabilidad por comportamiento doloso en virtud del artículo 1102 Cc, no hay motivo para no admitir la modificación convencional de la responsabilidad en caso de culpa o negligencia, por tanto, la posibilidad de modificar las consecuencias de la infracción del deber precontractual de buena fe. En tal sentido, el efecto práctico más esperado es que las partes podrían acordar que cualquiera de ellas pueda abandonar o

⁴⁰ Sobre la posibilidad de excluir el deber de negociar de buena fe (*disclaimer*), FARNSWORTH, “Precontractual Liability...”, *op.cit.*, p. 342, cita jurisprudencia que se ha mostrado particularmente receptiva a admitir los acuerdos de las partes para excluir o limitar la responsabilidad precontractual: *Rutledge v. Housing Auth.*, 88 Ill. App. 3d 1064,411 N.E.2d 82 (Ct. App. 1980); *Burst v. Adolph Coors Co.*, 503 F. Supp. 19 (E.D. Mo. 1980), *aff'd*, 650 F.2d 930 (8th Cir. 1981).

interrumpir las negociaciones en cualquier momento, alegando o no motivos previamente establecidos, sin que de ello derive responsabilidad alguna, limitando tal responsabilidad en cuantía o en extensión de los daños resarcibles (excluyendo la pérdida de oportunidad o limitando el daño emergente indemnizable) o determinando unas consecuencias específicas para tal supuesto (cláusula penal). Todo ello a salvo el supuesto de dolo⁴¹ pero sin más limitaciones que ésta.

En segundo lugar, nos preguntamos con qué extensión las partes podrían, por el contrario, agravar las consecuencias en caso de interrupción de las negociaciones con o sin mala fe. El agravamiento puede instrumentarse bien mediante la extensión de los daños indemnizables (gastos realizados que no sean estrictamente necesarios, inversiones específicamente establecidas en el contrato) o la fijación de una generosa cláusula penal⁴²; o bien mediante la previsión de indemnización en caso de interrupción de las negociaciones o no conclusión de un acuerdo sin mala fe, o incluso por motivos justificados o caso fortuito. Bajo este último supuesto en realidad subyace el planteamiento de si el alegado carácter dispositivo del artículo 412-2.1 ACM significa que las partes pueden limitar en toda su extensión la libertad de negociar. Una elevada penalidad para el caso de interrupción o sencillamente no continuación de las negociaciones puede ejercer un extraordinario efecto disuasorio. Más aún, la imposición de una pena desproporcionada para el caso en el que las partes no alcancen un acuerdo condiciona su libertad de contratar, en este caso, de no hacerlo, lo que podría considerarse contrario al orden público; pero también una cláusula de exclusividad lo hace, sin perjuicio de las normas de la competencia.

En tercer lugar, es paradójico observar en la práctica comercial cómo estos acuerdos preliminares se emplean precisamente para desactivar el riesgo de las partes de quedar vinculadas por su actuación negociadora más allá de lo esperado y deseado⁴³. Por ello, es frecuente la inclusión en estos acuerdos de una cláusula que expresamente excluye el carácter vinculante de las disposiciones del acuerdo que se califican de meras intenciones, salvo algunas disposiciones como las relativas al deber de negociación en exclusiva, confidencialidad o representación. De ahí que resulte tan sugerente la cuestión de si los acuerdos preliminares son vinculantes o si las partes pretenden realmente que lo sean⁴⁴. Y ello nos llevaría a valorar si en caso de considerarlos vinculantes, cabría exigir su cumplimiento entonces. Es decir, si podría exigirse el cumplimiento específico de un acuerdo preliminar que condujera, en la práctica, a exigir la continuación de las negociaciones de buena fe, como estaba pactado. Un resultado en este sentido carecería de lógica económica, arrastraría a una situación de ineficiencia y conduciría a un escenario de inviabilidad jurídica.

⁴¹ PANTALEÓN, “Responsabilidad precontractual: Propuestas...”, *op.cit.*, 2011, p. 905.

⁴² Sobre la posibilidad de la moderación judicial, FELIU REY, J., “Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo”, *ADC*, Tomo LXVII, 2014.

⁴³ CARRASCO PERERA, A., “Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad in contrahendo y obligatoriedad de los tratos en la jurisprudencia española”, *AC*, núm. 21, abril 2006.

⁴⁴ SCHWARTZ, A. & SCOTT, R., “Precontractual Liability and Preliminary Agreements”, *Harv. L. Rev.*, num. 120, 2006-2007.

LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD Y DE LOS RIESGOS EN EL CONTRATO DE OBRA POR EMPRESA. DERECHO VIGENTE Y ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

JOSÉ-ALEJO RUEDA MARTÍNEZ*

Resumen

En el presente trabajo se analiza el problema de la transmisión de la propiedad y de los riesgos en el contrato de obra por empresa, partiendo del derecho vigente y comparando la posición del Anteproyecto de Código Mercantil, teniendo como telón de fondo la máxima *res perit domino*.

Contenido

1.Introducción. – 2. La regla “res perit domino” como criterio de justificación de la propiedad y de imputación del riesgo en el contrato de obra. – 2.1. Antecedentes de la regla “res perit domino”. – 2.2. Posturas doctrinales y jurisprudenciales. – 2.3. La nueva regulación del supuesto particular de construcción de buques. – 3. La transmisión de la propiedad y de los riesgos en el derecho proyectado. – 3.1. Consideraciones preliminares. – 3.2. Especificación y transmisión de la propiedad. – 3.3. La transmisión de los riesgos. – 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento mercantil vigente, el contrato de obra por empresa se halla carente de una específica denominación y regulación, salvo alguna especialidad como p.ej. la más reciente relativa al contrato de construcción de buques (arts. 108 a 116 de la nueva Ley de Navegación Marítima de 24 de julio de 2014, en adelante LNM). Más allá de esa elemental afirmación de todos conocida, nuestra doctrina mercantilista lo define como aquel en que una de las partes, con organización y medios propios y a cambio de un precio, se compromete por encargo de otra a obtener un determinado resultado del que esta última se aprovecha y disfruta¹. Pero de ese renovado concepto, presente en nuestra realidad práctica, el único reflejo legal que existe, se encuentra en el denominado arrendamiento de obra que el Código civil contempla en los artículos 1588 a 1600, con los consabidos problemas que se plantean a la hora de su posible encaje en el inventario de los contratos mercantiles. Por eso la regulación proyectada ha de ser bienvenida al tipificar el contrato de obra por empresa como tipo unitario lo cual no

* Catedrático acreditado de Derecho Mercantil en la Universidad de Oviedo.

¹ PÉREZ DE LA CRUZ, A. “El Contrato de obra por empresa en general”, en VV.AA., *Curso de Derecho Mercantil*, II, 2ª ed., URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), Thomson-Civitas, 2007, pág. 247.

impide considerar sus pautas reguladoras como disciplina supletoria para otros convenios que cuentan con normas especiales y en los que las partes se comprometen a alcanzar un resultado. Asociando esas ideas, se estudia la regla *res perit domino* como criterio de justificación de la propiedad y de imputación del riesgo en el contrato de obra, partiendo de ese principio romano, acogido prácticamente por todos los sistemas jurídicos. Sin embargo, el asunto se agrava en relación con contrato de obra, puesto que ni el Cc, ni el ACM determinan con nitidez a quien corresponde la propiedad de la misma. Como veremos, el asunto es de suma importancia, puesto que el tema de los riesgos cambia de forma decisiva según se reconozca el dominio de la obra en construcción al comitente o al contratista. Para ello importa analizar las posturas doctrinales y jurisprudenciales en el derecho vigente, sin olvidar la nueva y moderna regulación del supuesto particular de construcción de buques. Con esos antecedentes, se procede el estudio de la transmisión de la propiedad y de los riesgos en el derecho proyectado. Después de proceder a las pertinentes consideraciones preliminares se observan las reglas contenidas en las normas básicas de los artículos 521-2 y 524-1 del ACM. En el primero de ellos se prevé, antes que otra cosa, el empleo por parte del contratista de los medios y de los materiales necesarios, que deberán ser de la calidad adecuada. En el segundo, ya en sede de transmisión del riesgo, se señala que el contratista soporta el riesgo de pérdida o deterioro de la obra hasta su aceptación. Finalmente, ya en relación a la transmisión de los riesgos se atiende a la regla general, que dispone que “*El contratista soporta el riesgo de pérdida o deterioro de la obra hasta su aceptación*”, pero con una observación particular respecto a la excepción que otorga un tratamiento específico al caso de pérdida o deterioro de la obra cuando ésta se realice en ámbito que quede bajo la sola potestad y custodia del comitente.

2. LA REGLA “RES PERIT DOMINO” COMO CRITERIO DE JUSTIFICACIÓN DE LA PROPIEDAD Y DE IMPUTACIÓN DEL RIESGO EN EL CONTRATO DE OBRA

2.1. Antecedentes de la regla “res perit domino”

La teoría de los riesgos es fruto del conocimiento especulativo de la doctrina francesa del siglo XIX. Efectivamente, ante la ausencia en el Código civil francés de una norma que regulase los efectos de la imposibilidad sobrevenida no imputable, los autores franceses elaboraron una teoría autónoma de los riesgos. De acuerdo con sus principios, en caso de que una de las obligaciones se extinga por caso fortuito o fuerza mayor, se origina la extinción automática de la obligación recíproca. La consecuencia inmediata es que el riesgo lo asume el deudor pese a quedar liberado de la obligación, cuyo cumplimiento ha sobrevenido imposible por caso fortuito o fuerza mayor. Con la implicación, además, de que no podrá reclamar la prestación del acreedor (*res perit debitori*). Se trata, en esencia, de la afirmación por la doctrina francesa de la regla instituida en el Derecho romano, donde el riesgo de la cosa recaía sobre el comprador desde el instante de la perfección del contrato de venta, pese a la ausencia de

transmisión de la propiedad², que solamente operaba mediante la *traditio (res perit creditori)*³. Pero esa fórmula, ceñida a la compraventa, se generaliza con la promulgación del Código napoleónico a todas las obligaciones consistentes en entregar una cosa, convirtiendo al acreedor en propietario con el simple consentimiento de las partes y quedando la misma bajo su riesgo desde el instante en que sea entregada aunque la tradición no se haya todavía efectuado. Solamente, si el deudor se constituye en mora a la hora de la entrega, la cosa permanecerá bajo riesgo de éste último (confr. artículo 1138 CC francés)⁴. De esa forma, al ir ligado el traspaso de los riesgos a la transmisión de la propiedad, la máxima *res perit creditori* se transforma en el principio *res perit domino*.

Ese principio romano, acogido prácticamente por todos los sistemas jurídicos, no ofrece mayores problemas de aplicación en los contratos traslativos de dominio cuando se quiere significar que en las situaciones en que la cosa se pierde por causa extraña no imputable perece para su dueño, como ocurre p. ej. con la compraventa en el derecho francés ya visto, el inglés⁵ o italiano⁶. Sin embargo, el asunto se complica respecto al contrato de obra, puesto que nuestro Código civil no determina con claridad a quien corresponde la propiedad de la misma.

Efectivamente, y con carácter general, es sabido que este contrato ofrece dos modalidades contractuales: a) que los materiales hayan sido suministrados por el comitente que encarga la obra y b) que dichos materiales sean aportados por el propio contratista. Desde esa perspectiva, si bien en el primero de los supuestos el hecho de que el contratista se obligue exclusivamente a la realización de la obra, no parece dejar lugar a dudas sobre su configuración como arrendamiento de obra, el supuesto en el que el constructor proporciona también los materiales ha suscitado dudas y discusiones en torno a su calificación como compraventa o como arrendamiento. El problema se remonta a la época clásica romana en la cual es bien conocida la abierta y larga polémica entre Sabinianos y Proculeyanos, defensores los primeros de la tesis de la “*emptio-venditio*” y partidarios los segundos de su configuración como “*locatio*

² Dig. 41.1.9.5 (Gaius 2 rer. cott.) “*Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio*”.

³ La regla fue aplicada hasta la promulgación del Código civil francés. Vid. POTHIER, R. J., *Oeuvres de Pothier contenant les traités du droit français. [Traité du contrat de vente. Traité des retraits. Traité du contrat de bail à rente.]* /. Nouvelle édition mise en meilleur ordre et publiée par les soins de M. DUPIN,... augmentée d'une dissertation sur la vie et les ouvrages de ce célèbre jurisconsulte par le même... Tome Ier [-XI^{me}] / Paris, 1824-1825, sobre la aplicación tanto de la regla *res perit creditori*, como de la *res perit domino*, en diversos contratos y situaciones, págs. 121, 140, 144, 214, 403 y 441. Se puede consultar esta obra en <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6490772j>

⁴ Exactamente dice el precepto: *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.*

⁵ *A contract of sale of goods is a contract by which the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration, called the price.* [Sale of Goods Act 1979, Part II, Contract of sale, Section 2 (1)].

⁶ *La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo* (art. 1470 Codice civile).

conductio operis”⁷. Con posterioridad, el Derecho justiniano consagró el criterio de la compraventa al calificarse el contrato teniendo en cuenta el elemento de mayor consideración social, es decir la propiedad de la materia frente al trabajo⁸.

La solución justiniana ha prevalecido en la doctrina francesa ya desde la época de la codificación, aunque alterándose la base conceptual de la prevalencia de la materia frente al trabajo, al concretarse ahora el problema en los propios textos del Código civil francés, los cuales parecían dar a entender que el supuesto en el cual, los materiales viniesen suministrados por el constructor, vendría configurado como un contrato de compraventa⁹.

⁷ Sobre esa polémica y sobre todo en torno a la cuestión sobre quien recae la propiedad de la cosa cfr. FERRINI, *Manuale di Pandette*, 4ª ed., Milano, 1953, págs. 284-285. Más concretamente sobre la calificación como compraventa o como arrendamiento de obra cfr. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, Libro XIX, trad. ital., Milano, 1891, págs. 92-95 sobre los siguientes textos del Digesto:

"Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam, vel vas aliquod, seu vestem, ut nihil aliud, quam pecuniam daremus, emtionem videri; nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret; aliter atque si aeream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur" (Dig. 18. 1. 20. POMPONIO, *Comentarios a Sabino, Libro IX.*)

"Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio; quod ut faceres, utrum emtio sit, an locatio? Respondit, si ex meo fundo tegulas tibi factas ut darem, convenit, emtionem puto esse, non conductionem; toties enim conductio alicuius rei est, quoties materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu eiusdem manet; quoties vero et inmutatur, et alienatur, emtio magis, quam locatio intelligi debet" (Dig. 18.1.65, IAVOLENUS, *libro XI Epistolarum.*)

"Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri solet, utrum emtio et venditio sit, an locatio et conductio, ut ecce, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo annulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae, et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emtio et venditio sit, an locatio et conductio? Sed placet, unum esse negotium, et magis emtionem et venditionem esse. Quodsi ego aurum dederam mercede pro opera constituta, dubium non est quin locatio et conductio sit" (Dig. 19.2.2.1. GAIUS, *libro II Rerum quotidianarum*)

"Quum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est; locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem" (Dig. 19.2.22.2., PAULUS, *libro XXXIV ad Edictum.*)

Un profundo análisis de estos textos puede verse en el interesante estudio de THOMAS, "Non solet locatio dominium mutare", en *Mélanges Philippe Meylan*, vol. I, Droit Romain, Lausanne, 1963, págs. 339 a 357.

⁸ "Item quareritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque, formae annulos ei faceret, et acceperit verbi gratia aureos decem, utrum emtio et venditio, an locatio et conductio contrahi videatur. Cassius ait, materiae quidem emtionem et venditionem contrahi, operae autem locationem et conductionem. **Sed placuit, tantum emtionem et venditionem contrahi.** Quodsi suum aurum Titius dederit mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit" (Instituta, 3.24.4.) Cfr. sobre el particular THOMAS, *ob. cit.*, págs. 342-343.

⁹ Efectivamente el art. 1711 del Código civil francés enumera, entre los distintos supuestos de arrendamiento aquél en que la materia fuera aportada por el mismo para el que se hace la obra (párr. 6º) y más adelante el art. 1787 establece que cuando se encarga una obra, puede convenirse que el constructor aporte solamente su trabajo o industria o que también aporte los materiales.

Ante esos preceptos la doctrina civilista francesa, apoyándose además en la redacción original del art. 1787 del Proyecto del código, se decidió por la teoría de la compraventa, pues, aparte de que el art. 1711 da a entender a *contrario sensu* que en el supuesto en que el material venga suministrado por el constructor no constituye arrendamiento de obra, en el originario art. 1787 antes referido se decía que en el supuesto de que fuera el comitente quien aportase los materiales existía un arrendamiento de obra y en caso contrario una compraventa. (Cfr. COLIN, CAPITANT, DE LA MORANDIERE, *Cours élémentaire de Droit civil français*, Paris 1941, pág 721; JOSSERAND, *Derecho civil*, trad. esp., Buenos Aires 1951, pág. 247; WAHL, *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, vol. XXII, T. II, 2ª parte, Paris, 1906, pág. 1073 y ss.; TROPLONG, *Droit Civil expliqué. De l'échange et du louage*, T. II, Paris 1859, págs. 366 y ss., quien realiza una cumplida exposición de las doctrinas mantenidas al respecto).

Se advierten, sin embargo, en la propia doctrina civilista francesa posturas en favor de la naturaleza mixta o compartida. Así PLANIOL Y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, trad. esp., T.

2.2. Posturas doctrinales y jurisprudenciales

Siguiendo los pasos de la doctrina francesa y abogando por la tesis de la compraventa, no faltan autores en nuestra doctrina civilista que han calificado de compraventa al contrato de obra en aquellos casos en los que el artífice suministra la materia. Se argumenta que si el que contribuye con su trabajo suministra también el material para obtención de la obra, existirá un contrato de compraventa, ya que la obligación principal es un “dare” y no un “facere”¹⁰. Incluso un sector minoritario ha defendido la enervada tesis del contrato mixto¹¹. No obstante, la tesis más generalizada configura el contrato como “arrendamiento de obra por precio alzado”. Es la consecuencia lógica de aplicar la norma contenida en el artículo 1588 del Código civil, que contempla de modo claro la doble hipótesis de que el contrato de arrendamiento de obra se ejecute aportando únicamente el trabajo o se realice suministrando el artífice los materiales.

Admitida así la naturaleza jurídica del contrato, surge ahora el problema de determinar a quién corresponde la propiedad o, si se quiere, la verificación del modo y momento de adquisición de la propiedad de la obra por el comitente. El asunto es de suma importancia, pues los riesgos se transmutan de forma decisiva según se reconozca el dominio de la obra en construcción al comitente o al contratista. Efectivamente, como se ha puesto acertadamente de relieve, de admitir que la obra en construcción pertenece al contratista pese a correr con los riesgos, la situación del comitente es poco segura, pues cabe que aquél hipoteque o grave la obra, o que la enajene a un tercero, en cuyo caso el comitente sólo podrá dirigirse contra el contratista como titular de un simple derecho de crédito, o incluso que, como consecuencia de obligaciones extrañas a la construcción misma, la obra le sea embargada¹². Por el contrario, si se admite que la propiedad corresponde al comitente será éste quien deba soportar los riesgos. Además importa recordar –aunque las características de este trabajo no permiten entrar al detalle- que a nadie se le escapan las consecuencias del posible estado de insolvencia conectado a la situación de propietario correspondiente a cada una de las partes.

En ese contexto, barajando los dos supuestos que ofrece el contrato según que los materiales hayan sido proporcionados por el constructor o suministrados por el comitente, se han planteado dos posturas contrapuestas que son bien conocidas: la

XI, La Habana 1946, pág. 157 y ss.; AUBRY Y RAU, *Cours de Droit Civil francais*, T. V, Paris 1907, pág. 655 y ss.

¹⁰ Así entre otros GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, Madrid, 1852, pág. 482; TRAVIESAS, M. M., “Contrato de arrendamiento (obra y servicios)”, *RDP*, 1919, pág. 42.

¹¹ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Anotaciones al Tratado de ENNECCERUS*, t. II, vol. 2º, primera parte, 3ª ed. Española (anotada por FERRANDIS VILELLA), Barcelona, 1966, pág. 557; SANTOS BRIZ, J., *El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, *RDP*, 1972, pág. 381. Una exhaustiva clasificación de los diferentes criterios que se han barajado en nuestra doctrina, ha sido realizada por el Prof. Aurelio MENENDEZ, “Naturaleza jurídica del contrato de construcción de buques”, en *R.D.M.*, n.º 68, 1958, págs. 308 a 318, quien valorando la seguridad relativa de unos y otros, propone como criterio el objetivo y dentro de éste, el que distingue la relación de acuerdo con el carácter fungible o no fungible de la cosa a construir.

¹² Así expresamente SÁNCHEZ CALERO, F. J., *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1978, pág. 180

teoría dualista que hace depender la propiedad de quien haya aportado los materiales y la *teoría unitaria* que mantiene que, al margen de esa aportación, la propiedad es siempre del comitente¹³ admitiendo, incluso, que puede ser invariablemente del contratista¹⁴. Nos detendremos en la primera de ellas por ser la más generalizada en la doctrina civilista y prácticamente unánime entre los mercantilistas. Interesa destacar que estos últimos han postulado la tesis dualista en un supuesto muy concreto: el contrato de construcción de buques. El punto de conexión con la tesis defendida por la doctrina mercantilista se encuentra en el respaldo al principio que atribuye la propiedad originaria del constructor, siendo ineludible la entrega posterior de la obra en favor del comitente, por aplicación de la teoría del título y el modo consagrada en nuestro derecho (arts. 609 y 1095 del C.c.)¹⁵. En consecuencia, es clara, según ese planteamiento, la aplicación de la tradición *per cartam* que admite el art. 1462 del CC, es decir el otorgamiento de la escritura pública equivalente a la entrega de la cosa¹⁶. Conviene destacar que, con frecuencia, se alega como fundamento de la condición de propietario del constructor, el contenido del artículo 1589 del Código civil, conforme al cual, “si el que contrató la obra se obligó a poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese habido morosidad en recibirla”¹⁷. Y dentro de esa orientación se estima, al mismo tiempo, que en el supuesto de que los materiales hayan sido suministrados por el comitente, correspondería a éste la propiedad al tratarse de un caso de transformación de materia propia¹⁸. Una vez así delimitada la soberanía sobre la propiedad de la obra, en consonancia con la teoría dualista defensora de aplicar el título y el modo, si la propiedad es del constructor cuando éste aporta también los materiales, igualmente debe soportar el riesgo conforme

¹³ En nuestra doctrina es partidario de este criterio SÁNCHEZ CALERO, F.J., (*Op. Cit.*, págs. 201 y ss). Para este autor, la obra, mueble o inmueble, es una cosa nueva sobre la que recae un derecho de propiedad nuevo, distinto de la propiedad de los materiales, la cual se extingue desde el momento que sobre ellos recae el trabajo del contratista dirigido a conseguir para el comitente la *res nova*. La aportación del suelo, en su caso, por el contratista es una prestación accesoria que las partes acuerdan agregar a la principal.

¹⁴ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., *Las garantías del contratista de inmuebles*, Universidad de Jaén, 1995, págs. 143 a 151.

¹⁵ Así GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid 1979, pág. 635, quien afirma que la solución no parece dudosa en el Derecho español: “habrá que aplicar el principio general sobre adquisición de la propiedad y derechos reales consagrado en el art. 609 del C.c. y, por tanto sólo mediante la tradición del buque pasará la propiedad a quien encomendó su construcción.

¹⁶ Por todos GARRIGUES, *loc. ult. cit.*

¹⁷ GARRIGUES, *loc. ult. cit.*

¹⁸ URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1997, págs. 969-970; BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, 9ª ed., 1991, pág. 777; PADILLA GONZALEZ, en *Derecho mercantil*, coordinado por JIMENEZ SANCHEZ, Barcelona, 1990, pág. 1135, quien no obstante advierte que tal solución no parece ser admitida por el art. 149 del R.R.M. de 1956, al someter también al requisito de la entrega el supuesto de encargo con aportación por el comitente de los materiales. Criticando esa posición dualista PEREZ DE LA CRUZ, “Adquisición de la propiedad del buque mediante contrato de construcción”, en I Congreso Nacional de Derecho Marítimo 1985, págs. 213 y ss. ha propuesto un criterio unitario en base al art. 383 del C.c.

En la doctrina civilista, vid., entre otros, GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, pág. 265; LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 2º, ed. Revisada y puesta al día por RIVERO HERNANDEZ, F., Madrid, 1999, pág. 188 y 189; SALVADOR CODERCH, P., *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1199.

a la regla *res perit domino*. Aplicación de ese principio romano que deriva de la condición de propietario del constructor, que tiene como fundamento el contenido del artículo 1589 del CC relativo exactamente al problema de los riesgos.

La aplicación de la regla *res perit domino* es respaldada por gran parte de la doctrina¹⁹ y es la que ha seguido nuestro Tribunal Supremo. Efectivamente, el alto Tribunal ya en la Sentencia de 7 octubre 1964 (RJ 1964\4326) se manifestó en estos términos: “*Que los elementos reales del contrato de arrendamiento de obras, como lo califica el art. 1544 del CC, siguiendo la nomenclatura del Derecho romano, o de empresa, según la terminología moderna, consisten, de una parte, en la obtención de un resultado («opus consumatum et perfectum») al que, con o sin suministro de material (art. 1588), se encamina la actividad creadora del empresario, que asume los riesgos de su cometido, de acuerdo con la regla «Res perit domino» y de otra, en la fijación de un precio cierto (arts. 1543 y 1544), que el comitente debe satisfacer en el momento de recibir el encargo encomendado...*”. El texto se reproduce *ad litteram* en la Sentencia TS de 31 mayo 1983 (RJ 1983\2952) y brota como una tendencia unánime en las resoluciones de las Audiencias Provinciales (las más recientes las SS de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), núm. 313/2014 de 25 septiembre. JUR 2014\266696 y de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª), núm. 213/2014 de 23 septiembre. JUR 2014\277572)²⁰. Ulteriormente, el TS en la sentencia de 15 junio 1994 (RJ 1994\4925), entrando expresamente en el tema de los riesgos, afirma: “...*los artículos 1589 y 1590, determinantes de cuál de las dos partes, el contratista o dueño de la obra, ha de asumir el riesgo de la pérdida hasta que se produzca la entrega de la obra, preceptos que han de ser interpretados, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, en el sentido de que el riesgo a que se refiere el texto legal es el proveniente de caso fortuito...*”

No podemos pasar por alto, sin embargo, una postura más reciente del Tribunal Supremo en un caso relativo a la construcción de un buque que perece a causa de un incendio. Se trata de la STS de 28 de febrero de 2013, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2013\1606) en la que el alto Tribunal admite la teoría dualista (entre otras razones porque en el contrato se había pactado que la propiedad era del constructor). En cuanto a la naturaleza jurídica configura “...*el contrato celebrado por ambas sociedades como arrendamiento de obra por precio alzado - la posibilidad de calificarlo como venta de cosa futura no ha sido tomada en consideración por nadie, acertadamente, a la vista de*

¹⁹ En la doctrina maritimista vid. GABALDÓN-RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la navegación marítima*, 2.ª ed., Madrid-Barcelona, 2002, pág. 254. Por parte de los civilistas, entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Volumen IV, Madrid 1977, pág. 490; ALBACAR LOPEZ, J. L. *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. V, sub arts. 1589-1590, págs.1210-1211; CAPILLA RONCERO. “El contrato de obra”, en AAVV, coor. por VALPUESTA FERNANDEZ, M.R., *Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Valencia 1998 pág. 754.

²⁰ Vid., además, con simple alcance de muestra, Las SS de la AP Guadalajara, sentencia núm. 80/2002 de 1 marzo; AP Madrid (Sección 13ª), sentencia núm. 438/2004 de 3 junio; AP Tarragona (Sección 1ª), sentencia núm. 99/2010 de 3 noviembre; AP Burgos (Sección 2ª), sentencia núm. 353/2011 de 29 julio; Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª) de 30 enero de 2008 y 4 de mayo de 2011; AP Madrid (Sección 10ª), sentencia núm. 110/2012 de 15 febrero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8ª) de 22 marzo de 2012; AP Guadalajara (Sección 1ª), sentencia núm. 113/2012 de 8 mayo.

*los datos que la prueba ofrece...". Añade, además, que "Se trata de un contrato de naturaleza mercantil, pero regulado por las normas del Código Civil - artículos 1588 y siguientes, en relación con los artículos 2 y 50 del de Comercio. De acuerdo con dichas normas, - sigue afirmando- hasta el momento de la entrega, Astilleros de Pesca, SL era la propietaria del buque, pues lo creó con su trabajo y sus propios materiales". Resulta evidente que la sentencia asume la teoría dualista en punto a la transmisión de la propiedad, pero luego se aparta a la hora de la imputación del riesgo porque entiende que "La norma del Código Civil sobre el régimen de riesgos propio del contrato de ejecución de obra, cuando la aportación de materiales la hubiera asumido el contratista - artículo 1589 -, no regula directamente el conflicto de intereses que ha sido objeto del proceso, ya que, aunque literalmente se refiera al llamado " periculum rei ", regula el " periculum obligationis ", esto es, las consecuencias que en el funcionamiento de la relación contractual sinalagmática produce la pérdida fortuita de la cosa debida por uno de los contratantes...". Desde ese razonamiento pasa por alto la aplicación de la regla *res perit domino* admitida, como hemos visto, en ocasiones anteriores por el propio Tribunal e introduce una excepción muy próxima a la contenida en el artículo 524-1.1 (Transmisión del riesgo) del proyecto de Código que luego veremos y que responde a la fórmula riesgo-posesión. En esa línea se afirma que "Al producirse el incendio a que se refiere el recurso, el buque no había sido entregado a la armadora, como se ha expuesto en varios apartados de nuestra argumentación. Sin embargo, tampoco estaba, exclusivamente, en poder de la constructora, puesto que las llaves habían sido entregadas a una persona que actuaba por cuenta de la armadora para posibilitar que, como se afirma en la sentencia recurrida, " diferentes gremios o empresas contratadas por el propio armador trabajaran en el barco".*

2.3. La nueva regulación del supuesto particular de construcción de buques

Una de las novedades de la nueva LNM es precisamente la regulación de este contrato que viene definido, acogiendo las tendencias doctrinales más modernas, como aquel por virtud del cual "una parte encarga a otra la construcción de un buque, a cambio de un precio. Los materiales podrán ser aportados, en todo o en parte, por cualquiera de los contratantes" (art. 108-1). Interesa advertir que predomina lo convenido por las partes y, en su defecto se aplicarán sus normas reguladoras que también serán supletorias a los contratos de reparación o remodelación naval cuando la importancia de éstas lo justifique.

La norma básica la constituye el artículo 110 (Adquisición del dominio) al disponer: "La propiedad del buque en construcción corresponde al constructor hasta el momento de su entrega al comitente, salvo que las partes acuerden diferirla a un momento posterior. 2. Los materiales y equipo suministrados por el comitente se considerarán de su propiedad hasta el momento en que sean incorporados al buque". Esta postura por la que se decanta la LNM y según la declaración formulada en la propia Memoria de Propuesta de Anteproyecto "es la lógica consecuencia, en cuanto a atribución de propiedad y riesgo, de la definición legal" y conviene no olvidar que esa definición se orienta entorno al contrato de obra. Más la circunstancia de atribuir la

propiedad del buque en construcción al constructor hasta el momento de su entrega al comitente puede dar lugar a defender posiciones favorables al contrato de compraventa de cosa futura, al recoger sustancialmente la postura del derecho francés²¹. No creo, sin embargo, que haya sido ese el propósito de los redactores de la LNM, ya que el objetivo no parece ir más allá de intentar resolver el problema de la propiedad del buque durante su fabricación, aun dentro del contexto del contrato de obra, y no solo en el supuesto en el que el astillero aporte en su totalidad los materiales, sino también cuando los proporcione el comitente, pues, aun en este último caso, pese a declarar que “se considerarán en su propiedad hasta el momento en que sean incorporados al buque”, ello implica su ineludible incorporación, que obviamente ha de contribuir al resultado sobre la existencia de la propia obra: el buque. En consecuencia existe una clara posición acogiendo la tesis unitaria que atribuye, en todo caso, la propiedad del buque al astillero. La eventualidad de que el comitente aporte los materiales manteniéndolos en su propiedad hasta la oportuna anexión a la obra no debe llevar a pensar en el supuesto contrario, pues no puede haber confusión entre la propiedad de los materiales y la propiedad de la obra misma. Lo único que parece establecer el artículo 110 de la LNM es la regla *res perit domino* en función de la propiedad de la obra o de la propiedad de los materiales: a) si el buque “opus” sufre pérdida o deterioro sin culpa de las partes, esos riesgos los sufrirá siempre el constructor como propietario del mismo; b) si lo que se pierden son los materiales aportados por el comitente, sin que constituyan aún la obra, será él quien corra con el riesgo. Y –aunque el precepto no lo diga– a contrario sensu vale la misma argumentación para el supuesto en que el constructor aporte los materiales aunque todavía no hayan pasado a formar parte de la obra. En tal caso es propietario de los materiales al suministrarlos él mismo y, en todo caso, propietario definitivo de la obra por disposición legal.

En resumen, el astillero es siempre el propietario del buque, pero no hemos de olvidar que el arrendamiento de obra, como contrato obligacional, hace recaer sobre el constructor las obligaciones de ejecutar la obra, conservarla y entregarla al comitente. Por eso creo que en la letra de la LNM hay un contrato de obra y no de compraventa, y aun aplicándose las normas sobre riesgos que prevé el artículo 110, podrá considerarse como un contrato traslativo del dominio, o mejor de finalidad traslativa, de ahí la obligación de entrega establecida en el artículo 112.

²¹ Efectivamente en el derecho francés se contempla como una verdadera compraventa, aunque en este caso, al no existir materialmente el objeto, se tratará de una “vente à livrer” o compraventa de cosa futura. El legislador francés en la “Loi 67-5 du 3 janvier 1967 Portant Statut des Navires et autres Bâtiments de Mer”, ya confirmó ese principio al prevenir que: “Excepto si existe un convenio en contra, el constructor es propietario del buque en construcción hasta la transferencia de propiedad al cliente. Esta transferencia se realiza con la recepción del buque después de pruebas” (art. 6). Sin embargo, ese precepto que ha sido derogado en la actualidad por el “Code des transports”, artículo L5113-3, el texto vigente no cambia, la base del principio anterior. Efectivamente, en la nueva redacción operada por la “Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010” art. (V), queda establecido que: “Salvo pacto en contrario, la transferencia de propiedad se lleva a cabo sólo en la fecha de recepción de la nave, después de las pruebas”.

3. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD Y DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO PROYECTADO

3.1. Consideraciones preliminares

Ya hemos visto que, en el derecho vigente, el artículo 1588 del Código civil, contempla manifiestamente la doble hipótesis de que en el contrato de arrendamiento de obra el artífice puede ejecutarla aportando únicamente el trabajo o su industria, o que también suministre el material. Con una redacción diferente, más precisa y exegética, el ACM refleja también esa duplicidad de supuestos señalando que *“el contratista pondrá los medios y los materiales necesarios, que deberán ser de la calidad adecuada. Si los materiales fueran suministrados por el comitente y presentasen vicios o defectos se estará a lo dispuesto sobre la obligación del comitente de subsanar los defectos de los materiales”*. Pero si en ello se puede encontrar un mínimo común denominador, donde coinciden plenamente el CC y el ACM es en la ausencia de determinación de la propiedad de la obra. La trascendencia de precisar tal circunstancia es evidente. No es posible analizar los distintos supuestos, pero baste subrayar el caso en que el contratista entra en concurso. Argumentar que la propiedad de la “obra en construcción”, incluso ya acabada, pero antes de ser entregada (o aceptada según el ACM) le corresponde, significa que entra a formar parte de la masa activa del concurso como bien integrado en su patrimonio a la fecha de la declaración (art. 76.1 LC). En cambio, decidirse por la propiedad del comitente, al tratarse de un bien de propiedad ajena, pero en poder del constructor-concurrido, la administración concursal deberá entregar la obra a su legítimo titular (comitente) salvo los supuestos de derecho de uso, garantía o retención del concursado (art. 80 LC).

En ese escenario, se hace inexcusable precisar a través de la vía interpretativa a quién corresponde la propiedad de la obra y, en su caso, la fórmula adecuada para su transmisión. Una vez matizado ese antecedente, será más fácil explicar el sistema de distribución de los riesgos y advertir si se sigue ajustando al régimen del ACM la regla *res perit domino* como aplicación nomotética en nuestro derecho.

3.2. Especificación y transmisión de la propiedad

Antes de entrar a examinar el problema, conviene recordar que prevalece la autonomía de la voluntad de las partes. Efectivamente, el ACM (artículo 411-1. Carácter dispositivo de las normas) previene que *“Las normas que regulan los contratos, excepto las relativas a su noción y su mercantilidad, tienen carácter dispositivo salvo que en ellas se establezca expresamente otra cosa, y en consecuencia se aplicarán salvo pacto en contrario entre las partes”*. Por eso, en aquellos contratos de obra por empresa de alta importancia económica, lo normal será precisar en el contrato todas las circunstancias relativas a la propiedad de la obra, el régimen de su transmisión y la regla para la distribución de los riesgos. Sin embargo, en otro tipo de acuerdos de “menor cuantía” –digámoslo así- será necesario aplicar el sistema previsto en el ACM, como

ocurre, por ejemplo, en la confección de un traje o en la manufactura de unos zapatos, en los que nada se pacta por escrito.

Hechas esas consideraciones, procede afrontar la cuestión de la propiedad de la obra y su transmisión. Las normas básicas se encuentran en los artículos 521-2 y 524-1 del ACM. En el primero de ellos se prevé, antes que otra cosa, el empleo por parte del contratista de los medios y de los materiales necesarios, que deberán ser de la calidad adecuada. En el segundo, ya en sede de transmisión del riesgo, se señala que el contratista soporta el riesgo de pérdida o deterioro de la obra hasta su aceptación. Los preceptos señalados invitan a una interpretación, acorde con la doctrina mayoritaria actual, haciendo depender la solución del problema, de la propiedad de los materiales empleados para la obra, si ésta es mueble. En otro caso, de la propiedad del suelo, si es inmueble. En ese contexto, si el objeto del contrato es una cosa mueble y el contratista pone “los medios y los materiales necesarios”, la propiedad de la obra será adquirida a título originario por el contratista y, sólo en el momento de la aceptación, la propiedad se transmite al comitente, que la adquiere a título derivativo por aplicación de la teoría del título y el modo. En cambio, si el objeto es la construcción es un inmueble, según la tesis dualista, el comitente adquiere por accesión la propiedad de la obra a medida que los materiales se incorporan al suelo (art. 358 CC), pues éste, por lo general, es suministrado por el comitente.

Renunciando al supuesto del contrato de construcción inmobiliaria, que constituiría una hipótesis de escuela, pues, dado su valor económico, comporta normalmente, la derogación del régimen legal a través de minuciosos contratos, interesa indagar en los argumentos respecto al régimen mobiliario. Es cierto que el contratista, en el contrato de obra, en general, se encuentra ligado con la persona que le encarga el producto en virtud de una pura relación obligatoria, de la cual pueden derivar para él derechos de crédito, pero en virtud de la cual, por la propia naturaleza de la relación, no adquiere ningún tipo de derechos reales²². Pero no es menos cierto que nos encontramos ante uno de los denominados contratos de finalidad traslativa (*iusta causa traditionis*) y por quien es propietario de la cosa, lo que confirma la tradición como modo de adquirir. Efectivamente, el hecho de que el contratista ponga “los medios y los materiales necesarios” y que soporte “el riesgo de pérdida o deterioro de la obra hasta su aceptación”, permite deducir que es él el verdadero dueño de la obra. Ello está en armonía con el artículo 522-4. (Terminación y puesta a disposición de la obra) que obliga al contratista a comunicar al comitente la terminación de obra y ponerla a su disposición, para su aceptación o rechazo. Obligación que implica, además, proporcionar todos los elementos necesarios para que el comitente pueda utilizarla y destinarla al fin previsto en el contrato. Además, la tesis manteniendo la propiedad del contratista viene confirmada en la propia EXPOSICIÓN DE MOTIVOS (VI-70), al exceptuar del régimen general de transmisión del riesgo el supuesto de pérdida o deterioro de la obra cuando ésta se realice en ámbito que quede bajo la sola potestad y custodia del comitente (vid. art. 524-1.1), en la medida – dice la EXPOSICIÓN DE

²² DÍEZ-PICAZO, L., “Posesión y contrato de obra”, en *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. BATLLE V ÁZQUEZ*, Madrid, 1978, p. 248.

MOTIVOS- en que así se mantiene la necesaria vinculación entre el riesgo y la **posesión de la obra**. Por tanto si el comitente, en esas circunstancias, es un puro poseedor es porque la propiedad recae en el contratista. Sentado a quién corresponde la propiedad de la obra, en la síntesis que aconseja un trabajo de estas características, la transmisión del dominio deberá operar necesariamente a través del título y el modo. Efectivamente, junto con el contrato deberá existir el “poder de disposición” del transmitente que, pese a no formar parte del contrato, constituye otro presupuesto que, junto con el mismo, debe darse para que la entrega tenga el valor de tradición y provoque la transferencia del derecho real. Interesa recordar, una vez más, que el artículo 609 del CC advierte, entre otros factores, que la propiedad se adquiere y transmite “por consecuencia de ciertos contratos mediante la **tradición**”. Ello implica que contratista y comitente tengan respectivamente “intención de transmitir y adquirir” la propiedad. Por eso, oportunamente, el ACM no habla de entrega sino de aceptación y comprobación por parte del comitente (EXPOSICIÓN DE MOTIVOS VI-69; artículo 523-5; 524-1, entre otros). En resumen, contrato, poder de disposición del contratista e intención de transmitir y adquirir, satisfacen la teoría del título y el modo para que opere la transferencia de la propiedad en el contrato de obra por empresa. Y teniendo en cuenta que no se puede definir la tradición a que se refiere el art. 609 como simple entrega, habrá casos en los que hay entrega pero no tradición. Así ocurrirá en las situaciones en las que falta el poder de disposición o la intención de adquirir, (*rectius* aceptación).

3.3. La transmisión de los riesgos

El ACM establece una regla general y dos excepciones, en relación con la pérdida o deterioro de la obra hasta su aceptación. En conexión con ese sistema de riesgos se incluye una atención específica referida a la pérdida o deterioro de los materiales cuando son suministrados por el comitente y que, sorprendentemente, se califican de accidental. Por eso, antes de analizar el tema es importante recordar, como idea cardinal, que en materia de riesgos se parte de la hipótesis de que la pérdida o deterioro de la cosa no sea imputable a ninguna de las partes. Baste invocar de nuevo la doctrina del TS en la sentencia de 15 junio 1994 (RJ 1994\4925), que entrando expresamente en el tema de los riesgos, afirma: “...los artículos 1589 y 1590, determinantes de cuál de las dos partes, el contratista o dueño de la obra, ha de asumir el riesgo de la pérdida hasta que se produzca la entrega de la obra, preceptos que han de ser interpretados, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, en el sentido de que el riesgo a que se refiere el texto legal es el proveniente de caso fortuito...”.

Entrando en las observaciones entorno a la regla general, el ACM dispone que “*El contratista soporta el riesgo de pérdida o deterioro de la obra hasta su aceptación*” (artículo 524-1.1). Es la lógica consecuencia, a nuestro entender, de la aplicación de la regla *res perit domino* imperante como principio general en nuestro derecho. Si hemos dejado sentado que el contratista es el propietario de la obra, será él quien deba soportar los riesgos, cuando éstos no puedan ser imputados a nadie como puede ser el caso fortuito, contingencia ésta que la norma no matiza. Ello significa, por un lado, que los

daños o menoscabos que sufra la obra con anterioridad a la aceptación de la misma, deberán ser soportados y, en su caso, reparados por el contratista a su costa. Además ello implica la imposibilidad, solicitar al comitente resarcimiento alguno ni rectificación del importe de la obra. Por otro lado, en caso de que se origine pérdida total, la regla anterior determina el surgimiento de la obligación de reconstruirla a cargo del propio contratista. Y de acuerdo con la criterio ordinario sobre incumplimiento de los contratos previsto en el ACM, ello sin perjuicio del derecho del comitente a resolver el contrato y a obtener la restitución de las sumas anticipadas o pagadas a cuenta del precio de la obra, en el caso de que las circunstancias citadas determinen el incumplimiento o un riesgo notorio del mismo (artículo 417-1)²³.

Por lo que se refiere a la primera de las excepciones, pese a la aparente simplicidad y explicación, es la que ofrece más problemas. El artículo 524-1, se expresa en estos términos: “*No obstante, el contratista no responderá de la pérdida o deterioro de la obra si ésta se realiza en un ámbito que quede bajo la sola potestad y custodia del comitente*”. Pero, además, recordemos que, justamente, la EXPOSICIÓN DE MOTIVOS (VI-70) declara: “*Sin perjuicio de lo anterior, se ha considerado necesario dotar de un tratamiento específico al caso de pérdida o deterioro de la obra cuando ésta se realice en ámbito que quede bajo la sola potestad y custodia del comitente; la solución, en este caso, pasa por exceptuar del régimen general de transmisión del riesgo ese supuesto concreto, en la medida en que así se mantiene la necesaria vinculación entre el riesgo y la posesión de la obra*”. Destaquemos que ambos textos hablan de potestad y custodia y el último esboza la ecuación riesgo-posesión, todo ello referido al comitente. Por eso, se ha dicho oportunamente que “cuando el precepto alude al ámbito de la sola potestad y custodia del comitente se está refiriendo a algo más que al simple hecho de que la obra se realice en un emplazamiento de su propiedad, pues si el comitente se limita a facilitar el acceso al lugar en el que debe ejecutarse la obra (v. gr, un terreno), pero de las circunstancias en las que celebra el contrato no se deduce la existencia de un deber de custodia a su cargo, entonces habrá de entenderse que el riesgo permanece en la esfera del contratista hasta tanto no se produzca la aceptación”²⁴.

En ese contexto, la pregunta que surge es inmediata: ¿se rompe la regla *res perit domino* al quedar vinculado el riesgo a la posesión y no a la propiedad? El asunto requiere algún detenimiento. A primera vista, dada la redacción de la norma y la aclaración que a ella se da, parece que nos deberíamos decantar en sentido afirmativo: la

23 Vid. acertadamente estas ideas expuestas en MARTÍNEZ FLÓREZ, A. y VAQUERIZO ALONSO, A. “El contrato de obra por empresa en el Anteproyecto de Código Mercantil”, en RDM, n° 293, 2014, p. 68. Además advierten que, aunque la norma reguladora de la transmisión del riesgo en el contrato de obra no lo diga expresamente, en caso de retraso en la aceptación o de rechazo infundado de la obra por parte del comitente el riesgo habrá de entenderse transmitido en el momento en que concluya el plazo dentro del cual dicha aceptación debiera haberse realizado. Esta solución –siguen afirmando– resulta acorde con la expresa consideración del transcurso del plazo de verificación de la obra como un supuesto de aceptación presunta, así como con la concepción de la propia aceptación (dentro de aquel plazo) como una obligación a cargo del comitente cuyo incumplimiento injustificado no impide el despliegue de los efectos legalmente vinculados a la aceptación, entre los que se encuentra la exigibilidad del pago o, por lo que aquí interesa, la transmisión del riesgo.

24 MARTÍNEZ FLÓREZ, A. y VAQUERIZO ALONSO, A. loc. ult. cit.

obra perecería para el poseedor-comitente. Sin embargo, cuando a esa posesión se añade el deber de *custodia*, el problema se sitúa ya ante la responsabilidad *ex recepto*²⁵, al menos en aquellos casos en los que el contrato de obra tiene por objeto cosas muebles. Tomando como ejemplo de responsabilidad por custodia otro contrato de obra por empresa como es el transporte de mercancías, sabemos que el porteador está obligado a guardar y conservar las mercancías objeto de transporte desde que las recibe en origen hasta que las entrega en destino (artículo 28 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías). Pero conocemos también que, dentro de las causas de exoneración de la responsabilidad del transportista, se encuentran el vicio propio de las mercancías y *las circunstancias que el porteador no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir*, siempre que pruebe tales eventualidades (artículo 48 de la citada Ley 15/2009). A ello hay que añadir que si al comitente, en tanto que poseedor, se le exige el consabido deber de custodia y la cosa mueble *queda bajo la sola potestad*, se habrá constituido en depositario. En esa posición, según el propio ACM, responderá de la pérdida total o parcial así como de los deterioros que sufran las cosas depositadas desde el momento de su entrega hasta el de su devolución. No obstante, quedará liberado “*si prueba que la pérdida o los deterioros han sido ocasionados por una indicación inexacta o instrucción errónea del depositante por vicio propio de las cosas depositadas o por circunstancias que el depositario no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir*” (artículo 551-14). En suma, si el comitente prueba que la pérdida de la obra no ha ocurrido por su culpa como sucede en el caso fortuito o en la fuerza mayor, no correrá con los riesgos. Y advertimos, una vez más, que en el sistema de imputación del riesgo rige como premisa principal el proveniente de acontecimientos imprevistos e inevitables. Siendo ello así, la regla *res perit domino* no pierde su virtualidad pues sobre comitente, al no ser dueño, solo le gravará una responsabilidad por custodia.

La segunda excepción no ofrece dificultades. Se refiere al supuesto de la pérdida o deterioro de la obra durante la ejecución, debidos a vicios o defectos de los materiales suministrados por el comitente, siempre que le hubiere hecho la oportuna advertencia. En tal caso, el contratista podrá exigir la parte de la remuneración correspondiente al trabajo realizado, así como el abono de cualquier gasto que no esté incluido en el precio.

Finalmente, el ACM incluye una previsión que viene referida a la pérdida o deterioro “accidental”, especificada exclusivamente a los materiales con los que ha de elaborarse la obra, cuando son suministrados por el comitente. Aquí, tampoco soportará el contratista el riesgo económico, siendo este de cuenta del comitente (artículo 524-1.2). Ya habíamos advertido la extrañeza sobre el empleo del término accidental. Obviamente la pérdida o deterioro debe ser accidental, es decir, casual y contingente al tratarse de un suceso eventual del que involuntariamente resulte un daño para la obra. Pues en otro caso el riesgo deberá soportarlo quién haya sufrido las consecuencias de su culpabilidad. Por lo demás, advertir que, aunque referida la regulación a los materiales

²⁵ Sobre la evolución de la responsabilidad *ex recepto* desde el derecho romano, vid. RUEDA MARTÍNEZ, J. A., “La limitación de la responsabilidad del porteador en el transporte marítimo de mercancías”, en *ADM*, vol. VIII, 1990, pp. 19-8.

cuando son suministrados por el comitente, rige aquí también la máxima *res perit domino* al ser de su propiedad.

4. CONCLUSIÓN

La principal deducción a poner de manifiesto consiste que en el ACM, al igual que ocurre en el derecho vigente no se determina a quien corresponde la propiedad de la obra. Eso obliga a su verificación a través del sistema de distribución de los riesgos acogido por el derecho proyectado y que, en esencia, tal comprobación es paralela a la derivada de la exégesis acogida mayoritariamente por nuestra doctrina y jurisprudencia. Por eso no hubiese estado de más una regulación al estilo la nueva LNM que decididamente ha optado por atribuir la propiedad de la obra al astillero constructor. Ello proporciona mayor seguridad jurídica y considerable claridad a la hora de imputar el riesgo ante contingencias como el caso fortuito.

ALGUNAS REFERENCIAS SOBRE LOS APORTES DEL DOCTOR RAFAEL ILLESCAS ORTIZ AL DERECHO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO. A PROPÓSITO DE LA REGULACIÓN ESTATUIDA EN EL CAPÍTULO DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA DE LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

VILMA SÁNCHEZ DEL CASTILLO*

Resumen

La sujeción al cambio es una constante que caracteriza al Derecho mercantil, principalmente, al ser una normativa expuesta a trascender las fronteras nacionales y a sucumbir de manera irrefutable al fenómeno de la electrónica. Muchos han sido los juristas que se han encargado de explicar este suceso, sin embargo, entre ellos, resalta uno en particular, el profesor Rafael Illescas Ortiz, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Los esfuerzos y la astucia del doctor Illescas en esta materia, han influenciado de manera oportuna infinidad de jurisdicciones a lo largo y ancho del mundo y, hoy en día, se ven reflejados en la redacción de uno de los capítulos más trascendentes de la propuesta de Código Mercantil de España, el de la Contratación electrónica, cuyo contenido puede describirse como “la madurez de un Derecho moderno”.

Contenido

1. Introducción. – 2. *Laudatio*. – 2.1. Rafael Illescas Ortiz, el Profesor y Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid. – 2.2. Rafael Illescas Ortiz, el jurista. El derecho mercantil, un derecho vivo. – 3. Artículo. La regulación del derecho del comercio electrónico en el DUCI, España y Costa Rica. – 3.1. Los cimientos del derecho del comercio electrónico. Alguna mención al derecho uniforme. – 3.2. El derecho del comercio electrónico en la LSSICE. – 3.3. El capítulo de la contratación electrónica en la propuesta española de código mercantil. La madurez de un derecho moderno. – 3.4. El preludio de la regulación del comercio electrónico en Costa Rica. – 3.5. La injerencia del desarrollo del derecho del comercio electrónico en el mundo y su inserción en el derecho costarricense. – 4. Agradecimiento.

1. INTRODUCCIÓN

Ser parte de un evento tan importante, como lo es el cierre de una etapa trascendental en la vida alguien muy querido y respetado, que además de ser uno de los juristas más

* Doctora en Derecho Privado y de la Empresa, Universidad Carlos III de Madrid. Letrada de la Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

reconocidos en el mundo, es amigo, resulta un verdadero honor. Agradezco al Comité Organizador conformado, entre otros, por la Catedrática Pilar Perales Viscasillas, por tomarme en cuenta en este proyecto.

Les comento que cuando se me pidió participar en esta publicación, me dieron la opción de elegir entre escribir una *Laudatio* en reconocimiento a la labor desplegada por Rafael Illescas Ortiz, o bien, formular un artículo relacionado con la nueva regulación mercantil estatuida a raíz de las reformas propugnadas en España.

Pese a la sencillez de la labor conferida, escoger entre esas dos opciones para mí, representó una faena titánica, por lo que, al final decidí arrogarme la tarea de abordar ambas alternativas.

Habiendo dicho esto, al leer el presente texto, se percatarán de una suerte de mezcolanza entre unas humildes muestras de aprecio y estima para el Catedrático Illescas Ortiz y, un artículo de opinión, donde me decantaré por efectuar algunos comentarios relacionados con la incorporación de un capítulo de contratación electrónica en la normativa mercantil española, para finalizar compartiéndoles acerca de la situación que al respecto, acontece en mi país, Costa Rica, en materia de comercio electrónico.

La causa de mi indecisión fue muy sencilla. Con la reunión de ambas alternativas pretendo -y confío poder hacerlo-, exaltar de manera tangible la labor docente y jurídica del homenajeado, contándoles cómo el trabajo de esta singular persona ha calado en la vida de otros y, también, cómo sus esfuerzos y su erudición están hoy inmersos en la política legislativa y en la literatura jurídica de muchos países del mundo, incluido, por supuesto, el mío.

2. LAUDATIO

2.1. Rafael Illescas Ortiz, el Profesor y Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid

En las líneas que siguen les contaré la forma en que coincidí por primera vez con don Rafael Illescas. Ahora bien, antes de sumergirme en este estadio, es oportuno aclarar que aunque hago referencia a mi experiencia y a la labor que desplegué durante y después de mis estudios doctorales en la Universidad Carlos III de Madrid, lo que menos deseo es gozar de un papel preponderante en este apartado, ya que, mi cometido es revelar algunos de los muchos créditos alcanzados por el profesor Illescas, quien, con su bagaje y vocación de maestro, ha influido en muchos de nosotros, sus estudiantes y colegas. En mi caso, debo decir que sus enseñanzas cambiaron el rumbo de mi carrera y de mi vida.

Conocí a Rafael Illescas hace ya algunos años, cuando como recién graduada creí que lo más acertado para mi carrera y futuro profesional, era ampliar los conocimientos territoriales adquiridos cuando cursé la carrera de Derecho en la Universidad de Costa Rica.

Confieso que, en una guisa de predicción, antes de emprender este largo y provechoso viaje, decidí acceder a la página web de mi querida Universidad, la Carlos III de Madrid, para conocer un poco más acerca de las materias y docentes con los que departiría los siguientes años.

No recuerdo cómo, pero en una de esas búsquedas, vislumbré una de las materias optativas que conformaban el plan de estudios del entonces Doctorado en Derecho: Programa General, en que me había inscrito. Allí apareció la asignatura de Derecho de la Contratación Electrónica, impartida por un señor de nombre “Rafael Illescas Ortiz”.

Lo curioso es que hace diez años, en Costa Rica, aún no se hablaba con profundidad de semejante disciplina, ni siquiera se hacía hasta hace unos pocos años atrás. De ahí que, la intriga que me causó ese curso se acrecentó cuando en las aulas apareció un carismático y agradable profesor, quien con su presencia también infundía respeto y, tal vez, hasta un poco de “susto”.

Luego de su primera clase, ese “susto”, cambió por una profunda admiración hacia don Rafael y por una necesidad por conocer más de lo que luego me percaté era un intrincado mundo apenas en desarrollo, el que regiría la ordenación del comercio electrónico.

Al finalizar el primer año del postgrado y, consecuentemente, el ciclo presencial del programa de Doctorado en Derecho Privado y de la Empresa elegido, decidí dirigir algunos de los trabajos de investigación y la tesina, al ámbito del comercio electrónico.

En ese momento primigenio, tuve la ventura de contar con la dirección del profesor Illescas Ortiz, cuyos acertados consejos y guía, me permitieron culminar con fortuna la tesina y dedicarme a la redacción de la tesis doctoral, cuya idea rondaría de nuevo a la contratación electrónica, pero esta vez, en su fase precontractual, con el tema de las Comunicaciones Comerciales Electrónicas, investigación, nuevamente, guiada por el doctor Illescas, en forma conjunta con la profesora Isabel Ramos.

De esta manera y, con un amplio conocimiento del Derecho Uniforme, el Comunitario y el español, en materia de comercio electrónico, regresé a mi país y hoy puedo decir con satisfacción que gracias a la tutela de un mentor, como lo fue y lo es don Rafael, he logrado escribir varios libros y artículos en esta materia, completando en cierta forma la normalización y doctrina costarricense existente en ese ámbito.

De lo dicho, puedo concluir algo muy simple.

Como yo, en el mundo, deben existir varios –en realidad, creo que muchos– estudiantes que se han encargado de difuminar esa semilla de conocimiento propagada por un ilustre y carismático maestro, Rafael Illescas Ortiz, en donde la labor uniformadora desplegada y trabajada por las Agencias Formuladoras del DUCI, como la CNUDMI/UNCITRAL, han visto su complemento en las aulas de la magnífica Universidad que es la Carlos III de Madrid.

Por todo lo comentado puedo afirmar, con satisfacción, por haber sido una de las tantas personas privilegiadas en haber coincidido en las aulas con nuestro querido profesor, que el legado de Rafael Illescas ha trascendido y seguirá trascendiendo las fronteras españolas y europeas, asentándose en recónditos y alejados países y ordenamientos, como en este caso, lo ha sido mi país, Costa Rica.

2.2. Rafael Illescas Ortiz, el jurista. El Derecho mercantil, un Derecho vivo

El Derecho en general y, en particular, una de sus ramas, la mercantil, desde tiempos inmemoriales, se han caracterizado por su proclividad al cambio. Las variaciones y modificaciones acaecidas se han hecho tangibles en la práctica y, las más de las veces, se han acogido en doctrina. Sin embargo, en gran medida algunos ordenamientos jurídicos permanecen aletargados e indefensos ante tales oscilaciones.

Como es sabido, el Derecho mercantil repunta en dinamicidad ante otras disciplinas, pues, no solo se ve invadido por la evolución negocial producida por las prácticas comerciales, sino que, por su naturaleza, debe trascender las fronteras nacionales, sumando la nota de la internacionalidad a sus propósitos y objetivos.

A esta suerte de situaciones, se debe agregar que el influjo de la electrónica, ha introducido variables antes impensadas, obligando a los operadores legales a prestar una especial atención a este ámbito, mayor aún que la demandada por otras materias. De ahí que, sea indispensable adecuar las ordenaciones legales a los requerimientos que el comercio vaya presentando, acorde con su evolución.

Pero semejante denuedo no es sencillo, lo que hace que muchas ordenaciones se conformen con ajustar sutilmente sus reglas a las nuevas prescripciones o, como acontece normalmente, prevean sendos ajustes a través de la jurisprudencia.

Un esfuerzo tan insulso, en mi criterio, no resulta suficiente y, constantemente, es vano, dado que, en lugar de marcar una evolución legal que marche de la mano con las exigencias de la práctica mercantil moderna, puede más bien entorpecerla e, incluso, limitarla o detenerla cuando el conservadurismo, el temor al cambio y el apego judicial a las prescripciones contenidas en los códigos decimonónicos, prime sobre el adelanto. Lastimosamente, este conservadurismo, indefectiblemente, se mostrará más artero cuando un compañero inseparable de la realidad, la electrónica, se cuele en esos abigarrados cimientos legales.

Si bien no soy asidua defensora del exceso de regulación, ya que supongo, podría llegar a frustrar en algún modo el libre desenvolvimiento de las personas, la sociedad y el mercado, sí considero indispensable incorporar en leyes, cuando no en alguna ordenación de rango inferior a éstas o por la vía de la autorregulación, reglas que clarifiquen y provean de seguridad y certeza jurídica la actuación de las personas y del mercado.

Por eso, el esfuerzo desplegado en España por remozar las normas férreas que en algún momento y desde hace más de un centenar de años, acompañaron y guiaron a sus destinatarios, usuarios y operadores legales en el ámbito mercantil, es muy loable.

Dicho esto, no creo ni siquiera equivocarme al pensar y, por eso lo digo de manera expresa, que este extenso, completo y bien pensado texto normativo, influenciará de manera positiva muchos ordenamientos, sirviendo de base y guía en la redacción de otros textos sustitutivos en materia mercantil en Latinoamérica.

Dominio inteligente y acertado de las materias tratadas; utilización de un lenguaje claro, acorde con las exigencias más actuales del comercio; atracción de foros

que otrora se apartaban del cobijo de la más importante regulación comercial, el Código Mercantil; incorporación de las más novedosas formas contractuales que hoy en día prevalecen; claridad en la redacción, y; sintetización de las normas y obligaciones, asegurando la homogenización de la regulación. Los mencionados son algunos de los rasgos que, creo, caracterizan y dan vida a la flamante propuesta de Código.

Pero una labor como la mencionada supra, solo pudo haber sido lograda por tan excelentísima reunión de reconocidos y respetados maestros del Derecho mercantil.

Es en este punto donde quiero exaltar la labor de uno de ellos, nuestro homenajeado, Rafael Illescas Ortiz, el jurista, quien con remangada perseverancia y latente perspicacia, desde hace muchísimos años, ha influido en la inteligente y oportuna incorporación de la electrónica en el Derecho y en la doctrina que lo complementa. Y es que si se practica una lectura minuciosa del texto que conforma la propuesta de legislación mercantil española, la palabra “electrónica(o)” se repite a la saciedad. ¿Por qué? Pues, simplemente, porque las tecnologías de la información han invadido de modo generalizado nuestra vida cotidiana, nuestra forma de ser, de pensar, de comportarnos, de expresarnos y, claro está, de negociar.

Por eso, gracias a visionarios como don Rafael, que se anticiparon a tan grandes vicisitudes y brillantemente guiaron y crearon la doctrina y las ordenaciones que deberían regir primariamente la revolución creada por el influjo de las tecnologías de la información en nuestro sistema, es que hoy día, con tanta seguridad y tino, es posible incorporar al mundo jurídico un texto tan ambicioso, como el conseguido con la redacción de este proyecto de Código y del Capítulo destinado a reglar a la contratación electrónica.

Ante lo expuesto, creo que España contará con una normativa envidiable en materia mercantil, regulación que, además, gracias al aporte del profesor Illescas Ortiz, ha sido respetuosa de las prescripciones y máximas sentadas en el DUCI, lo que sin duda alguna facilitará su justa inserción en los designios de la realidad internacional.

3. ARTÍCULO. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN EL DUCI, ESPAÑA Y COSTA RICA

3.1. Los cimientos del Derecho del comercio electrónico. Alguna mención al Derecho Uniforme

No es de extrañar que los efectos de la globalización y la convergencia, sumados a las indulgencias prodigadas por las tecnologías de la información, hayan confluído en un espectro que durante muchos años motivó a las agencias formuladoras del Derecho internacional, así como, a algunos Estados y organizaciones supranacionales, a modificar, renovar y acoplar el espectro normativo que circundaba a las operaciones efectuadas a través de espacios tradicionales, al ámbito de la electrónica.

Sin embargo, una tarea de tal envergadura no ha sido fácil, principalmente, porque la electrónica no discrimina y ha logrado envolver en su seno disciplinas con enfoques milenarios tan dispares y tan abigarrados en su estructura y concepción, como

lo pueden ser: el Derecho internacional, el Derecho constitucional, el Derecho penal, el Derecho privado y, el Derecho público, por mencionar sólo algunos. En fin, su enjundia no conoce límites, ni los conocerá.

Por eso, no fue extraño que en el pasado se levantara infinidad de voces expertas tratando de adivinar la mejor manera de hacer frente al desconocido y misterioso desenvolvimiento que tendría la tecnología, en el futuro.

Al inicio, la preocupación de muchos circundó en torno a varias teorías que pretendían vaticinar cómo regular -o desregular- a uno de los hijos pródigos de la convergencia y de la sociedad de la información, Internet. Fue de esa manera como algunos alzaron la voz defendiendo la esencia libre de la red de redes y, por ende, lo innecesario de su regulación. Otros, adujeron que debían implementarse controles severos a este respecto, por medio de la implementación de un sistema normativo que controlara las actividades a desplegar por intermedio de ese oscuro sistema de información. Finalmente, la teoría intermedia, apostillaba dejar algunos rubros al libre arbitrio de las autopistas de la información, sentando máximas generales que permitieran introducir una nota de seguridad a los usuarios de esta nueva plataforma.

De otra parte, aparecían dudas sobre la regulación en el espacio internacional de un medio tan complejo, caracterizado por su propensión para trascender sin esfuerzo alguno, las fronteras nacionales. En este punto, la doctrina especuló que, tal vez, con la creación de un sistema jurídico supranacional se podría regular a la red de redes.

En todo caso, como suele suceder, fueron las empresas transnacionales las que se percataron con más tino de las bondades de la electrónica en el área comercial. A esos efectos, la revolución que vino aparejada alrededor de esa histeria colectiva, conllevó a que las miradas curiosas de ciertos Estados, así como, organizaciones de corte internacional, como la CNUDMI/UNCITRAL, iniciaran su labor de codificación. Al lado de estas iniciativas, la Unión Europea procedió a generar gran cantidad de documentos por medio de los cuales trató de explicar el fenómeno que se avecinaba con el embate de la tecnología en la vida cotidiana, preparando a sus Estados miembros ante tal suerte de novedades y, a la vez, estableciendo una serie de conceptos y formulaciones, que hasta el día de hoy perduran.

Ante lo dicho, debe resaltarse que a mediados de los años noventa entró en escena uno de los más importantes instrumentos que el DUCI ha generado a la fecha en esta disciplina, la Ley Modelo de Comercio Electrónico de CNUDMI/UNCITRAL –de la cual el profesor Illescas fue su relator-, norma marco que vino a instaurar las pautas delimitadoras que disciplinarían lo que hoy se concibe como el “Derecho del comercio electrónico”.

Sus principios, sean, la equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales, la inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos, la neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras del comercio electrónico, la muy buena fe y, la libertad de pacto, deben ser considerados como el mínimo común denominador de esta rama, al ser las “(...) *líneas maestras a través de las cuales su disciplina –convencional, judicial y legal- ha de ser establecida (...)*”¹.

¹ ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *Derecho de la Contratación Electrónica*, 2nd ed., Civitas, Madrid, 2009, p.

Dichas máximas al tener la condición de universales, deberían ser introducidas a todo ordenamiento jurídico que pretenda forjar los cimientos del comercio electrónico.

Como buen complemento a las pautas arriba enmarcadas, la Ley Modelo también se adelantó a esgrimir los elementos objetivos y subjetivos del comercio electrónico, a saber: el mensaje de datos –o como se le prefiere llamar hoy en día, comunicación electrónica²-, el EDI, la firma electrónica, los sistemas de información y, la Internet. Del lado de los intervinientes del comercio electrónico, fueron acuñadas tres figuras: el iniciador, el destinatario y los intermediarios.

La simpleza y atemporalidad de tales elucubraciones, entiéndase de los principios y elementos expuestos, es digna de alabanza y, por ende, un factor que debe resaltarse en los tiempos que corren, ya que, nadie podrá negar que pese a las inclemencias que el tema de la electrónica inserta en nuestro diario vivir, las disposiciones del DUCI perviven y siguen rigiendo en el mundo moderno, pese a haber transcurrido casi veinte años desde su emisión. Tal cualidad no puede más que demostrar la calidad de su invención.

Al lado de la parte normativa señalada, el jurista Rafael Illescas, procedió a dar contenido y a enmarcar el objeto de la Ley Modelo de Comercio Electrónico según el DUCI, en el plano doctrinal, en lo que en mi criterio, ha sido una de las obras más importantes que la literatura jurídica mundial ha producido a la fecha. En este punto en particular, aparte de la amplia gama de publicaciones del profesor Illescas, resalta la monografía de nombre “Derecho de la Contratación Electrónica”.

Siguiendo la misma línea de la Ley Modelo de Comercio Electrónico, unos pocos años más tarde, surgió la Ley Modelo de Firma Electrónica, igualmente, propugnada por la CNUDMI/UNCITRAL. Entramado legal que floreció a partir del desmesurado crecimiento numérico de usuarios que comenzó a mostrar Internet y, se instauró con el firme propósito de brindar seguridad a las comunicaciones, transacciones y a los actos que de una u otra forma, transitaran a través de las infovías de la información³.

Sustentados en los esfuerzos codificadores supra mencionados, comenzaron a aparecer normas que aunque en ocasiones se apartaron un poco de la técnica jurídica sugerida por la CNUDMI/UNCITRAL -sobre todo a nivel terminológico-, completaron sus apreciaciones, expandiendo su nomenclatura e incluyendo en su seno otra suerte de atributos del comercio electrónico. Esto fue así, principalmente, porque de manera concomitante al desarrollo la sociedad de la información, entraron en escena inéditos servicios e intervinientes, que plantearon la necesidad de esgrimir nuevos tipos de

35.

² Al respecto, se puede consultar la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

³ Recientemente, en el seno de la Unión Europea, se dictó el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior por el que se deroga la Directiva 1999/93 CE. De la lectura de este documento, se constata que el legislador comunitario, no solo acopló las pautas consignadas desde principios del año 2000 a las firmas electrónicas en la ya derogada Directiva sobre Firma Electrónica, a las exigencias de un mercado más amplio, sino que, además, se mantuvo fiel a la técnica jurídica propugnada en la Ley Modelo de Firma Electrónica de la CNUDMI/UNCITRAL.

obligaciones y responsabilidades, dependiendo de los roles a desplegar por cada uno de ellos.

Sobre ese particular, en el año 2000, se dictó la Directiva 2000/31, del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, la cual, vino a instituir las bases mínimas que los países comunitarios debían seguir al momento de transponer a sus ordenaciones esa creciente, flamante y animosa, rama del Derecho.

De esa forma en el año 2002, surgió en España la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico -LSSICE-.

3.2. El Derecho del comercio electrónico en la LSSICE

A partir de la implementación en España de una normativa marco en materia de comercio electrónico, fueron incorporados los parámetros bajo los cuales deberían desenvolverse los servicios de la sociedad de la información en ese medio, situación zanjada en el artículo primero de la LSSICE, que estatuyó lo siguiente: “(...) *1. Es objeto de la presente Ley la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (...)*”.

Como se puede apreciar, la iniciativa española tuvo su nacimiento en la consigna de la Unión Europea, en específico, en la Directiva 2000/31 arriba mencionada. Sin embargo, aunque España fue uno de los países europeos que al incorporar las directrices comunitarias a su ordenación, se decantó acertadamente por asentar una suerte de nociones adicionales al texto comunitario, también, se apartó un poco de la técnica predicada por el DUCI.

En suma, se echan de menos en esa normativa nociones relativas al momento de emisión y llegada de las comunicaciones electrónicas -o al menos del mensaje de datos-; de cuándo se estima que un documento adquiere la condición de original; o bien, a quién se atribuye la emisión de un mensaje de datos. Pautas, las mencionadas, cruciales para el buen desenvolvimiento de la electrónica en el Derecho.

Aunado a lo anterior, el tema del confusionismo terminológico y, la falta de consignación y definición de nomenclatura de corte internacional para la contratación electrónica, fue otro de sus yerros. Y es que, nunca fueron incorporados a su texto nociones atinentes al mensaje de datos o a la comunicación electrónica -como mensaje de datos-; al iniciador, destinatario e intermediario del mensaje de datos; a los sistemas de información; ni al documento electrónico. Omisiones que a la postre provocaron falta de seguridad jurídica.

No obstante el criterio personal externado supra, debo decir que siempre admiré el empuje del legislador español en este campo, pues, con bastante tino en su redacción, se mostró visionario, cauteloso y protector de los derechos de los consumidores en el plano negocial y prenegocial, consagrándose como uno de los primeros países en el mundo en ostentar un norma marco de semejante calibre. Trabajo que sin duda, no fue sencillo, tomando en cuenta lo incipiente del comercio electrónico de aquellos años.

Otro aspecto importante a resaltar fue que con el paso del tiempo, la realidad y la práctica, mostraron la necesidad de reformar y aclarar ciertas pautas de las estatuidas en la primigenia redacción de la LSSICE, situación en la que el legislador español exhibió apertura, plasmando en dicha ordenación reiteradas modificaciones. A fin de cuentas, creo que lo esencial es que, tanto la ordenación europea como la española, se decantaron, sin miedo y con un gran fundamento teórico-práctico, en incorporar en sus ordenaciones una norma marco en materia de comercio electrónico.

Y es que, aún hoy en día, muchos países alrededor del mundo se muestran aletargados en la incorporación de normativa como la mencionada, propia del Derecho mercantil moderno. Estimo, en consecuencia que independiente de la situación política, económica, demográfica o cultural de un país, sus legisladores y juristas deben arriesgarse por la incorporación y dictado de reglas acordes con las demandas del mercado moderno, sabiendo que en cualquier momento esa base, puede variar.

Así lo proyectó Rafael Illescas Ortiz hace ya muchos años, cuando dijo que “(...) *Los riesgos que para la norma implica la innovación incesante no deben paralizar ni a las agencias formuladoras ni a las legislaturas estatales: la experiencia prueba que tiempo hay, siempre, de reformar, actualizar o modificar tanto incidental como profundamente normas que por una u otra razón dejan de adecuarse a las circunstancias de tiempo y lugar. En materia comercial principalmente electrónica, además, dicha adaptación puede llevarse a cabo por vía contractual o jurisprudencial habida cuenta de la regla de analogía y de los principios de equivalencia funcional y buena fe (...)*”.

3.3. El Capítulo de la Contratación electrónica en la propuesta española de Código Mercantil. La madurez de un Derecho moderno

(...) El Capítulo I de este Título regula la contratación electrónica. Las normas que en él se contienen no son absolutamente nuevas, sino que en parte son el resultado de la recopilación, mejora y puesta al día de disposiciones que se encontraban dispersas en el ordenamiento español. En este Capítulo se ponen en práctica, aunque no los consagre expresamente, los grandes principios de la contratación electrónica, esto es, la equivalencia funcional, la neutralidad tecnológica, la inalteración del derecho preexistente, la libertad de pacto y la buena fe. Al mismo tiempo, es absolutamente respetuoso con el escaso contenido de las Directivas europeas en la materia, de igual modo, se ha inspirado en las muy difundidas Leyes

*Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre contratación y firmas electrónicas de 1.996 y 2001 respectivamente (...)*⁴.

Como preludio de la regulación de la contratación electrónica en España, sin duda alguna, siempre tendremos a la LSSICE, norma marco que definió la política legislativa española del Derecho del comercio electrónico.

Ahora, admito que como estudiosa del Derecho, al revisar el Título II de la propuesta de Código Mercantil, lo primero que me vino a la mente fue que el Derecho de la contratación electrónica maduró y, por fin, brindó la importancia que merece a las reglas del DUCI. Bajo esa rúbrica, de aprobarse el Código con su redacción actual, el ordenamiento jurídico español zanjará en gran parte algunas de las inseguridades que hasta el día de hoy permean a los operadores legales y destinatarios del entramado que da base a la LSSICE.

Dentro de los grandes logros alcanzados con la flamante redacción, resalta la incorporación de nociones como la de “electronificación”. Su incursión en la semántica jurídica viene a enriquecer la jerga legal existente y, además, populariza y sintetiza en una voz, el alcance de la validez y eficacia de las comunicaciones electrónicas. De ahora en adelante, su sola mención, conllevará a que “(...) *toda declaración o acto referido a la formación, perfección, administración, cumplimiento y extinción de los contratos mercantiles, pueda efectuarse mediante una comunicación electrónica entre las partes y entre éstas y terceros, eso sí, salvo disposición expresa legal en contrario*”.

Otro suceso, fue la consignación y consecuente aclaración del momento de emisión y llegada de una comunicación electrónica, ello, al mejor estilo de las reglas del DUCI. Con esta redacción, finalmente, el operador legal sabrá con certeza que toda comunicación electrónica se tendrá por emitida en el momento en que salga de un sistema de información que se encuentre en la esfera de control de su emisor o de quien la envió en nombre de éste. Asimismo, sabrá que la llegada de una comunicación electrónica a su destinatario se tendrá por efectuada en el momento en que acceda al sistema de información designado.

En el marco de la contratación automatizada, en plena concordancia con el desarrollo doctrinal previamente acometido por Rafael Illescas, el proyecto en estudio, acertada y lúcidamente, dejó de manifiesto que “*Los contratos pactados a través del uso de sistemas electrónicos automatizados gozan de plena validez y eficacia. Los derechos y obligaciones derivados de dichos contratos serán atribuidos directamente a la persona en cuya esfera de control se encuentra el sistema automatizado*”.

De otra parte, en temas más puntuales, las reglas proyectadas buscaron atraer de manera expresa –la práctica ya lo admitía– al fuero del Derecho español, especificaciones sentadas en el texto convencional sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, al esgrimir que “*La propuesta de celebrar un contrato efectuado por medio de comunicación electrónica dirigida a una o varias personas indeterminadas o solo accesible por quienes utilicen un sistema de información se considerará una invitación a hacer una oferta de contrato. Idéntica consideración tendrá toda propuesta*

⁴ Propuesta de Código Mercantil.

que haga uso de específicas aplicaciones interactivas destinadas facilitar la realización de pedidos comerciales a través de dichas aplicaciones”.

Incluso, la incorporación de tópicos desarrollados e incorporados en normativas especiales, suscita también un comentario. Dentro de esta pléyade de asuntos resaltan: la mención al documento y a la firma electrónica; las consideraciones en torno a las condiciones generales de la contratación; la factura electrónica; el cumplimiento y liquidación electrónicos, y; la cesión de derechos. Lo trascendente de esta acción, no se limita a la conjunción de extremos regulados de manera específica y, digamos, detallada, en leyes especiales, sino que esos rubros se han caracterizado por ser “víctimas” directas del proceso de la electrónica.

Por ejemplo, pese a que las condiciones generales de la contratación tienen su propio ámbito de normalización, cuando se trata del despliegue de una contratación por vía electrónica, hay especiales disposiciones a tomar en cuenta. En este punto, el discurso proyectado en la propuesta mercantil, en un párrafo muy simple y llano, absorbe las reglas dispersas y prácticamente creadas para las relaciones contractuales suscitadas en entornos B2C y las amplía a los negocios B2B, coincidiendo inteligentemente en que, en las negociaciones entre empresarios *“La comunicación electrónica dirigida a la perfección de un contrato que pretenda comprender condiciones generales habrá de incluirlas en toda su extensión, incorporarlas mediante referencia a su acceso electrónico o efectuar su mera remisión en caso de condiciones ampliamente conocidas y regularmente observadas en el tráfico considerado. En estos dos últimos supuestos las condiciones generales permanecerán accesibles a las partes quienes podrán recuperarlas en todo momento durante la vigencia del contrato”.*

Como podrá observar el lector, decidí -a propósito- transcribir algunos de los ordinales del Capítulo I, por una simple razón. No quise contaminar con mis propias palabras su redacción. Y esto, porque muchas veces es difícil en nuestro gremio tener acceso a normas redactadas con una maestría tal, que contemplan la realidad, unifiquen el ordenamiento jurídico que ya existe y, brinden un baño de certeza y seguridad a la labor del operador legal.

No me resta a estas alturas otra cosa que felicitar al responsable de tal resultado, Rafael Illescas Ortiz.

3.4. El preludeo de la regulación del comercio electrónico en Costa Rica

Como lo he comentado a lo largo de este ensayo en una o dos ocasiones, muchas jurisdicciones permanecen renuentes en la implementación de modificaciones drásticas a sus órdenes legales.

Tal es el caso de Costa Rica, país en el que, pese a que se ha procedido al dictado de diversa normativa que de alguna forma roza, convive o pertenece al ámbito de la electrónica, se ha descuidado, precisamente, la regulación del Derecho privado en esta área. Al día de hoy, debo decir que no contamos con una norma marco en materia de comercio electrónico y, tampoco, se han reformado los Códigos Civil y de Comercio.

Muy parecido a lo que acontece en España, nuestro Código Civil entró en vigencia en 1888, mientras que el de Comercio es de 1964. Lastimosamente, en esos

ámbitos la contratación entre ausentes goza de normas que hoy en día se encuentran desfasadas y obsoletas, electrónicamente hablando.

Debo reconocer que muchas reglas ya han sido derogadas o modificadas con el paso de los años, pero, al día de hoy, ninguna de ellas se ha amoldado a nivel legal, a las incidencias que las tecnologías de la información han incorporado al área contractual.

Sin embargo, con la entrada del nuevo milenio lo que sí hizo el legislador costarricense, fue proceder al dictado de preceptos encargados de normar a las firmas electrónicas y a las telecomunicaciones, con lo cual, fueron incorporados al orden costarricense una versión muy nuestra, de los principios del Derecho del comercio electrónico.

Surge en primera instancia, la reforma a la Ley General de Aduanas, la cual, sentó por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la validez y eficacia de los documentos rubricados electrónicamente, al afirmar que los funcionarios, auxiliares de la función pública aduanera y los usuarios en general, serían responsables del uso del código de usuario y de la firma electrónica asignada, así como, de los actos que se deriven de su utilización, por cuanto, para todos los efectos legales esa forma especial y novedosa de rúbrica equivale a su firma autógrafa. Con esta reforma, el legislador costarricense reconoció expresamente la no discriminación, no repudio y la equivalencia funcional de las firmas electrónicas, contenidas en un mensaje de datos.

Un poco después, fue aprobada la Ley No. 8454, de 30 de agosto de 2005, de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, en la que se hizo un reconocimiento expreso al principio de equivalencia funcional, en su artículo 3. En ese sentido, dicha norma apuntó a que cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendría por jurídicamente equivalente, a los instrumentos que se otorguen, residan o transmitan, por medios físicos.

Más adelante, en el ordinal 8, esa Ley crea el término de “valor equivalente” y, le da el siguiente contenido “(...) *Los documentos y las comunicaciones suscritos mediante firma digital, tendrán el mismo valor y la eficacia probatoria de su equivalente firmado en manuscrito. En cualquier norma jurídica que se exija la presencia de una firma, se reconocerá de igual manera tanto la digital como la manuscrita. Los documentos públicos electrónicos deberán llevar la firma digital certificada (...)*”.

En materia de principios, sin respetar a cabalidad el DUCI, el numeral segundo estatuyó los siguientes: la implementación, interpretación y aplicación de esta Ley, deberá acatar la regulación mínima y desregulación de trámites; la autonomía de la voluntad de los particulares para reglar sus relaciones; la utilización, con las limitaciones legales, de reglamentos autónomos emitidos por la Administración Pública para desarrollar la organización y el servicio, interno o externo, y; la igualdad de tratamiento para las tecnologías de generación, proceso o almacenamiento involucradas.

En 2008, surge a la vida jurídica otro texto importante para nuestra ordenación, la Ley No. 8462, de 14 de mayo de 2008, General de Telecomunicaciones. Allí, se definió al principio de neutralidad tecnológica, como la posibilidad que tienen los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones, de escoger las

tecnologías por utilizar, siempre que éstas dispongan de estándares comunes y garantizados, cumplan con los requerimientos necesarios para satisfacer las metas y los objetivos de política sectorial y, garanticen en forma adecuada, las condiciones de calidad y precio a que hace mención esa Ley.

Como pueden ver, gracias al reconocimiento expreso del principio de equivalencia funcional en mi entorno, es posible y factible el desarrollo del comercio electrónico, sin embargo, en la práctica, aún, existen blancos legales en lo concerniente a la protección al consumidor, la contratación electrónica como tal y, la responsabilidad de los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información.

3.5. La inserción en el Derecho costarricense del Derecho del comercio electrónico

Pese a que Costa Rica ha dado mucho énfasis a extremos relacionados con la electrónica, como lo son el *E-government*, el expediente electrónico y, hasta la implementación de una plataforma para compras públicas, el Derecho privado ha sufrido un rezago y aún no ha incorporado a la electrónica en sus cimientos –legales y doctrinales–.

En atención a esto, desde hace varios años vengo publicando algunos libros y artículos de revista, cuyo objetivo fue introducir las nociones que aprendí en mis años de estudio en la Carlos III, en los cursos y bajo las enseñanzas de don Rafael, sobre el Derecho del comercio electrónico. Esta labor también ha sido asumida por nuestro homenajeado, quien en los años 2013 y 2014, además de haber impartido sendas lecciones en materia de Derecho de la contratación electrónica y DUCI, en importantes congresos internacionales llevados a cabo en mi país, publicó una obra titulada “Derecho del Comercio Internacional y de la Contratación Electrónica”, monografía que, indudablemente, vino a completar y a dar un brillo de sabiduría, a la literatura jurídica costarricense.

Finalmente, decir que el profesor Illescas apoyó un Proyecto de Ley sobre Servicios de la Sociedad de la Información -Ley de Comercio Electrónico-, que preparé para mi país y, en cuya implementación, utilicé como base lo aprendido el postgrado, conocimientos que conjunté con la política legislativa ya instaurada en la ordenación costarricense. Este proyecto se conoce, actualmente, en la Asamblea Legislativa bajo el expediente No. 19.012.

Esfuerzos como el comentado, no hubieran sido posibles sin la ayuda, el consejo y las enseñanzas de nuestro querido profesor. Ahora resta esperar y apoyar en la medida de lo posible, la implementación de esa propuesta legislativa en una Ley de la República.

4. AGRADECIMIENTO

En este punto del presente ensayo, me resta decir algo que ya he expresado en más de una ocasión personalmente.

Muchas gracias don Rafael por su mística, su vocación, su inteligencia y, por compartir ese raudal tan amplio e imponente de conocimiento y creaciones jurídicas y doctrinales, con el mundo y, en especial, con nosotros, sus colegas y alumnos.

Y algo más, muchas gracias Profesor por su amistad.

LOS SEGUROS DE PERSONAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL DE 2014

ALBERTO J. TAPIA HERMIDA*

Resumen

En este Estudio se examinan los aspectos básicos del régimen de los seguros de personas contenido en el Capítulo III del Título VIII del Libro Quinto del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014, que coincide sustancialmente con la contenida en el Capítulo III del Título IX del Libro Quinto de la Propuesta de Código Mercantil de 2013 y que mantiene una continuidad sustancial con el régimen de la Ley de Contrato de Seguro de 1980 vigente, sin perjuicio de las modificaciones relevantes que se introducen en el régimen proyectado. En particular, este Estudio expone las principales modificaciones que afectan al régimen legal de los seguros de vida (con particular atención al seguro de supervivencia), de accidentes y de enfermedad y las líneas esenciales de la nueva regulación de los seguros de decesos y de dependencia.

Contenido

1. Las líneas generales de la regulación de los seguros de personas en la propuesta de código mercantil y en el anteproyecto de ley de código mercantil. – 2. Las disposiciones comunes sobre los seguros de personas. – 3. Las disposiciones especiales del seguro sobre la vida. – 3.1. El criterio general de continuidad respecto de la LCS vigente. – 3.2. Concepto de seguro sobre la vida. – 3.3. Los seguros de supervivencia. – 3.4. Referencia a las obligaciones de información del asegurador en los seguros de vida. – 3.5. La contextualización del régimen jurídico-privado del contrato de seguro de vida en el régimen jurídico-público del ramo de seguro directo de vida. – 4. Las disposiciones especiales del seguro de accidentes. – 5. Las disposiciones especiales del seguro de enfermedad. – 6. Las disposiciones especiales del seguro de decesos. – 7. Las disposiciones especiales del seguro de dependencia.

* Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Complutense de Madrid.

1. LAS LÍNEAS GENERALES DE LA REGULACIÓN DE LOS SEGUROS DE PERSONAS EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL Y EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL

Antes de entrar a exponer los rasgos esenciales del régimen de los seguros de personas en la Propuesta y en el Anteproyecto de Código Mercantil, debemos dejar constancia de que nuestra elección del tema en el marco de este Libro homenaje al profesor Rafael Illescas no es en absoluto casual, sino que esta movida no sólo por el respeto que le profesamos, sino también por la dedicación y autoridad que en la materia tiene el profesor homenajeado, como lo demuestra su condición de Presidente de la Sección Española de la prestigiosa Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA).

Entrando ya a tratar de los rasgos generales de la regulación de los seguros de personas contenida en el Capítulo III (arts.583-1 a 583-31) del Título VIII del Libro Quinto del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 mayo de 2014¹ (en adelante, el Anteproyecto) , debemos constatar, en primer lugar, que coincide sustancialmente con la contenida en el Capítulo III (arts.593-1 a 593-31) del Título IX del Libro Quinto de la Propuesta de Código Mercantil (en adelante, la Propuesta) elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia el día 20 de junio del año 2013². Esta continuidad sustancial de ambos textos se debe entender sin perjuicio de algunas diferencias en cuanto a los seguros de grupo y al mayor desarrollo que, en el último de los dos textos citados, se da al régimen de los seguros de decesos y de dependencia, según detallaremos más adelante.

En segundo término, procede destacar también otro denominador común a ambos textos pre-legislativos, cual es su sustancial continuidad respecto del régimen de este tipo de contratos de seguros de personas contenido en la vigente Ley 50/1980 de Contrato de Seguro (en adelante, LCS). Esta es la razón por la que podemos extender respecto de este régimen de los seguros de personas el calificativo de “prudente” que aplicábamos a la reforma del contrato de seguro en general que suponía la Propuesta de Código Mercantil³. Y también en este caso la continuidad del régimen de los seguros de personas y la prudencia de su reforma no impide apreciar la relevancia de la misma por cuanto afecta a tres aspectos particularmente relevantes para la regulación futura de los seguros de personas cuales son el seguro de vida para caso de supervivencia, el seguro de decesos y el seguro de dependencia⁴. Conviene recordar que estos dos últimos tipos

¹ Informado en el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014 y todavía no publicado en el BOCG a 31 de diciembre de 2014.

² Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia el 20 de junio de 2013. Edita Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid (2013), pág. 572 y ss.

³ En particular, calificábamos de “prudente y profunda” esta reforma en nuestro estudio TAPIA HERMIDA, A.J., “Los contratos de seguro y de mediación de seguros en la «Propuesta de Código Mercantil»,” *Revista de Derecho Mercantil* nº 292, abril-junio (2014), pág.24 y ss.

⁴ Así, la Exposición de Motivos del Anteproyecto, en su apartado VI-121 señala: “*En cuanto a los seguros de personas, destacan las disposiciones relativas al seguro sobre la vida, que simplifican su noción legal y dan un mayor desarrollo a las de los seguros de supervivencia, por cuanto el aumento generalizado de la esperanza de vida aconseja ampliar el régimen de esta cobertura frente a la*

de seguros que se incorporarán a la regulación jurídico-privada de los seguros de personas ya están tipificados, en la legislación vigente, respectivamente, como un ramo de los seguros distintos del seguro de vida, en concreto, el ramo 19 de decesos (art.6.1.a.19 TRLOSSP⁵) o como una especie del ramo de vida que podrá comprender el seguro de dependencia (art.6.2.a.A TRLOSSP).

La continuidad señalada de la Propuesta y del Anteproyecto de Código Mercantil respecto de la LCS de 1980 se traduce, sistemáticamente, en que el régimen de los seguros de personas se ubica en el Título VIII del Libro Quinto dedicado a los contratos de seguros y de mediación de seguros en general, al mantenerse el criterio tradicional de nuestra legislación mercantil de considerar que dicho contrato es único⁶ y abarca, por consiguiente, tanto los seguros contra daños como los seguros de personas⁷. Y, por consiguiente, esta continuidad se traduce en el régimen trimembre del contrato de seguro que, tras establecer las disposiciones generales sobre los contratos de seguro en general (Capítulo I), desarrolla las disposiciones de los seguros contra daños (Capítulo II) y de los seguros de personas (Capítulo III). En consecuencia, conviene recordar que, en ambos textos pre-legislativos, los seguros de personas siguen respondiendo a la característica regla general de ser seguros de abstracta cobertura de necesidad o de indemnización presunta puesto, que si bien es cierto que la idea del interés existe; también lo es que se manifiesta de manera más flexible y la prestación del asegurador no agota, por principio, el interés dañado. Por ello, en este tipo de contratos se debe determinar la suma o la prestación que ha de pagar el asegurador cuando se verifique el siniestro sin que, en tal circunstancia, el beneficiario haya de probar la existencia del daño ni sea preciso valorar o liquidar el siniestro.

En relación con la mencionada continuidad de la ubicación sistemática del régimen de los seguros de personas en la Propuesta y en el Anteproyecto respecto de la vigente LCS, nos interesa llamar la atención sobre otro rasgo de continuidad regulatoria que se producirá en el futuro en el régimen de ordenación de los seguros y que tiene relevancia para ubicar a los seguros de personas. Nos referimos a la existencia de una

tradicional atención casi exclusiva a los seguros de vida para casos de muerte. Se han añadido, además, dos nuevas referencias a los seguros de decesos y de dependencia dada su importancia presente y futura.”

⁵ Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

⁶ A la difícil empresa de dar una noción única del contrato de seguro se refería, entre nosotros, el maestro Don Fernando Sánchez Calero en VV.AA., “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones”, SÁNCHEZ CALERO F. (dir.), 4ª Edición, Cizur Menor, 2010, p.35 y ss. Por otra parte, esta noción omnicomprensiva, que reconoce la existencia de un mínimo común denominador en todo contrato de seguro, es la que se deduce de los estudios comparados más recientes del contrato de seguro en los países europeos. Así, el Informe Final del Grupo de Expertos de la Comisión Europea en Derecho Europeo de Contrato de Seguro publicado el 27 de febrero de 2014 (ver “Final Report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law”, European Commission, Directorate General for Justice, European Union 2014), en su pág.10, epígrafe 9, dice que, sin perjuicio de que los diferentes Estados comunitarios tienen definiciones diferentes del contrato de seguro, “*el seguro es, en sentido amplio, una transferencia de las consecuencias económicas de la materialización de un riesgo a cambio del pago de una prima*”.

⁷ Ambos textos mantienen la distinción jurídico-privada de ambas clases de seguros, que coexiste con la clasificación jurídico-pública de ramos de seguro. Al respecto, v. TAPIA HERMIDA, A.J. “Manual de Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones”, Madrid, 2014, pág.139 y ss.

clasificación jurídico-pública de ramos de seguro, que coexiste con la jurídico-privada de contratos de seguro y que sitúa la “línea de corte” entre las dos grandes categorías de seguros –en todo caso, terrestres, excluyendo el marítimo (regulado en el Título VIII de la Ley 14/2014, de Navegación Marítima)- en otro punto. En efecto, la clasificación jurídico-pública de ramos de seguro vigente está contenida en el art. 6 del TRLOSSP y distingue dos grandes categorías: por un lado, el seguro directo distinto del seguro de vida que se divide, a su vez, en 19 ramos, entre los que se ubican algunos seguros de personas tales como accidentes, enfermedad y decesos; y, por otro lado, el seguro directo sobre la vida que incluye un único ramo, el de vida que comprende el seguro sobre la vida, las operaciones de capitalización y las de gestión de fondos colectivos de jubilación y de gestión de operaciones tontinas. Esta clasificación –que no se corresponde con la que en la LCS divide a los seguros terrestres entre seguros de daños y de personas- tiene la finalidad de delimitar inicialmente la actividad de la entidad aseguradora a efectos de su autorización administrativa y de adaptar la supervisión pública de las condiciones de ejercicio de su actividad a las características del ramo o ramos en los que actúen las entidades aseguradoras.

Según decimos, esta clasificación jurídico-pública de ramos de seguro del TRLOSSP coexiste con la clasificación jurídico-privada de contratos de seguro de la LCS que distingue: por una parte, los seguros contra daños y, por otra parte, los seguros de personas, a los que dedica una serie de disposiciones comunes y otras específicas para los seguros sobre la vida, de accidentes y de enfermedad y asistencia sanitaria. Sin perjuicio de la necesaria distinción, ambas clasificaciones muestran una cierta interconexión cuando observamos, por ejemplo, que las entidades autorizadas para operar en el ramo de vida podrán cubrir, como riesgos complementarios, los comprendidos en los ramos de accidentes y enfermedad, cumpliendo los requisitos del art.6.2.B del TRLOSSP o inclusive sin necesidad de cumplirlos, previa autorización administrativa (art. 11.2 TRLOSSP); lo que destaca la homogeneidad que subyace a los seguros de personas.

Pues bien, esta distinta clasificación de los ramos de seguro y de los contratos de seguro seguirá existiendo en nuestro Ordenamiento, visto que la jurídico-privada de los contratos se mantiene en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil y la jurídico-pública de ramos se mantiene en los textos preparatorios de ordenación y supervisión que se han hecho públicos tales como el Proyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados de 2011 (arts.23 y 24)⁸ o el Anteproyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras de 2014 (Anexo. Ramos de Seguro)⁹.

También hay que destacar un rasgo técnico particularmente relevante en un sector como los seguros de personas que está llamado a tener una importancia esencial en la articulación futura de la previsión social complementaria. Dicha característica del régimen de los seguros de personas consiste en mantener el criterio técnico tradicional de reservar para el Código los mandatos generales que permitan dar cabida en su seno a

⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, 22 de julio de 2011, núm.142-1.

⁹ ALOSSEAR versión 30.07.2014. Informado por el Consejo de Ministros de 5 de diciembre de 2014.

las muy variadas formas de seguros de personas que renueva el mercado de forma continua y que la legislación fiscal, especialmente, la del IRPF, introduce en nuestro Ordenamiento en forma de mutaciones genéticas de los seguros de vida (tales como, por ejemplo, los planes de previsión asegurados). La estabilidad de la ordenación inherente a un Código Mercantil y su aplicación a un mercado tan cambiante como el de los seguros de personas exige que las disposiciones tengan la amplitud y flexibilidad necesaria para prevenir y, en su caso, resolver los variados conflictos que puedan suscitarse.

Por otro lado, al examinar la regulación del contrato de seguro contenida en el Anteproyecto de 2014 y en la Propuesta de Código Mercantil de 2013, interesa tener en cuenta, también, la contenida en el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro publicado como un texto conjunto del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Economía y Hacienda el 8 de abril de 2011 ya que dichos textos presentan coincidencias notables, así como importantes diferencias¹⁰, a las que nos referiremos en los apartados correspondientes.

Por último, nos interesa llamar la atención sobre la voluntad que alumbró la regulación propuesta tanto en el Anteproyecto como en la Propuesta de alinear nuestra regulación del contrato de seguro en general y de los seguros de personas en particular con la vigente en los Estados comunitarios de nuestro entorno; teniendo en cuenta la ausencia de una verdadera armonización comunitaria del régimen del contrato de seguro, sin perjuicio de las referencias a distintos tipos de contrato de seguro que hace la Directiva Solvencia II¹¹. En cuanto se refiere al principal seguro de personas, cual es el seguro de vida, procede tener en cuenta que el Título II de esta Directiva Solvencia II – con ocasión de las “disposiciones específicas para los seguros y los reaseguros”- establece una serie de normas sobre las condiciones de las pólizas, las escalas de primas, la información a los tomadores de seguros, el plazo de renuncia, etc. específicamente referidas a los seguros de vida (así, los arts. 182, 185, 186, 208 Y 209).

¹⁰ La profesora MUÑOZ PAREDES, M.L., en su estudio sobre “El contrato de seguro en la Propuesta de Código Mercantil”, *Revista Española de Seguros* nº 155, julio- septiembre 2013, págs. 337 y ss., efectúa un análisis detallado del régimen del contrato de seguro en la Propuesta de Código Mercantil comparándolo con el Anteproyecto citado. En relación con este comentario, procede constatar que el anterior Borrador de Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Economía y Hacienda de junio de 2010 fue objeto de un detallado comentario de los profesores Muñoz Paredes, J.M^a., Iribarren Blanco, M., Espinella Menéndez, A.; Veiga Copo, A.B., Díaz Llavona, C., Morillas Jarillo, M^a.J., Fernández Manzano, L.A., Sierra Noguero, E., Amandi Rendueles, R., Muñoz Paredes, M^a.L., Vargas Vasserot, C., Tato Plaza, A., Piñoleta Alonso, L.M., Rodríguez de Las Heras Badello, T., Camacho de los Ríos, J., Sanz Parrilla, M., Olmos Pildaín, A., García-Pita y Lastres, J.L., Ruiz Echaury, J., Otazu Serrano, M^a.J. y Benito Osmá, F. publicado en el número 143-144 de la *Revista Española de Seguros*, julio-diciembre, 2010, págs. 435 y ss.

¹¹ Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y reaseguro y su ejercicio (Solvencia II). Sobre la adaptación de nuestra legislación a esta Directiva, pueden verse nuestros estudios TAPIA HERMIDA, A.J., “Las reformas legales en curso. Perspectivas y retos para los asegurados”, en VV.AA., “*El sector asegurador ante las transformaciones del estado del bienestar*”, *Papeles de la Fundación* nº 48, Fundación de Estudios Financieros, Madrid (2013), págs. 99 y ss. y “La reforma de la Ley de Contrato de Seguro y la nueva Ley de Supervisión de los Seguros Privados”, en VV.AA., “*Estudio sobre el sector asegurador en España (2010): los aspectos cualitativos de Solvencia II*”, *Papeles de la Fundación* nº 38, Fundación de Estudios Financieros, Madrid (2010), pág. 87 y ss.

Y esta última observación de las leyes que regulan el contrato de seguro en los países europeos de nuestro entorno resulta cada vez más necesaria porque, cuanto mayor sea el nivel de homologación de nuestra regulación, más fácil resultará el comercio transfronterizo de seguros; ya que serán menores las barreras jurídicas que dificultan aquel comercio, del que pueden beneficiarse tanto nuestra industria de los seguros, al ampliar la población de potenciales demandantes; como nuestros consumidores de seguros, al gozar de una oferta más amplia, con los efectos colaterales favorables derivados del incremento del nivel de la competencia en este mercado asegurador¹².

2. LAS DISPOSICIONES COMUNES SOBRE LOS SEGUROS DE PERSONAS

El régimen del contrato de seguro que establece el Título VIII del Libro Quinto del Anteproyecto culmina con las disposiciones sobre los seguros de personas de su Capítulo III que también respetan la estructura hasta ahora vigente contenida en el Título III de la LCS y, por lo tanto, se distribuyen en unas disposiciones comunes sobre este tipo de seguros y otras sobre los principales seguros de personas.

Según decimos, la Sección 1ª abre aquel Capítulo III del Anteproyecto –al igual que la sección correspondiente de la vigente LCS- con las “*disposiciones comunes*” sobre este tipo de seguros en términos idénticos a los contenidos en los arts. 80 a 82 de la LCS¹³. Así, podemos comprobar cómo los arts. 583-1 a 583-3 mantienen las disposiciones:

a) Sobre la noción de estos tipos de seguros de personas, por referencia a su cobertura que abarca todos los riesgos que puedan afectar a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado.

b) Sobre sus modalidades individual y colectiva, porque pueden celebrarse con referencia a riesgos relativos a una persona o a un grupo de ellas, delimitado por alguna característica común extraña al propósito de asegurarse.

c) Sobre la prohibición de subrogación del asegurador, con la excepción de los gastos de asistencia sanitaria.

¹² A la conveniencia de armonizar las leyes de contratos de seguro de los distintos Estados comunitarios para facilitar el comercio transfronterizo en el mercado de seguros se refiere el Informe Final del Grupo de Expertos de la Comisión Europea en Derecho Europeo de Contrato de Seguro publicado el 27 de febrero de 2014 (ver “Final Report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law”, European Commission, Directorate General for Justice, European Union 2014). Este Estudio se refiere, en su Capítulo IV (págs.50 y ss.), al seguro de vida.

¹³ V. el comentario de estos preceptos por SÁNCHEZ CALERO, “Ley de Contrato de Seguro...”, *op. cit.* p. 2029 y ss. Sobre la interpretación de estos preceptos por la Sala Primera de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo, puede verse la recopilación de BATALLER GRAU, J., en VV.AA., *El Contrato de Seguro en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1980-2012*, BATALLER GRAU, J. / BOQUERA MATARREDONA, J. / OLAVARRÍA IGLESIA, J. (Coords.), pág.707 y ss.

En cuanto se refiere al seguro colectivo¹⁴, nos parece criticable la desaparición - en el art.583-2 del Anteproyecto- de la previsión sobre la documentación de estos seguros colectivos de personas contenida en la Propuesta de Código Mercantil emanada de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia el día 20 de junio del año 2013 cuando -en el apartado 2 de su art.593-2- señalaba que “en los seguros de grupo, el asegurador, sin perjuicio de la póliza que ha de entregar al tomador del seguro, deberá proporcionar a cada asegurado un boletín de adhesión en el que conste la información necesaria sobre el contenido del contrato de seguro”. Según decimos, nos parece que no está justificada la desaparición de esta previsión en el art.583-2 del Anteproyecto de 2014 porque incidía -e incide- en la documentación contractual y es complemento necesario de las disposiciones generales sobre la póliza del contrato y la solicitud y la proposición del seguro contenidas en los arts.581-5 y 581-6, respectivamente, del Anteproyecto. Por la relevancia sustancial de este boletín de adhesión en la documentación contractual de los seguros colectivos, resulta pertinente llevar a la regulación jurídico-privada del contrato de seguro esta previsión hasta ahora contenida, al margen de la LCS, en la normativa de control cuando el art. 76.4 del ROSSP¹⁵ establece que “en los seguros colectivos de vida, además de la póliza, deberá utilizarse el boletín de adhesión suscrito conjuntamente por el tomador del seguro y por el asegurado”.

3. LAS DISPOSICIONES ESPECIALES DEL SEGURO SOBRE LA VIDA

3.1. El criterio general de continuidad respecto de la LCS vigente

La Sección 2ª del Capítulo III del Título VIII del Anteproyecto contiene -al igual que la sección correspondiente de la vigente LCS- las disposiciones sobre el “*seguro sobre la vida*”¹⁶. Se puede observar cómo los arts. 583-4 a 583-22 del Anteproyecto se corresponden, en términos generales, con los arts. 83 a 99 de la LCS¹⁷ en los aspectos siguientes:

a) La facultad unilateral de resolución del tomador del seguro (cfr. art.583-6 del Anteproyecto con el art.83.a) de la LCS vigente).

¹⁴ Del que, por cierto, se he ocupado monográficamente el profesor ILLESCAS ORTIZ, R., en su obra *El seguro colectivo o de grupo*, Sevilla, 1975.

¹⁵ Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre.

¹⁶ El análisis comparado del seguro de vida en las leyes nacionales de contrato de seguro de los Estados comunitarios y los obstáculos que las diferentes reglas pueden implicar para el comercio intracomunitario de seguros ocupa gran parte del Informe Final del Grupo de Expertos de la Comisión Europea en Derecho Europeo de Contrato de Seguro de 27 de febrero de 2014 antes citado, en concreto, su Capítulo IV, pág.50 y ss., epígrafe 194 y ss.

¹⁷ V. El comentario de estos preceptos por TIRADO SUAREZ, F.J., en VV.AA., “Ley de Contrato de Seguro...”, *op. cit.* p.2107 y ss. Sobre la interpretación de estos preceptos por la Sala Primera de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo, puede verse la recopilación de BOLDO RODA, C., en AA.VV., “El Contrato de Seguro en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1980-2012)”, *op. cit.*, pág.731 y ss.

b) El régimen de designación, revocación y pago de la prestación al beneficiario o beneficiarios (cfr. art.583-7 a 583-11 del Anteproyecto con los arts.84 a 88 de la LCS vigente).

c) Las reticencias e inexactitudes en las declaraciones del riesgo (cfr. art.583-12 y 583-13 del Anteproyecto con los arts.89 y 90 de la LCS vigente).

d) La liberación del asegurador cuando la muerte del asegurado obedezca a una causa expresamente excluida en la póliza (cfr. art.583-14 del Anteproyecto con el arts.91 de la LCS vigente).

e) La privación del derecho a la prestación del beneficiario que cause dolosamente muerte del asegurado y la cobertura del riesgo de suicidio de ésta último (cfr. arts.583-15 y 583-16 del Anteproyecto con los arts.89 y 90 de la LCS vigente).

f) Los denominados valores garantizados, esto es, los derechos de rescate, anticipo y reducción (cfr. art.583-17 a 583-20 del Anteproyecto con los arts.94 a 97 de la LCS vigente).

g) El régimen de cesión o pignoración de la póliza (cfr. art.583-22 del Anteproyecto con el art.89 y 99 de la LCS vigente).

Sin perjuicio de esta continuidad sustancial, podemos destacar las novedades que mencionaremos a continuación.

3.2. Concepto de seguro sobre la vida

El art.583-4 simplifica la noción de seguro sobre la vida que establece el art. 83 de la LCS vigente señalando que, mediante este seguro, *“el asegurador se obliga, mediante el cobro de la prima estipulada, a satisfacer al beneficiario un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, en el caso de muerte o bien de supervivencia del asegurado, o de ambos eventos conjuntamente”*¹⁸.

La simplificación se consigue, por una parte, segregando en el art. 583-5 las referencias a las modalidades del seguro sobre la vida que se contienen en el vigente art. 83 de la LCS; y, por otra parte, eliminando las restantes referencias a la utilización de criterios y bases de técnica actuarial que han ocasionado una notable confusión en la práctica.

Esta simplificación de la noción del seguro de vida resulta particularmente recomendable cuando examinamos la jurisprudencia de los tribunales civiles, al examinar algunas operaciones financieras para determinar si estaban ante contratos de seguro de vida, con el consiguiente reconocimiento del derecho propio del beneficiario a la indemnización, conforme al artículo 88 de la LCS; o si se encontraban ante contratos de capitalización, en los que, al no aplicarse aquel precepto asegurador específico, la entidad aseguradora debía regirse por las disposiciones generales de Derecho sucesorio a la hora de entregar la prestación. En concreto, una operación financiera consistente en el pago por el contratante de un desembolso único a cambio del compromiso de la aseguradora de pago de una prestación determinada en cuanto a

¹⁸ El art. 72 del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 2011 mantenía, sustancialmente, la redacción del art.83 de la LCS vigente.

su duración e importe, se ha calificado como un contrato de capitalización cuya causa no es la cobertura de un riesgo, sino la formación de un capital en el que, aun cuando se utiliza la técnica actuarial, tiene escasa trascendencia económica que el asegurado sobreviva o fallezca, ya que lo único que varía es la persona a la que habrá que restituir la suma asegurada.

No queremos dar por terminado este apartado sin hacer referencia a un fenómeno de enorme relevancia práctica en los últimos años, cual es la multiplicación de subtipos de seguros de vida al calor de las normas fiscales. En particular, con ocasión del establecimiento de las reducciones por aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social, el art.51 de la Ley 35/2006 del IRPF regula, junto a las aportaciones y contribuciones a planes de pensiones, los planes de previsión asegurados y los planes de previsión social empresarial como contratos de seguro de vida análogos a aquellos planes de pensiones. Además, la Disposición Adicional Sexta de esta misma Ley del IRPF –según la redacción dada por el apartado 77 del art.1 de la Ley 26/2014- introduce la figura de los planes de ahorro a largo plazo, que pueden configurarse como contratos de seguro individuales de vida (que deberán identificarse como Seguros Individuales de Ahorro a Largo Plazo, SIALP) o como contratos bancarios de depósito (que deberán identificarse como Cuentas Individuales de Ahorro a Largo Plazo, CIALP) que tendrán un tratamiento fiscal favorable en tanto cumplan los requisitos legales y reglamentarios¹⁹.

3.3. Los seguros de supervivencia

El art.583-21 del Anteproyecto da un mayor desarrollo a los seguros de supervivencia, por cuanto el aumento generalizado de la esperanza de vida y el consiguiente cambio de la estructura de la pirámide de población aconsejan ampliar el régimen de esta cobertura frente a la tradicional atención casi exclusiva a los seguros de vida para casos de muerte.

En particular, debe tenerse en cuenta que este tipo de seguros de vida son instrumentos esenciales para articular la previsión social privada complementaria a la pública y, en particular, para instrumentar compromisos empresariales por pensiones²⁰. Por lo anterior, la exclusiva atención que hasta ahora dedica el art.98 de nuestra vigente LCS a estos seguros de supervivencia para establecer que en ellos –junto con los seguros temporales para caso de muerte- no será de aplicación lo dispuesto para los derechos de rescate, reducción y anticipo, sin perjuicio de la posible previsión de tales

¹⁹ A estos subtipos de seguros de vida nos referíamos en TAPIA HERMIDA, A.J., “El seguro de vida como instrumento de ahorro y previsión”, en *RES* nº 126 (2006), pp. 253 y ss.

²⁰ En este sentido, el Informe Final del Grupo de Expertos de la Comisión Europea en Derecho Europeo de Contrato de Seguro de 27 de febrero de 2014 antes citado, pág.58 y ss., epígrafe 228 y ss. constata que, en muchos de los Estados comunitarios, el seguro sobre la vida es uno de los instrumentos utilizados para la previsión social y expone las diferencias de las leyes nacionales en cuanto a estos productos de pensiones. En cuanto se refiere a la instrumentación de compromisos empresariales por pensiones mediante seguros colectivos de personas en nuestro Ordenamiento v. la obra de LACASA GARCÍA, R., *Contrato de Seguro y previsión social complementaria en el ámbito laboral*, Mapfre, Madrid, 2000 y nuestro “Manual de Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones” *op. cit.*, pág.378 y ss., así como nuestro estudio TAPIA HERMIDA, A.J. “El seguro de vida como instrumento de ahorro y previsión”, *op. cit.* pág.7 y ss.

derechos en los términos que se determinen en el contrato; se ve precedida por sendas previsiones sustanciales sobre las formas en que pueden percibirse las prestaciones. De modo tal que se prevé:

a) Por una parte, que en estos seguros, las prestaciones pueden adoptar la forma de capital o de renta, a partir de la fecha pactada en el contrato y que estas últimas rentas podrán ser vitalicias o temporales, revalorizables o no y reversibles en caso de fallecimiento del asegurado.

b) Por otra parte, que el cobro de las prestaciones pactadas en el contrato será compatible con la percepción de cualquier otra.

3.4. Referencia a las obligaciones de información del asegurador en los seguros de vida

El panorama de la regulación contractual de los seguros de vida no quedaría completo si no advirtiéramos que, junto a los deberes del asegurador que se establecen en la LCS vigente y se establecerán en el futuro conforme al Anteproyecto; existe otra serie de obligaciones del asegurador en los seguros de vida –que se corresponden con otros tantos derechos del tomador o asegurado- que establecen las normas públicas de ordenación y supervisión²¹.

Nos referimos, primero, a las disposiciones vigentes que, en el caso de los seguros de vida, imponen al asegurador un deber de informar al tomador mediante la entrega de una nota informativa redactada de forma clara y precisa sobre la identificación y domicilio del asegurador, las garantías y opciones ofrecidas, la duración del contrato y el resto de extremos reglamentariamente previstos; amén del deber de la entidad aseguradora de informar durante toda la vigencia del contrato al tomador sobre las modificaciones de la información inicialmente suministrada (art.105 ROSSP).

Estos deberes informativos del asegurador –que se incorporan “ex lege”- al contenido del contrato de seguro de vida- están en pleno proceso expansivo tanto en nuestro Derecho como en el comunitario. Valgan como ejemplo, respectivamente, la Orden ECC/2329/2014, de 12 de diciembre, por la que se regula el cálculo de la rentabilidad esperada de las operaciones de seguro de vida y el Reglamento (UE) nº 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros.

Pues bien estos deberes de información en los seguros de vida seguirán expandiéndose en la normativa de ordenación futura. Este vaticinio parte de los textos preparatorios publicados durante los últimos años. En primer lugar, el texto conjunto del Ministerio de Justicia (MJ) y del Ministerio de Economía y Hacienda (MEH) de un Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 8 de abril de 2011²² establecía, en su art.8, respecto de la “información previa al contrato de seguro”, que “con carácter

²¹ En este sentido, el Informe Final del Grupo de Expertos de la Comisión Europea en Derecho Europeo de Contrato de Seguro de 27 de febrero de 2014 antes citado, pág.52 y ss., epígrafe 203 y ss. examina. En particular, el nivel de armonización de la información pre-contractual en los seguros de vida.

²² Texto que coincide sustancialmente con el datado en junio de 2010 que se presentó ante la Junta Consultiva de Seguros y Fondos de Pensiones de 23 de noviembre de 2010.

previo a la contratación, el asegurador deberá entregar al tomador de seguro la información previa contenida en el anexo de esta ley, que deberá estar redactada de forma clara y precisa”. Y aquel Anexo distinguía la información previa que se había de facilitar a los tomadores de seguros en cuatro categorías, una de las cuales eran los contratos de seguro sobre la vida, en donde también diferenciaba, a su vez, las hipótesis siguientes: a) La hipótesis general de los seguros sobre la vida, en la que, antes de su celebración, el asegurador habría de suministrar al tomador del seguro -por escrito, de forma clara y precisa y, a elección del tomador, en cualquiera de las lenguas españolas oficiales en el lugar en el que radique su domicilio o residencia habitual- una serie de informaciones sobre el asegurador²³, sobre el contrato de seguro en sí²⁴ y sobre las modificaciones que se produzcan durante todo el período de vigencia del mismo que afecten a determinados extremos²⁵. b) Los casos de los seguros de vida en los que existe un riesgo de inversión. En particular, la evolución acelerada en los últimos años de los seguros de vida hacia su configuración como productos financieros de inversión (especialmente, en el caso de los seguros de vida cuyas inversiones se vinculan a cestas de activos financieros y en los que el tomador asume el riesgo de la evolución positiva o negativa de tales inversiones) tendrá una decisiva influencia en la protección del asegurado por la vía de la información que el asegurador ha de proporcionar al tomador en este tipo de seguros y, así, en ellos, la información específica para permitir una comprensión adecuada de los riesgos subyacentes al contrato que asume el tomador del seguro deberá distinguir los casos en los que el tomador asuma el riesgo de la inversión, en los que se informará de forma clara y precisa acerca de que el importe que se va a percibir depende de fluctuaciones en los mercados financieros, ajenos al control del

²³ En concreto, se mencionaban los siguientes extremos: a) Denominación o razón social y forma jurídica; b) El Estado miembro en el que esté establecido el domicilio social y, en su caso, la sucursal con la que se vaya a celebrar el contrato; c) El domicilio social y, en su caso, la dirección de la sucursal con la que se vaya a celebrar el contrato; d) Una referencia concreta al informe sobre la situación financiera y de solvencia del asegurador, regulado en la legislación de supervisión de los seguros privados, que permita al tomador del seguro acceder con facilidad a esta información.

²⁴ En concreto, se mencionaban los siguientes extremos: a) Definición de las garantías y opciones ofrecidas; b) Período de vigencia del contrato; c) Condiciones para su rescisión; d) Condiciones, plazos y vencimientos de las primas; e) Método de cálculo y de asignación de las participaciones en beneficios; f) Indicación de los valores de rescate y de reducción y naturaleza de las garantías correspondientes; en el caso de que éstas no puedan ser establecidas exactamente en el momento de la suscripción, indicación del mecanismo de cálculo así como de los valores mínimos; g) Primas relativas a cada garantía, ya sea principal o complementaria, cuando dicha información resulte adecuada; h) En los contratos de capital variable, definición de las unidades de cuenta a las que están sujetas las prestaciones e indicación de los activos representativos; i) Modalidades y plazo para el ejercicio del derecho de resolución y, en su caso, formalidades necesarias para el ejercicio de la facultad unilateral de desistimiento a que se refiere el artículo 73; j) Indicaciones generales relativas al régimen fiscal aplicable; k) Las diferentes instancias de reclamación, tanto internas como externas, utilizables en caso de litigio y el procedimiento a seguir; l) La ley aplicable al contrato de seguro, o en su caso, la propuesta por el asegurador cuando las partes tengan libertad para elegir la legislación aplicable; k) Información específica para permitir una comprensión adecuada de los riesgos subyacentes al contrato que asume el tomador del seguro.

²⁵ En concreto, se mencionaban los siguientes extremos: a) Las condiciones generales, particulares y, en su caso, especiales; b) La denominación o razón social del asegurador, la forma jurídica o el domicilio social y, en su caso, la dirección de la sucursal con la cual se haya celebrado el contrato; c) Las informaciones contenidas en el apartado 2, párrafos d) a i), en caso de añadirse un suplemento de póliza o de que se modifique la legislación aplicable al contrato; d) Cada año, información sobre la situación de la participación en los beneficios.

asegurador y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros y se especificará el importe, base de cálculo y periodicidad de todos los gastos inherentes a la operación; de aquellos otros seguros de vida en que el tomador no asuma el riesgo de la inversión, donde se le informará de la rentabilidad esperada de la operación considerando todos los costes. c) En el caso de seguros con participación en beneficios, el asegurador deberá informar por escrito anualmente al tomador del seguro de la situación de sus derechos, incorporando la participación en los beneficios. Además, si el asegurador ha facilitado cifras sobre la evolución potencial de la participación en los beneficios, deberá informar al tomador del seguro de las diferencias entre la evolución efectiva y los datos iniciales. d) Los seguros de vida en los que el asegurador haya facilitado cifras relativas al importe de pagos potenciales, aparte de los pagos garantizados por contrato, en la proposición de seguro o en el propio contrato de seguro de vida. La experiencia de nuestro mercado de seguros muestra productos de seguro de vida que se comercializaron en épocas de altos tipos de interés en los mercados financieros prometiendo unas prestaciones en forma de capital o de renta a largo plazo a vencimiento que el brusco descenso de tipos hizo difícilmente asumibles. Por ello, en estos casos, es imprescindible distinguir con claridad las prestaciones garantizadas de las potenciales y, para ello, el asegurador deberá proporcionar al tomador del seguro un modelo de cálculo del que resulte el pago potencial al vencimiento, aplicando la base de cálculo de la prima y utilizando tres tipos de interés diferentes; informándole, de manera clara y comprensible, que el modelo de cálculo está basado en supuestos hipotéticos y que el tomador del seguro no debería inferir obligaciones contractuales del citado modelo de cálculo.

Con vistas al futuro, la evolución de los textos preparatorios nos lleva a predecir que la regulación de estos deberes precontractuales de información del asegurador en los seguros de vida pasará a desarrollarse por las normas reglamentarias de ordenación. Realizamos este pronóstico porque, por una parte, tanto la Propuesta de Código Mercantil de 2013 como el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014 no entran a regular aquellos deberes precontractuales de información; y, por otra parte, los textos preparatorios de ordenación y supervisión que se han hecho públicos anteriormente citados tales como el Proyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados de 2011 o el Anteproyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras de 2014 regulaban el “deber general de información al tomador del seguro” en términos mucho más generales (arts.118 y art.102, respectivamente).

3.5. La contextualización del régimen jurídico-privado del contrato de seguro de vida en el régimen jurídico-público del ramo de seguro directo de vida

A lo anterior nos interesa añadir que, tal y como señalábamos en el epígrafe inicial de este Estudio, en la normativa pública de ordenación de los seguros privados, el seguro directo sobre la vida es una de las dos grandes categorías en las que el art.6 del TRLOSSP divide los ramos de seguro y que incluye un único ramo, el de vida que comprende los siguientes sub-ramos: a) El seguro sobre la vida, tanto para caso de

muerte como de supervivencia, o ambos conjuntamente, incluido, en el seguro de supervivencia, el seguro de renta. También abarca el seguro sobre la vida con contraseguro, el seguro de nupcialidad, el seguro de natalidad y cualquiera de estos seguros cuando estén vinculados con fondos de inversión u otros activos. b) Las operaciones de capitalización basadas en técnica actuarial, que consistan en obtener compromisos determinados en cuanto a su duración y a su importe a cambio de desembolsos únicos o periódicos previamente fijados. c) Las operaciones de gestión de fondos colectivos de jubilación, entendiéndose por tales aquellas que supongan para la entidad aseguradora administrar las inversiones y, particularmente, los activos representativos de las reservas de las entidades que otorgan prestaciones en caso de muerte, en caso de vida o en caso de cese o reducción de actividades. d) Las operaciones tontinas, entendiéndose por tales aquellas que lleven consigo la constitución de asociaciones que reúnan partícipes para capitalizar en común sus aportaciones y para repartir el activo así constituido entre los supervivientes o entre sus herederos.

Con vistas al futuro, podemos vaticinar una continuidad de esta delimitación del ámbito del ramo de vida a la vista de lo dispuesto en el Anexo del Anteproyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras de 30 de julio de 2014.

4. LAS DISPOSICIONES ESPECIALES DEL SEGURO DE ACCIDENTES

La Sección 3ª del Capítulo III del Título VIII del Anteproyecto contiene –al igual que la sección correspondiente de la vigente LCS– las disposiciones sobre el “seguro de accidentes”. De modo semejante a lo que sucedía con el seguro de vida, en este seguro de accidentes se puede observar un criterio general de continuidad con la LCS vigente de modo tal que los arts. 583-23 a 583-26 del Anteproyecto se corresponden, en términos generales, con los arts. 100 a 103 de la LCS²⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, en el art.583-27 del Anteproyecto se observa un desarrollo de la determinación del grado de invalidez mayor que en el art.104 de la vigente LCS y una actualización de su contenido, de tal manera que las tres fases en que se desarrolla aquella determinación se configuran de forma más amplia y flexible porque:

a) En la primera fase, la determinación de la naturaleza y grado de invalidez que derive del accidente se efectuará después de la presentación de la “documentación necesaria para su justificación”, con lo que amplía la referencia vigente al “certificado médico de incapacidad”.

b) En la segunda fase, se establece en 40 días el plazo de respuesta del asegurador, quien deberá notificar por escrito al asegurado, en dicho plazo computado a partir de la recepción de la declaración del siniestro, la propuesta de indemnización que

²⁶ V. el comentario de estos preceptos por SÁNCHEZ CALERO F. en VV.AA., “Ley de Contrato de Seguro...”, *op. cit.* p. 2628 y ss. Sobre la interpretación de estos preceptos por la Sala Primera de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo, puede verse la recopilación de LOIS CABALLE, A., en AA.VV., “El Contrato de Seguro en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1980-2012)”, *op. cit.*, pág.761 y ss.

deberá corresponderse con el grado de invalidez que derive del accidente y con los criterios que para su cuantificación se encuentren incorporados a la póliza.

c) En la tercera fase, se refleja la desaparición del procedimiento pericial previsto en el art.38 de la LCS vigente para señalar que, en el caso de que el asegurado no aceptase la proposición del asegurador o hubiera divergencia en cuanto al origen o la causa del siniestro, será de aplicación el procedimiento pericial o de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Por último, conviene recordar que, en el Derecho vigente, el ramo de accidentes es uno de los ramos de seguro distinto del seguro de vida, cuyas prestaciones pueden ser a tanto alzado, de indemnización, mixta de ambos y de cobertura de ocupantes de vehículos (art.6.1.a.1 TRLOSSP). Es previsible la continuidad de esta delimitación del ramo de accidentes a la vista del Anexo del Anteproyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras de 30 de julio de 2014.

5. LAS DISPOSICIONES ESPECIALES DEL SEGURO DE ENFERMEDAD

El Anteproyecto regula el seguro de enfermedad en sus arts. 583-28 y 583-29 en términos semejantes a los arts.105 y 106 de la LCS vigente²⁷; si bien es cierto que el art.583-28 ofrece un desarrollo más detallado de este seguro que el art.105 de la LCS vigente. En efecto, sin perjuicio de que se mantenga la doble posibilidad de prestación dineraria o de prestación de servicios de asistencia médica por el asegurador y la aplicación supletoria de las normas establecidas por el seguro de accidentes; el mayor desarrollo que comentamos se observa en que:

a) Se ofrece una noción legal del seguro de enfermedad como aquel por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a reparar las consecuencias económicas producidas por la enfermedad del asegurado.

b) Se distinguen con más cuidado las dos formas que puede adoptar la prestación del asegurador. Y así, en cuanto a la prestación indemnizatoria, se detalla que puede traducirse en el reembolso al asegurado de los gastos derivados de la asistencia sanitaria o en el abono de una indemnización a tanto alzado en el caso de que se produzca la invalidez, temporal o permanente, del asegurado como consecuencia de la enfermedad, o en caso de hospitalización u otras contingencias pactadas en el póliza relativas a la salud del asegurado.

c) En cuanto a la forma prestacional, ésta podrá consistir en garantizar al asegurado la recepción de asistencia sanitaria, debiendo el asegurador poner a disposición del asegurado dichos servicios y asumir directamente su coste; o bien pagando directamente sus servicios a los prestadores sanitarios cuya atención se ofrezca en la póliza.

²⁷ V. el comentario de estos preceptos por SÁNCHEZ CALERO, F. en VV.AA., “Ley de Contrato de Seguro...”, *op. cit.* p.2689 y ss. Sobre la interpretación de estos preceptos por la Sala Primera de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo, puede verse la recopilación de LOIS CABALLE, A., en AA.VV., “El Contrato de Seguro en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1980-2012)”, *op. cit.*, pág.731 y ss.

d) Para el caso de que el seguro de enfermedad garantice la recepción de asistencia sanitaria, se prohíbe que se establezcan exclusiones temporales o plazos de carencia para aquellas actuaciones sanitarias que, estando comprendidas en el objeto y límites del contrato, precise el asegurado que se le presten de forma inmediata por su urgencia y gravedad.

Conviene recordar que, en el Derecho vigente, el ramo de enfermedad es uno de los ramos de seguro distinto del seguro de vida, que comprende la asistencia sanitaria y la dependencia y cuyas prestaciones pueden ser a tanto alzado, de reparación y mixta de ambos (art.6.1.a.2 TRLOSSP). Es previsible la continuidad de esta delimitación del ramo de enfermedad a la vista del Anexo del Anteproyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras de 30 de julio de 2014.

Por último, señalar que, en el Derecho proyectado, el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro publicado como un texto conjunto del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Economía y Hacienda el 8 de abril de 2011 imponía al asegurador, en los seguros de enfermedad, cualquiera que sea su modalidad de cobertura, además de las obligaciones de información generales, la de informar al tomador sobre los criterios a aplicar para la renovación de la póliza y actualización de las primas en periodos sucesivos, incluyendo un detalle de la evolución previsible de las primas comerciales anuales a partir de la edad del asegurado en el momento de la contratación de la póliza.

6. LAS DISPOSICIONES ESPECIALES DEL SEGURO DE DECESOS

El art.583-30 del Anteproyecto introduce el régimen básico del seguro de decesos²⁸ centrado en los siguientes aspectos:

a) La noción legal de este seguro como aquel por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a prestar los servicios funerarios pactados en la póliza para el caso en que se produzca el fallecimiento del asegurado.

b) El deber del asegurador de restituir el eventual exceso de la suma asegurada sobre el coste del servicio prestado al tomador o, en su defecto, a los herederos legales.

d) La obligación del asegurador de devolver, en caso de concurrencia de seguros en una misma aseguradora, y a petición del tomador, las primas pagadas de la póliza que haya decidido anular desde que se produjo la concurrencia.

e) La obligación subsidiaria del asegurador de satisfacer la suma asegurada a los herederos legales del asegurado fallecido en dos supuestos: primero, cuando dicho asegurador no hubiera podido proporcionar la prestación por causas ajenas a su

²⁸ El art. 97 del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 2011 coincidía básicamente con esta regulación cuando añadía a la doble posibilidad de prestación del asegurador en forma de prestación directa de los servicios funerarios o subsidiariamente la satisfacción de su coste; las particularidades consistentes en que *“el exceso de la suma asegurada sobre el coste del servicio prestado o satisfecho corresponderá al tomador”* y en que, *“en caso de concurrencia de seguros, el asegurador que no preste el servicio o satisfaga su coste deberá restituir al tomador o a sus herederos las primas pagadas desde que aquella concurrencia se produjo”*.

voluntad, fuerza mayor o por haberse realizado el servicio a través de otros medios distintos a los ofrecidos por la aseguradora. Segundo, en caso de concurrencia de seguros en más de una aseguradora, si se produce el fallecimiento y dicho asegurador no hubiera podido cumplir con su obligación de prestar el servicio funerario en los términos y condiciones previstos en el contrato.

f) La atribución unilateral al tomador del seguro de la facultad de oponerse a la prórroga del contrato.

A lo anterior cabe añadir que, en el Derecho vigente, el ramo de decesos es uno de los ramos de seguro distinto del seguro de vida, que “incluye operaciones de seguro que garanticen únicamente prestaciones en caso de muerte, cuando esas prestaciones se satisfagan en especie u cuando su importe no exceda del valor medio de los gastos dinerarios por un fallecimiento” (art.6.1.a.19 TRLOSSP). Es previsible la continuidad de esta delimitación del ramo de decesos a la vista del Anexo del Anteproyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras de 30 de julio de 2014.

Por último, recordar que, en cuanto se refiere al Derecho proyectado, el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro publicado como un texto conjunto del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Economía y Hacienda el 8 de abril de 2011 imponía al asegurador, en los seguros de decesos, cualquiera que sea su modalidad de cobertura, además de las obligaciones generales, que el asegurador debería informar al tomador, por escrito y de forma clara y precisa, sobre la modalidad del seguro que se le oferta, en concreto, si opera a prima nivelada, natural o seminatural y sobre las características y método de cálculo de la prima inicial; y, en general, para cualquiera de las modalidades del seguro de decesos que se está ofertando, le deberá informar sobre los factores de riesgo objetivos a considerar en la tasa de prima a aplicar en las sucesivas renovaciones de la póliza²⁹, facilitándole un cuadro evolutivo estimado de las primas comerciales anuales hasta que el asegurado alcance la edad de noventa años³⁰; sobre las actualizaciones de capitales asegurados y de primas a aplicar en las renovaciones y plazo previo al vencimiento y forma en la que se van a realizar las comunicaciones al tomador del seguro; sobre las garantías accesorias opcionales a la cobertura de decesos que se ofrecen en la misma póliza, con indicación del importe de la prima correspondiente a cada una de ellas cuando correspondan a otro ramo de seguro; sobre las condiciones de resolución del contrato; y sobre la existencia, o no, del derecho de rehabilitación de la póliza y normas por las que se rige, en su caso.

²⁹ Edad del asegurado, variaciones en el capital asegurado, evolución en los costes de los servicios funerarios u otros.

³⁰ Este cuadro deberá estar elaborado conforme a las siguientes especificaciones: 1º. Detalle de la evolución previsible de las primas comerciales anuales a partir de la edad del asegurado en el momento de la contratación de la póliza, expresadas en tasas sobre 1.000 euros de capital asegurado inicial. 2º. Detalle de la evolución de los capitales asegurados.

7. LAS DISPOSICIONES ESPECIALES DEL SEGURO DE DEPENDENCIA

El art.583-31 del Anteproyecto introduce el régimen básico del seguro de dependencia³¹ sobre los siguientes aspectos:

a) La noción legal de este seguro como aquel por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de su situación de dependencia, conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora de la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

b) La doble posibilidad de configurar la prestación del asegurador: primero, en forma indemnizatoria, que admite, a su vez, las dos variantes de abono al asegurado del capital o de la renta convenida o de reembolso al asegurado de los gastos derivados de la asistencia. Segundo, en forma prestacional garantizando al asegurado la prestación de los servicios de asistencia, debiendo el asegurador poner a disposición del asegurado dichos servicios y asumir directamente su coste.

f) La atribución unilateral al tomador del seguro de la facultad de oponerse a la prórroga del contrato.

Por último, procede recordar que, en el Derecho vigente de ordenación, el seguro de dependencia podrá incluirse en el ámbito del ramo de vida del seguro directo sobre la vida conforme al art.6.2.A).a) del TRLOSSP.

³¹ El art. 98 del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 2011 coincidía básicamente con este régimen cuando definía el seguro de dependencia definiéndolo como aquel en el que el asegurador se obliga *“para el caso de que se produzca la situación de dependencia, conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora de la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de dicha situación”*. También señalaba que la prestación del asegurador podrá consistir en abonar al asegurado el capital o la renta convenida, reembolsar al asegurado los gastos derivados de la asistencia, o garantizar al asegurado la prestación de los servicios de asistencia, debiendo el asegurador poner a disposición del asegurado dichos servicios y asumir directamente su coste. Ver, sobre este seguro de dependencia, nuestro trabajo sobre *“El seguro de vida como instrumento de ahorro y previsión” op. cit.*, pág.255 y ss.

¿HACIA LA DESAPARICIÓN DE LA TÁCITA RENOVACIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO?

FRANCISCO JAVIER TIRADO SUÁREZ*

Dedicatoria

En este trabajo homenaje a mi Profesor de Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho de Sevilla en el Cuarto Curso de Licenciatura (1970-1971), por sus explicaciones inolvidables del Proyecto Sanders en relación con la sociedad anónima europea, que marcaron mi trayectoria vital.

Resumen

A la luz de la reforma operada recientemente en el Derecho de Seguros francés, en donde se ha suprimido la tácita renovación a voluntad del asegurado-consumidor en determinados ramos de seguros de daños y en el seguro del automóvil, se analiza el dato legal y el origen de la práctica aseguradora de la tácita renovación en el contrato de seguro. Se concluye con referencias al impacto de esta medida ausplicable en el Derecho español.

Contenido

1. Introducción. – 2. Evolución histórica de la cláusula de renovación tácita hasta su consagración legal en la LCS. – 3. El art. 22 LCS y su interpretación jurisprudencial. – 4. La reforma francesa de supresión de la tácita renovación. – 4.1. Antecedentes. – 4.2. La Ley Hamon. – 4.2.1. La incidencia de la libertad del asegurado en el ámbito de los seguros conexos a las actividades bancarias. – 4.2.2. El reconocimiento de la posibilidad de cambio de entidad aseguradora en determinados ramos de seguros de daños y en el seguro de automóviles. – 5. Conclusiones desde el Derecho español.

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de los múltiples estudios realizados sobre la estructura contractual del seguro, el tema de la duración no ha sido objeto de tratamiento específico, aunque sí desde una perspectiva tangencial al unirse la tácita renovación del contrato de seguro, normalmente anual, con la exigencia del pago de la prima del contrato de seguro renovado automáticamente, de manera que si el tomador del seguro no quería mantener la cobertura aseguradora, venía obligado a proceder a la comunicación escrita al

* Profesor titular de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

asegurador, con dos meses de antelación, de la oposición a la citada renovación automática¹.

Siguiendo una tradición histórica, que será analizada en el epígrafe siguiente, el art. 22 LCS estableció:

La duración del contrato será determinada en la póliza, la cual no podrá fijar un plazo superior a diez años. Sin embargo, podrá establecerse que se prorrogue una o más veces por un período no superior a un año cada vez.

Las partes pueden oponerse a la prórroga del contrato mediante una notificación escrita a la otra parte, efectuada con un plazo de dos meses de anticipación a la conclusión del período del seguro en curso.

Lo dispuesto en los párrafos precedentes no será de aplicación en cuanto sea incompatible con la regulación del seguro sobre la vida.²

Sorprendentemente este precepto no ha sido modificado en los 34 años de vigencia de la LCS, a pesar de que la misma ha sido objeto de diez reformas legales, debiendo recalcar que la institución de la tácita renovación se ha visto, desde el ángulo de la normativa de tutela de los consumidores, como un ejemplo típico de cláusula abusiva, lo que ha llevado a su consagración como tal en el art. 85.2 TRLGDCU, cuyo tenor literal es el siguiente:

Las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

En esta situación de contraste y falta de coordinación entre la normativa de tutela del consumidor y la disciplina del contrato de seguro, se puede constatar la inexistencia de medidas legislativas dirigidas a la superación de estas contradicciones.

Así, en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación de 17 de junio de 2013, cuyo art. 591.21 conservaba al pie de la letra la redacción del art. 22 LCS, sin embargo, en la nueva redacción de esta Propuesta de 30 de mayo de 2014, se da una nueva redacción, en la que tampoco se distingue entre asegurado-consumidor y asegurado-empresario o profesional, modificando el plazo legal de denuncia contractual a la mitad y acogiendo los deseos de los consumidores en orden a una mayor protección en los ramos de decesos y de dependencia (aunque no se menciona al seguro de enfermedad en su modalidad de asistencia sanitaria, que también padece los excesos de los aseguradores, en época de crisis, para la drástica reducción de la siniestralidad, entendida como un

¹ Sobre el tema con carácter general, TIRADO SUÁREZ, F.J. “El contrato de seguro”, Capítulo 4 del Tomo VIII. *Contratos aleatorios*, en *Contratos : civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 289-302, en relación con el tema de la prima y pp. 342-344, respecto a la cuestión de la no renovación del vínculo contractual.

² Sobre este precepto, SÁNCHEZ CALERO, F. “Art. 22. Duración del contrato”, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, 4ª ed., Aranzadi, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 535-551.

mayor uso por parte de la población de los costosos nuevos medios tecnológicos de diagnóstico y tratamiento de las enfermedades), con el siguiente tenor:

Artículo 581-21. *Duración del contrato.*

1. La duración del contrato será determinada en la póliza, la cual no podrá fijar un plazo superior a diez años. Sin embargo, podrá establecerse que se prorrogue una o más veces por un período no superior a un año cada vez.

2. Las partes pueden oponerse a la prórroga del contrato mediante una notificación escrita a la otra parte, efectuada con un plazo de, al menos, un mes de anticipación a la conclusión del período del seguro en curso cuando quien se oponga a la prórroga sea el tomador, y de dos meses cuando sea el asegurador. El asegurador deberá comunicar al tomador, al menos con dos meses de antelación a la conclusión del período de seguro en curso, cualquier modificación del contrato de seguro. Las condiciones y plazos de la oposición a la prórroga de cada parte, o su inoponibilidad, deberán destacarse en la póliza. En los seguros de decesos y de dependencia los aseguradores no podrán oponerse a la prórroga. En los demás casos podrá preverse en la póliza la inoponibilidad del asegurador a la prórroga del contrato.

Dado que el debate sobre el texto de la futura LCS, de forma autónoma o integrada en el nuevo Código Mercantil, se encuentra todavía abierto, el presente estudio quiere ser beligerante a favor de una desaparición de la tácita renovación en las condiciones generales de los contratos de seguros predisuestas por los aseguradores, con independencia de la posible elección por el asegurado de contratos de duración indefinida para el asegurador en determinados ramos, con importantes consecuencias en relación con el precio del seguro y la tarifa de prima que debe ser aplicada, en este nuevo contexto de Solvencia II, en el que la futura LOSSEAR establezca medidas preventivas dirigidas a erradicar totalmente las situaciones de insolvencia del mercado asegurador español.

Con la finalidad de enmarcar correctamente esta filosofía liberalizadora y favorable a los clientes de los aseguradores, ya sean o no consumidores, se hace necesario explicar el origen histórico de la cláusula en el ámbito del Derecho de Seguros español, para, a continuación, verificar la interpretación jurisprudencial del mencionado art. 22 LCS, para finalmente, realizar el contrapunto frente al paradigma francés de libertad para los consumidores de elección de entidad aseguradora, en determinados ramos, lo que llevará a unas concretas conclusiones desde la perspectiva del Derecho español del seguro privado en la dinámica de *lege ferenda*.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CLÁUSULA DE RENOVACIÓN TÁCITA HASTA SU CONSAGRACIÓN LEGAL EN LA LCS

Como se sabe, el origen de la disciplina de control de la actividad aseguradora surge por la Ley de 14 de mayo de 1908, que tiene un Reglamento de 12 de febrero de 1912 (RS 1912), que contiene algunas reglas en materia de disciplina del contrato de seguro, que

completan lo establecido en el Cco de 1885, cuyo artículo 383 en su apartado 6º indicaba que la póliza del contrato de seguro debía contener “la duración del seguro” y en el apartado 7º precisaba: “el día y la hora desde que comienzan los efectos del contrato”, de manera que por el legislador decimonónico se consagraba la distinción entre duración formal del contrato y duración material de la cobertura aseguradora, la cual podía ser, en línea de máxima, incluso anterior a la celebración del vínculo contractual.

En el art. 7 RS 1912, en su párrafo 2º se señalaba:

“Cuando el asegurador cobre anticipadamente la prima o fracción de ella antes de perfeccionarse el contrato (expedición de la póliza por la Compañía y su aceptación por parte del asegurado al estampar en aquélla su firma), podrá siempre el proponente renunciar a su realización, y en este caso le será devuelta la cantidad cobrada, descontando solamente los gastos de reconocimiento médico y de póliza”.

Ahora bien, esta libertad contractual, que se refleja en el precepto transcrito, que ya recoge el derecho de arrepentimiento en los albores del siglo pasado, no restringía la misma de ningún modo, otorgando efectos positivos al mero silencio de la contraparte del asegurador, de acuerdo con el funcionamiento típico de la tácita renovación.

El origen de la tácita renovación se encuentra en la RO de 2 de noviembre de 1912 de la Junta Consultiva de Seguros, que resuelve, con carácter general, que las prórrogas por la tácita no podrán exceder de un año, precisando la RO de 10 de febrero de 1913 de la misma Junta Consultiva la aplicabilidad de esta regla a “*todas las pólizas en curso en las que el periodo para manifestar el asegurado que no quería prorrogar el contrato no había terminado en la fecha de la publicación de la mencionada RO*”.

En la interpretación más lógica de este precepto es que el plazo de oposición a la prórroga venía marcado por el propio condicionado general de la misma.³

En la paulatina evolución jurídica de esta figura, protectora del derecho de los aseguradores al mantenimiento de la clientela, destaca la Circular del Consorcio de Riesgos Catastróficos sobre las cosas de 13 de noviembre de 1944, cuyo art. 6 señalaba: “*La duración del seguro se fija en un año, prorrogable por anualidades mediante el pago por anticipado de las respectivas primas*”, ya que la paradigmática póliza del seguro de incendios, aprobada por la OM de 7 de abril de 1936, no incluyó en su clausulado general la prórroga automática de las coberturas.

Es digno de poner de manifiesto como un ejemplo de la paulatina expansión en la década de los sesenta del siglo pasado, la cláusula 22 de las condiciones generales del seguro de asistencia sanitaria, publicadas por OM de 10 de abril de 1969 (BOE 21 de abril), que establece:

“Los contratos que no sean de temporada se prorrogarán anualmente por la tácita. El contratante podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del primer plazo de duración anual o de cualquiera de sus prórrogas, notificándolo a la Entidad aseguradora por carta certificada con antelación no inferior a treinta días naturales. La

³ Así lo señala DEL CAÑO ESCUDERO, F. *Derecho español de seguros*, 2ª ed. Madrid, 1974, pp. 482-483.

Entidad aseguradora podrá asimismo hacer uso de igual facultad después de transcurrido el primer año de seguro y para tener efecto en el vencimiento siguiente. Si la notificación e cualquiera de las partes tuviese lugar en un plazo menor al mencionado no se producirá la rescisión en el vencimiento inmediato y se entenderá aplicable para el siguiente”.

Es dable constatar en este texto de naturaleza híbrida, contractual y normativa, que el plazo de comunicación de la oposición a la prórroga era inferior al establecido por el vigente art. 22 LCS, debiendo subrayarse que paralelamente existía un derecho de rescisión reconocido para ambas partes en caso de siniestro y en el seguro de asistencia sanitaria para los supuestos de variación del cuadro médico.⁴

Como colofón a esta evolución de la disciplina administrativa de la cláusula, ampliamente extendida en todos los ramos, como medida de salvaguardia de la clientela o cartera de los aseguradores, tres años antes de la promulgación de la LCS, la importante OM de 24 de enero de 1977 (BOE 5 de febrero del mismo año)⁵, por la que se regulan los seguros de grupo sobre la vida humana en su art. 14 establece:

“A efectos de esta disposición, el seguro temporal renovable deberá ser contratado por un año de duración, entendiéndose prorrogado por periodos anuales, salvo que alguna de las partes lo denuncie con un mes de antelación a su inmediato vencimiento”.

Es de observar, como la norma reglamentaria de control, califica la naturaleza de denuncia contractual, en lugar de rescisión, al acto del tomador o contratante de oposición a considerar su silencio como un acto positivo y favorable al mantenimiento del vínculo contractual por otro periodo de duración anual.

Ulteriormente, en el marco del inicio de una tarea de reajuste e incorporación de claridad contractual y transparencia en el ramo del seguro de automóvil, la OM de 31 de marzo de 1977 por la que se aprueba la póliza uniforme del Seguro Voluntario de Automóviles (BOE 26 de abril), en el art. 6 se establece:

“1. La póliza mantendrá su vigencia por el periodo expresado en las condiciones particulares. 2. a) A la expiración del plazo estipulado, si el contrato es de duración anual, quedara tácitamente prorrogado por un año más y así en lo sucesivo, salvo que en alguna de las partes hubiera solicitado su rescisión. b) para que la rescisión pueda tomar efecto, las partes deberán notificárselo mediante carta certificada dirigida por el asegurado a la entidad o, por esta, al domicilio de aquel, con un mes, por lo menos, de antelación a la fecha de vencimiento de la póliza. c) Transcurrido el plazo de preaviso sin que haya sido solicitada la rescisión del contrato, el asegurado queda obligado al pago de la prima correspondiente al nuevo periodo de seguro, según la forma de pago pactada en condiciones particulares y sin perjuicio de lo dispuesto en el número 1 del

⁴ La rescisión en caso de siniestro se encontraba disciplinada en el art. 414 Cco y había sido desarrollada administrativamente por las OM de 2 de agosto de 1933 y de 20 de abril de 1934. Cfr. DEL CAÑO ESCUDERO, F., *op. cit.* p. 488.

⁵ Sobre este seguro de grupo conserva todavía su virtualidad doctrinal la excelente monografía de ILLESCAS ORTIZ, R. *El seguro colectivo o de grupo*. Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación, Sevilla, 1977.

artículo 12, y la entidad queda obligada a la cobertura del riesgo durante dicho periodo, sin que ninguna de las partes pueda unilateralmente dar por extinguido el contrato, salvo mutuo acuerdo”⁶.

Con estos antecedentes normativos y siguiendo la práctica aseguradora contemporánea que todavía se mantiene en el siglo XXI, el art. 22 LCS consagra la tácita renovación de los seguros anuales, manteniendo la configuración de la oposición a la renovación como un supuesto de consentimiento expreso del tomador/ asegurado, que necesita forma escrita, a efectos de prueba, de manera que la denuncia verbal, salvo que sea consentida por el asegurador, resulta ineficaz⁷.

3. EL ART. 22 LCS Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

La Jurisprudencia menor ha mantenido a ultranza la exigencia de un preaviso por parte del tomador/asegurado, que debe ser conocido por el asegurador, con al menos dos meses de antelación al vencimiento, de manera que el tomador/asegurado debía respetar en su comunicación escrita, que normalmente adoptaba la forma de carta certificada con acuse de recibo, el citado lapso temporal, el cual, a tenor de lo establecido en el art. 60 Cco, se configura de acuerdo con el calendario gregoriano, de manera que dos meses pueden ser un número de días, inferior o superior a 60, en función del mes o meses concretos de referencia⁸.

⁶ Una visión de esta norma en su contexto, VAZQUEZ PADURA, M. et al., *El seguro del automóvil en España. Criterios básicos para su reforma*, Consorcio de Compensación de Seguros, Madrid, 1982.

⁷ En este sentido la STS de 30 abril 1993 (RJ 1993, 2960), sin embargo la SAP Albacete 123/2009 de 10 de julio (AC 2009/1494) mantiene la posición contraria, de acuerdo con las SSTs de 9 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9434) y 30 noviembre 2004 (RJ 2004, 7902), señalando en el fundamento jurídico tercero: “En relación con la anterior cuestión, la mayoría de las Audiencias Provinciales así como el propio Tribunal Supremo reconocen la eficacia de la comunicación oral de la voluntad modificativa del contrato de seguro a pesar de lo dispuesto en el art. 5 LCS, por lo que así ha de interpretarse *a fortiori* la resolutoria o contraria a la prórroga siempre que quede acreditada por cualquier medio válido en derecho la recepción en tiempo y forma de la misma por parte de la aseguradora, ya que, además, la prórroga automática impuesta constituye una condición general que ha de interpretarse de la forma más favorable al asegurado (art. 3 LCS), quedando el requisito del carácter escrito como prueba privilegiada dirigida a dotar de mayor seguridad jurídica a las relaciones contractuales en materia de seguro, de forma que cuando dicha comunicación sea oral, el demandado se verá obligado a realizar una actividad probatoria más cumplida a fin de acreditar el conocimiento por parte de la aseguradora, como ha sucedido en el presente caso. Otra conclusión, esto es, la de considerar la prueba escrita como requisito bien *ad substantiam* bien *ad solemnitatem* de la extinción misma, contradiría la esencia misma del concepto de contrato en nuestro ordenamiento jurídico, que exige el consentimiento (expreso o tácito) de ambas partes para dar vida o permitir la renovación prorrogada de una relación contractual una vez finalizado el período establecido como duración pactada.” También la SAP La Coruña 10 noviembre 2005 (AC 2005,2198) y SAP Albacete 10 julio 2009 (AC\2009\1494).

⁸ La STSJ Madrid Sala de lo Contencioso-administrativo Sección Sexta 10 octubre 2012 (RJCA\2012\798) ha declarado nula la siguiente cláusula precisando en su fundamento jurídico tercero : “El tema objeto de debate se centra en definitiva en si son conformes a Derecho las resoluciones impugnadas, que entienden que no es correcto el apartado contenido en pólizas de la aseguradora en las que se dispone que “la Compañía con treinta días al menos de anterioridad al vencimiento del contrato, notificará al tomador del seguro las primas aplicables para cada nuevo periodo de cobertura mediante envío del oportuno aviso de cobro del recibo correspondiente comunicándoles la fecha de presentación al

Por otro lado, la comunicación debe realizarse al asegurador o a persona que lo represente, como puede ser el agente exclusivo, de acuerdo con lo establecido en el art. 12.1 de la Ley 26/2006 de 17 de julio de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados (LMSRP)⁹, pero no al corredor de seguros¹⁰

Este carácter recepticio de la declaración de voluntad del tomador/asegurado tiene como consecuencia que sea el momento del conocimiento, el decisivo para atender al cumplimiento del plazo legal de dos meses, lo que resulta conforme con el criterio del conocimiento previsto por el art. 54 Cco¹¹.

La no oposición a la prórroga tácita tiene como consecuencia la renovación del vínculo contractual y la legitimación del asegurador para el cobro de la prima, siempre que ejercite la acción antes del transcurso del plazo de caducidad de seis meses previsto en el art. 15 LCS en su párrafo segundo¹².

cobro. Si el nuevo periodo de cobertura implicase un incremento respecto a la aplicada en el periodo presente, el tomador, sin perjuicio de lo establecido podrá dar por resuelto el contrato mediante notificación expresa a la compañía mediante carta certificada, telegrama o telefax, con anterioridad al vencimiento del contrato, en cuyo caso el contrato quedará extinguido al vencimiento del periodo en curso”.

⁹ Sobre la interpretación de este precepto, vid. SARTI MARTÍNEZ, M.A. y TIRADO SUÁREZ, F.J., *Ley de mediación en seguros y reaseguros privados*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp 371-375. Se debe observar incidentalmente que este plazo de dos meses no debe ser respetado en los supuestos de cambio de mediador del seguro, aunque se trate de una modificación contractual, ya que el mismo debe tener eficacia inmediata.

¹⁰ Así, se pronuncia la SAP León de 26 febrero 2010 (AC 2010,924), cuando dice en el fundamento jurídico segundo : “Tampoco puede entenderse cumplido tal requisito con la comunicación dirigida por el tomador al corredor (folio 47 del procedimiento monitorio) porque los corredores de seguro son mediadores independientes, actúan en su propio nombre y de forma independiente y no representan a las aseguradoras, pues, como destaca la STS de 4 de marzo de 2008 (RJ 2008, 2936) , "la independencia de los corredores respecto de las compañías de seguros constituye precisamente su principal rasgo diferenciador de los agentes en el régimen establecido por la Ley 9/ 1992, de 30 de abril (RCL 1992, 1020) , de Mediación en Seguros Privados , hoy sustituida por la Ley 26/2006, de 17 de julio (RCL 2006, 1437) , de mediación de seguros y reaseguros privados, que no ha venido sino a reforzar aún más esa independencia”.

¹¹ La SAP Guadalajara de 7 diciembre 2006 (AC 2007,102938) exige al asegurador para poner fin al contrato de seguro la constancia de que el asegurado ha recibido el certificado a través del acuse de recibo acreditativo de la recepción.

¹² La SAP Sevilla 14 febrero 2012 (JUR 2012, 161911) precisa en el fundamento jurídico tercero: “Por otra parte el artículo 15.2 de la Ley de Contrato de Seguro exige al asegurador que, en caso de impago de la prima, la reclame dentro de los seis meses siguientes a su vencimiento y caso de no hacerlo se entiende que opta por la resolución del contrato, produciéndose la extinción del mismo. Se trata de un plazo de caducidad, conforme criterio mayoritario expresado en numerosas resoluciones de Audiencias Provinciales (entre otras, sentencias de la A.P. de Navarra, de 10 de octubre de 1994 , A.P. de Madrid, de 21 de noviembre de 1996 y 25 de enero de 2000 , A.P. de Barcelona, de 25 de mayo de 1999 , A.P. de Salamanca, de 7 de diciembre de 1999 , A.P. de Alicante de 18 de noviembre de 1999 , A.P. de Toledo, de 4 de febrero de 2000 , A.P. de Asturias de 12 de mayo y 25 de abril de 2008 , A.P. de Pontevedra de 22 de marzo de 2006 , A.P. de Albacete, de 14 de abril de 2008 , A.P. de Valencia de 9 de febrero de 2000 , y A.P. de Ávila, de 29 de mayo de 2008 y 10 de junio de 2010); tratándose de un plazo de caducidad nada obsta que la excepción sea apreciada incluso de oficio, aunque en el caso de autos la demandada se ha opuesto a la vigencia del contrato alegando expresamente la caducidad al amparo de dicho precepto, y la reclamación extrajudicial, aun prevista en el artículo 1973 del Código Civil (LEG 1889, 27) como mecanismo idóneo para interrumpir la prescripción, no tiene virtualidad interruptiva de la caducidad. En el caso de autos el plazo estaba sobradamente excedido cuando se presenta la demanda el día 28 de julio de 2.010”.

Ahora bien, la jurisprudencia ha aclarado, que si se ha producido una modificación no prevista en el contrato de seguro inicial (por ejemplo, el incremento de la suma asegurada y de la prima en función de un determinado IPC), el contrato de seguro no se prorroga¹³, precisando una declaración de voluntad expresa e inequívoca del tomador/asegurado, de acuerdo con lo establecido en el art. 21 LCS, en su párrafo segundo, cuando dispone:

“En todo caso se precisará el consentimiento expreso del tomador del seguro para suscribir un nuevo contrato o para modificar o rescindir el contrato de seguro en vigor”.

Este mandato legal se introdujo por la disposición adicional décima 2 LMSRP, con el objetivo de proteger el derecho de cartera del asegurador en situaciones de conflicto con los mediadores de seguros en sus diferentes formas, especialmente respecto de los corredores de seguros, los cuales tienen reconocido por el art. 21 LCS en su inciso inicial la representación aparente del tomador del seguro, salvo pacto en contrario.

Por otro lado, en la práctica aseguradora se ha divulgado, a la vista de la situación económica de crisis, la actuación de los corredores de seguros de la “anulación preventiva” de coberturas aseguradoras anuales, con el objetivo de conseguir una bajada de las primas existentes. No se trata de una anulación en sentido estricto, sino de una oposición a la prórroga, lo que trae como consecuencia que el contrato de seguro, objeto de esta medida de “anulación”, finaliza sus efectos en la fecha prevista contractualmente, si bien sea dable recordar que, en este caso, al existir una voluntad explícita del tomador/asegurado contraria al mantenimiento del vínculo contractual en el tiempo, no entra en juego el periodo de gracia de un mes previsto en el inciso inicial del párrafo segundo del art. 15 LCS¹⁴.

Ahora bien, no se debe preterir que, por los criterios administrativos de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones se ha puesto fin por la Jurisprudencia contencioso-administrativa a la cláusula bilateral de rescisión por siniestro al considerar que, en todo caso, la cobertura aseguradora debe extenderse temporalmente hasta el vencimiento contractualmente pactado¹⁵

¹³ La SAP Valencia de 14 julio 2011 (ROJ 5076/2011) ha considerado que no había modificación contractual al incrementarse la prima por aplicación del IPC, de acuerdo con las cláusulas pactadas en las condiciones contractuales. Por el contrario, consideran la existencia de novación del contrato las SSAP Alicante de 12 de junio de 2012 (JUR/2012/284383), SAP La Coruña 26 de junio de 2012 (JUR/2013/33293), SAP Madrid de 28 septiembre 2012 (ROJ 16869/2012) y SAP Burgos 25 octubre 2012 (JUR/2012/367627)

¹⁴ Cfr. TIRADO SUÁREZ, F.J. “La anulación preventiva”, *Mercado Previsor*, núm. 564, 2012, pp. 14-15.

¹⁵ Así, siguiendo a otras sentencias anteriores, la STS Contencioso-administrativa, 31 mayo 2003 (ROJ 3740/2003), cuando en su fundamento jurídico segundo dice textualmente: “... los supuestos de rescisión del contrato de seguro vienen expresamente tasados en su Ley reguladora, con el carácter imperativo que a sus normas se confiere, desde luego no con carácter absoluto, por cuanto se consideran válidas las cláusulas que sean más beneficiosas para el asegurado; y la cláusula que examinamos y desde la perspectiva en que se impugna no se ajusta a ninguno de esos supuestos tasados de rescisión establecidos en los artículos 10, 12 y 35 de la misma, sin que quepa una aplicación analógica de los mismos. Tampoco

Finalmente, debe advertirse que no siempre se pacta en las condiciones particulares la tácita renovación, debiendo subrayarse que en este caso la cláusula en condición general tiene la naturaleza de cláusula limitativa, sometida a los requisitos establecidos por el art. 3 LCS consistentes en destacarla frente a las demás cláusulas y a ser expresamente aceptada por escrito de forma específica¹⁶.

4. LA REFORMA FRANCESA DE SUPRESIÓN DE LA TÁCITA RENOVACIÓN

4.1. Antecedentes

La primera regulación contractual francesa, que sigue la línea normativa, de carácter administrativo, contenida en el Decreto de 8 de marzo de 1922¹⁷, que puso fin a la absoluta libertad contractual existente, se encuentra consagrada en el art. 5 de la Ley de Contrato de Seguro de 13 de julio de 1930, que contemplaba la tácita renovación en los siguientes términos:

“La durée du contrat est fixée par la police. Toutefois, et sous réserve des dispositions ci-après relatives aux assurances sur la vie, l’assuré a le droit de se retirer tous les dix ans en prévenant l’assureur, au cours de la période d’engagement, au moins six mois à l’avance dans les formes indiquées ci-après. Ce droit appartient également à l’assureur ; il doit être rappelé dans chaque police. Dans tous les cas où l’assuré a la faculté de demander la résiliation, il peut le faire à son choix et nonobstant toute clause contraire, soit par une déclaration faite contre récépissé au siège social ou chez le représentant de la société dans la localité, soit par acte extrajudiciaire, soit par lettre recommandée, soit par tout autre moyen indiqué dans la police. La durée du contrat doit être mentionnée en caractères très apparents dans la police. La police doit également mentionner que la durée de la tacite reconduction ne peut en aucun cas, et nonobstant toute clause contraire, être supérieure à une année”¹⁸.

puede sostenerse que con la cláusula referida en los términos que quedaron transcritos, no se infrinja el artículo 3º de la Ley de Contrato de Seguro, en cuanto que ocurrida la contingencia, que precisamente el contrato trata de precaver y es la razón de su suscripción por parte del asegurado, este se ve expulsado de la relación contractual precisamente porque aquella se produzca, cuando con razón se ha dicho por la doctrina más autorizada que el seguro es el antídoto o el anticuerpo del riesgo, siendo la esencia de la institución del seguro, poner lo seguro en lugar de lo inseguro. Por ello no puede sino llegarse a la misma conclusión a la que llega la sentencia de instancia”. En la doctrina, PONS GARRIGA, A, *La Rescisión del contrato de seguro*, Dykinson, Madrid 1998.

¹⁶ Sobre el tema VEIGA COPO, A. B. *Tratado del contrato de seguro*, T. I, 3 Ed. Civitas Thomson Reuters T.I, Cizur Menor, 2014, pp. 475-487.

¹⁷ Sobre este Decreto y los orígenes de la tácita renovación en Derecho de seguro francés, se puede consultar la tesis doctoral de CROYN, A. *De la tacite reconduction en matière d’assurances terrestres*, Imprimerie A. Bontemps, Limoges 1943, pp. 28-31. También BESSON, A *Les Assurances Terrestres en Droit Français*, T.I 4ª Ed. .Librairie de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1975, pp.283-285.

¹⁸ En nuestra traducción sería: “La duración del contrato se encuentra fijada en la póliza. Sin embargo, y bajo reserva de las disposiciones siguientes respecto a los seguros de vida, el asegurado tiene derecho a retirarse del contrato cada diez años comunicándolo al asegurador, durante el periodo de compromiso, al

Esta norma se incorpora el 21 de julio de 1976 al *Code des Assurances* en el art. L113-12, cuyo tenor literal es el siguiente:

“La durée du contrat et les conditions de résiliation sont fixées par la police. Toutefois, et sous réserve des dispositions relatives aux assurances sur la vie, l'assuré a le droit de se retirer tous les trois ans en prévenant l'assureur au cours de la période d'engagement, au moins trois mois à l'avance dans les formes indiquées à l'article L. 113-14. Ce droit appartient dans les mêmes conditions à l'assureur. Après la seconde période de trois ans, la résiliation peut être demandée annuellement par l'une ou l'autre des parties dans les délais fixés ci-dessus.

En ce qui concerne les contrats souscrits avant le 15 juillet 1972, le délai à l'expiration duquel l'assuré peut exercer son droit de résiliation annuel est celui qui est fixé par la convention, sans pouvoir excéder six ans à compter de la souscription du contrat”.

Como se puede constatar se ha reducido el plazo de oposición a la prórroga a tres meses y se reconoce un derecho de rescisión cada tres años, siendo seis años el límite máximo de cobertura aseguradora. Este texto legal es el que se encontraba vigente en el momento de la promulgación de la LCS y quizás pudo ser tomado como parámetro normativo, aunque nuestro texto legal mantiene la regla para los seguros de daños de que los mismos no se pueden extender en el tiempo más de diez años, aunque la práctica aseguradora y las exigencias de cálculo de las provisiones técnicas relativas a las primas de seguros han hecho desaparecer de la praxis aseguradora española los contratos de seguro de daños de vencimiento superior al año, que en ocasiones muy concretas por la problemática del riesgo asegurado se pueden extender hasta los cinco años como límite temporal de cobertura.

La llegada del proceso social conocido como movimiento de defensa de los consumidores va a conducir a un ulterior cambio normativo que se produce por la Ley núm. 89-1014 de 31 de diciembre de 1989, que entró en vigor el 1 de mayo de 1990 y cuya disciplina fue la siguiente:

“La durée du contrat et les conditions de résiliation sont fixées par la police. Toutefois, l'assuré a le droit de résilier le contrat à l'expiration d'un délai d'un an, en envoyant une lettre recommandée à l'assureur au moins deux mois avant la date d'échéance. Ce droit appartient, dans les mêmes conditions, à l'assureur. Il peut être dérogé à cette règle pour les contrats individuels d'assurance maladie et pour la couverture des risques autres que ceux des particuliers. Le droit de résilier le contrat

menos seis meses antes en las formas indicadas más adelante. Este derecho pertenece igualmente al asegurador; debe ser recordado en cada póliza. En todos los casos en el que el asegurado tiene la facultad de solicitar la rescisión, puede hacerlo a su elección y no obstante cualquier clausula contraria, sea por una declaración hecha contra recibo en el domicilio social o al representante de la sociedad en la localidad, sea por acto extrajudicial, sea por carta certificada, sea por cualquier otro medio indicado en la póliza. La duración del contrato debe ser mencionada en caracteres muy aparentes en la póliza. La póliza debe igualmente mencionar que la duración de la tácita renovación no puede en ningún caso y no obstante la existencia e clausula contraria ser superior a un año”.

tous les ans doit être rappelé dans chaque police. Le délai de résiliation court à partir de la date figurant sur le cachet de la poste”¹⁹.

Siguiendo con esta evolución histórico-legislativa, el siguiente peldaño de la reforma corresponde a la denominada Ley Châtel, núm. 2005-67 de 28 enero 2005 *tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur*, que fue publicada en el JORF de 1 de febrero de 2005 y que entró en vigor el 1 de agosto del mismo año, siendo aplicable a los contratos en curso en la fecha de su tácita renovación.

Este texto legal añade un nuevo precepto al *Code des Assurances*, el art. L. 113-15-1, que amplía los derechos de los asegurados consumidores diciendo:

“Pour les contrats à tacite reconduction couvrant les personnes physiques en dehors de leurs activités professionnelles, la date limite d’exercice par l’assuré du droit à dénonciation du contrat doit être rappelée avec chaque avis d’échéance annuelle de prime ou de cotisation. Lorsque cet avis lui est adressé moins de quinze jours avant cette date, ou lorsqu’il lui est adressé après cette date, l’assuré est informé avec cet avis qu’il dispose d’un délai de vingt jours suivant la date d’envoi de cet avis pour dénoncer la reconduction du contrat. Dans ce cas, le délai de dénonciation court à partir de la date figurant sur le cachet de la poste. Lorsque cette information ne lui a pas été adressée conformément aux dispositions du premier alinéa, l’assuré peut mettre un terme au contrat, sans pénalités, à tout moment à compter de la date de reconduction en envoyant une lettre recommandée à l’assureur. La résiliation prend effet le lendemain de la date figurant sur le cachet de la poste. L’assuré est tenu au paiement de la partie de prime ou de cotisation correspondant à la période pendant laquelle le risque a couru, période calculée jusqu’à la date d’effet de la résiliation. Le cas échéant, l’assureur doit rembourser à l’assuré, dans un délai de trente jours à compter de la date d’effet de la résiliation, la partie de prime ou de cotisation correspondant à la période pendant laquelle le risque n’a pas couru, période calculée à compter de ladite date d’effet. A défaut de remboursement dans ces conditions, les sommes dues sont productives d’intérêts au taux légal. Les dispositions du présent article ne sont applicables ni aux assurances sur la vie ni aux contrats de groupe et autres opérations collectives”²⁰.

Este texto legal se completa con la Ley Châtel 2, núm. 2008-3 de 3 enero 2008 *pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, publicada en el JORF de 4 de febrero de 2008 y que entró en vigor el 1 de julio del mismo año, y

¹⁹ En nuestra traducción el texto legal dice: “La duración de contrato y las condiciones de rescisión se fijan en la póliza. Sin embargo, el asegurado tiene derecho de rescindir el contrato a la expiración del plazo de un año, enviando una carta certificada al asegurador al menos dos meses antes de la fecha de vencimiento. Este derecho pertenece, en las mismas condiciones, al asegurador. Puede ser derogada esta regla para los contratos individuales de seguro de enfermedad y para la cobertura de riesgos diferentes a los de los particulares. El derecho a rescindir el contrato cada año debe ser recordado en la póliza. El plazo de rescisión comienza a partir de la fecha que figure en el matasellos de correos”. En la doctrina, NICOLAS, V. “La durée et la résiliation du contrat d’assurance”, T.3, *Le contrat d’assurance, Traité de droit d’assurance*, Librairie de Droit et de Jurisprudence, París, 2002, pp.513-552.

²⁰ Un comentario de esta normativa en BONNARD, J. *Droit des assurances*, Litec, París, 2007, pp.78-80 ; CHAGNY, M et PERDRIX, L., *Droit des assurances*, Librairie de Droit et de Jurisprudence, París 2009, pp. 204-206.

cuyo art. 27 añadió un nuevo precepto al *Code des Assurances*, concretamente el art.L. 112-9, contemplando el derecho de arrepentimiento en las ventas domiciliarias de contratos de seguros. En el art. 26 de esta ley se reconoce el derecho del asegurado a la libre elección de asegurador, modificando el art. L. 312-8 del *Code de Consommation*, respecto a los seguros contratados en el marco de una operación bancaria²¹.

El siguiente peldaño en esta materia está constituido por la Ley Lagarde núm.2010-737 de 1 de julio 2010 *portant réforme du crédit à la consommation* (JORF 2 de julio) que en su art.21 establece el principio de la delegación de seguros, que va a permitir cambiar de asegurador en el ámbito de los seguros de crédito conexos a operaciones bancarias, estableciendo textualmente:

“Sont ajoutés trois alinéas ainsi rédigés : Le prêteur ne peut pas refuser en garantie un autre contrat d'assurance dès lors que ce contrat présente un niveau de garantie équivalent au contrat d'assurance de groupe qu'il propose. Toute décision de refus doit être motivée. Le prêteur ne peut pas modifier les conditions de taux du prêt prévues dans l'offre définie à l'article L. 312-7, que celui-ci soit fixe ou variable, en contrepartie de son acceptation en garantie d'un contrat d'assurance autre que le contrat d'assurance de groupe qu'il propose. L'assureur est tenu d'informer le prêteur du non-paiement par l'emprunteur de sa prime d'assurance ou de toute modification substantielle du contrat d'assurance”²².

Se trata del reconocimiento de la denominada delegación de seguro, que permite hacer frente a la política de incremento de costes de la banca, buscando bajar el precio del seguro de crédito como elemento importante del precio total para el cliente del crédito contratado.

4.2. La Ley Hamon

La Ley francesa núm. 2014 – 344 de 17 de marzo relativa al consumo(JORF 18 de marzo), conocida como Ley Hamon, ha establecido diversas medidas en beneficio de los asegurados en general y consumidores en particular²³.

²¹ “4° *bis* Sauf si le prêteur exerce, dans les conditions fixées par l'article L. 312-9, son droit d'exiger l'adhésion à un contrat d'assurance collective qu'il a souscrit, mentionne que l'emprunteur peut souscrire auprès de l'assureur de son choix une assurance équivalente à celle proposée par le prêteur”. En nuestra traducción diría: “Salvo si el prestamista ejerce, en las condiciones previstas en el art.L312.9, su derecho a exigir la adhesión a un contrato de seguro colectivo que el suscribe, menciona que el prestatario puede suscribir con un asegurador de su elección un seguro equivalente al propuesto por el prestamista.

²² “El prestamista no puede rehusar en garantía otro contrato de seguro, siempre que este nuevo contrato presente un nivel de garantía equivalente al contrato de seguro propuesto. Cualquier decisión de rechace debe ser motivada. El prestamista no puede modificar las condiciones de la tasa del interés del préstamo previstas en la oferta definida en el art. L312-7, cualquiera que fuera fija o variable, en contrapartida de su aceptación en garantía de un contrato de seguro distinto al contrato de seguro de grupo que propone. El asegurador viene obligado a informar al prestamista del impago por el prestatario de su prima de seguro o de cualquier otra modificación sustancial del contrato de seguro”. (traducción del autor).

²³ Cfr. BIGOT, J., “La loi Hamon et le contrat d'assurance”, *Semaine juridique*, núm. 21-22, 2014, pp. 1071-1077 y anteriormente, “Résiliation infra annuelle et renonciation aux contrats d'assurance affinitaires : textes d'application de la loi Hamon”, *Semaine juridique*, núm. 3, 2014, pp. 79-81 ; PELISSIER, A., “La protection par la renonciation et la résiliation : le volet substantiel de la loi Hamon”,

4.2.1. La incidencia de la libertad del asegurado en el ámbito de los seguros conexos a las actividades bancarias

En primer lugar, destaca el establecimiento de medidas para consagrar la libertad contractual del asegurado en el supuesto de seguros vinculados a operaciones de crédito, lo que constituye una medida claramente favorable a la paulatina desaparición de la banca-seguros en el mercado asegurador francés²⁴, pudiendo cambiar de aseguradora y limitando la libertad del asegurado unido a la institución bancaria para poner fin al contrato de seguro en caso de agravación del riesgo.

En concreto, la nueva redacción del *Code des Assurances*, en el art.L.113-12-2, dispone:

“Lorsque le contrat d’assurance a pour objet de garantir, en cas de survenance d’un des risques que ce contrat définit, soit le remboursement total ou partiel du montant restant dû au titre d’un prêt mentionné à l’article L. 312-2 du code de la consommation, soit le paiement de tout ou partie des échéances dudit prêt, l’assuré peut résilier le contrat dans un délai de douze mois à compter de la signature de l’offre de prêt définie à l’article L. 312-7 du même code. L’assuré notifie à l’assureur ou à son représentant sa demande de résiliation par lettre recommandée au plus tard quinze jours avant le terme de la période de douze mois susmentionnée. L’assuré notifie également à l’assureur par lettre recommandée la décision du prêteur prévue au sixième alinéa de l’article L. 312-9 du même code ainsi que la date de prise d’effet du contrat d’assurance accepté en substitution par le prêteur. En cas d’acceptation par le prêteur, la résiliation du contrat d’assurance prend effet dix jours après la réception par l’assureur de la décision du prêteur ou à la date de prise d’effet du contrat accepté en substitution par le prêteur si celle-ci est postérieure. En cas de refus par le prêteur, le contrat d’assurance n’est pas résilié. Ce droit de résiliation appartient exclusivement à l’assuré. Pendant toute la durée du contrat d’assurance et par dérogation à l’article L. 113-4, l’assureur ne peut pas résilier ce contrat d’assurance pour cause d’aggravation du risque, sauf dans certaines conditions définies par décret en Conseil d’Etat, résultant d’un changement de comportement volontaire de l’assuré”²⁵.

Revue générale du droit des assurances, mayo 2014, pp.313 y ss. ; ASTEGIANO-LA RIZZA, A. “La loi Hamon et le Code des assurances”, *Actuassurance*, núm. 37, septiembre, 2014, recurso electrónico de 12 páginas. En esta Ley Hamon destaca el reconocimiento a los consumidores de la acción de clase o grupo, lo que tiene su relieve para el seguro, MAUD, A “Assurance et action de groupe : le volet processuel de la loi Hamon”, *Revue générale du droit des assurances*, junio, 2014, pp. 368 y ss ; GHUELDRE, R y KULLMANN, J. “Réflexions autour de la place de l’assureur dans l’action de groupe”, *Banque et droit*, noviembre 2014, núm. 2HS, pp. 50–52.

²⁴ THOUROT, P., “Crédit immobilier : quel avenir pour l’assurance emprunteur ?”, *Banque stratégie*, noviembre 2014, núm. 330, pp. 12–18. CHARTIER KASTLER, C., “Assurance vie : vers une profonde mutation du paysage de la bancassurance? ”, *Revue banque*, diciembre 2014, núm. 778, pp. 33–34.

²⁵ La traducción de este importante precepto sería : “Cuando el contrato de seguro tiene por objeto garantizar en caso de acaecimiento de uno de los riesgos que el contrato define, ya sea el reembolso total o parcial del importe restante debido del préstamo mencionado en el art. L. 312-2 del Código de consumo, ya sea el pago de todo o parte de los vencimientos del citado préstamo, el asegurado puede rescindir el contrato en el plazo de doce meses a contar de la firma de la oferta de préstamo definida en el

Así pues, el prestatario tiene un derecho a cambiar de seguro, siempre que cumpla los mismos requisitos de garantía.

4.2.2. El reconocimiento de la posibilidad de cambio de entidad aseguradora en determinados ramos de seguros de daños y en el seguro de automóviles

En segundo lugar, con carácter más general, el art. 61 de la Ley Hamon, que ha sido introducido en el Código de Seguros como el art. L113-15-2, proclama la libertad del cambio de asegurador en determinados casos:

“Pour les contrats d'assurance couvrant les personnes physiques en dehors de leurs activités professionnelles et relevant des branches définies par décret en Conseil d'Etat, l'assuré peut, à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la première souscription, résilier sans frais ni pénalités les contrats et adhésions tacitement reconductibles. La résiliation prend effet un mois après que l'assureur en a reçu notification par l'assuré, par lettre ou tout autre support durable.

Le droit de résiliation prévu au premier alinéa est mentionné dans chaque contrat d'assurance. Il est en outre rappelé avec chaque avis d'échéance de prime ou de cotisation.

Lorsque le contrat est résilié dans les conditions prévues au premier alinéa, l'assuré n'est tenu qu'au paiement de la partie de prime ou de cotisation correspondant à la période pendant laquelle le risque est couvert, cette période étant calculée jusqu'à la date d'effet de la résiliation. L'assureur est tenu de rembourser le solde à l'assuré dans un délai de trente jours à compter de la date de résiliation. A défaut de remboursement dans ce délai, les sommes dues à l'assuré produisent de plein droit intérêts au taux légal.

Pour l'assurance de responsabilité civile automobile définie à l'article L. 211-1 et pour l'assurance mentionnée au g de l'article 7 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, le nouvel assureur effectue pour le compte de l'assuré souhaitant le rejoindre les formalités nécessaires à l'exercice du droit de résiliation dans les conditions prévues au premier alinéa du présent article. Il s'assure en particulier de la permanence de la couverture de l'assuré durant la procédure.

art. 312.7 del mismo Código. El asegurado notifica al asegurador o a su representante su solicitud de rescisión por carta certificada como muy tarde a los quince días antes del término del periodo de doce meses mencionado. El asegurado igualmente notifica al asegurador por carta certificada la decisión del prestamista prevista en el párrafo sexto en el art. L. 312.9. del mismo Código, así como la fecha de toma de efecto de contrato de seguro aceptado en sustitución por el prestamista.. En caso de aceptación por el prestamista, la rescisión del contrato toma efecto a los diez días después de la recepción por el asegurador de la decisión del prestamista o la fecha de efecto del contrato aceptado en sustitución por el prestamista si esta fuera posterior. En caso de rechazo por el prestamista, el contrato de seguro no es rescindido. Este derecho de rescisión pertenece exclusivamente al asegurado. Durante toda la duración del contrato de seguro y por derogación del art. L. 113-4, el asegurador no puede rescindir este contrato por causa de agravación del riesgo, salvo en ciertas condiciones definidas por Decreto del Consejo de Estado , cuando resulte de un cambio de comportamiento voluntario del asegurado”.

Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités et conditions d'application du présent article²⁶.

Este Decreto se ha concretado en el nº 2014-1685 de 29 diciembre 2014 relativo a la resolución en cualquier momento de los contratos de seguro y permitiendo la aplicación del art. L. 113-15-2 del Código de Seguros (JORF 31 diciembre 2014), que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2015.

En este Decreto, que se ha incluido en el Código de Seguros con los números R.113-11 y 12, precisando en el primero de los preceptos los ramos de seguros afectados, que son concretamente: el ramo de vehículos a motor (3) y el ramo de responsabilidad civil automovilista (10), así como el ramo de incendios y elementos naturales (8), otros daños a los bienes (9) y responsabilidad civil general (13), que incluya una garantía que cubra la responsabilidad del propietario, del copropietario y del ocupante del inmueble. Ulteriormente se menciona a los ramos 9, 13 y 16 (pérdidas pecuniarias diversas), en su apartado c) mal tiempo y en el apartado j) pérdidas pecuniarias no comerciales, siempre que constituyan un complemento de un bien o de un servicio vendido por un suministrador.

Por su parte, el art. R113-12 contempla los distintos supuesto de aplicación del precepto, cuando el asegurado denuncia la renovación tácita con posterioridad a la fecha límite de ejercicio del derecho de denuncia del contrato, cuando el asegurado solicita la resolución del contrato fundándose en un motivo previsto por el Código de Seguros cuando constata que el mismo no le es aplicable, y finalmente, cuando el asegurado no precisa el fundamento de su derecho de resolución²⁷.

²⁶ En nuestra traducción, el texto legal dispone: “Para los contratos de seguros que cubran a las personas físicas fuera de sus actividades profesionales y que se encuentren dentro de los ramos definidos por Decreto del Consejo de Estado, el asegurado puede, una vez transcurrido el plazo de un año a contar desde la primera suscripción, resolver sin gastos ni penalidades los contratos y adhesiones tácitamente renovables. La resolución tiene efecto un mes después que el asegurador haya recibido la notificación del asegurado por carta o por cualquier otro soporte duradero. El derecho de resolución previsto en el párrafo primero debe ser recogido en todo contrato de seguro. Debes ser recordado en cada aviso de vencimiento de prima de cotización. Cuando el contrato sea resuelto en las condiciones previstas en el primer párrafo, el asegurado solo está obligado al pago de la parte de prima o de cotización correspondiente al periodo durante el cual el seguro ha sido cubierto. El asegurador viene obligado a desembolsar el saldo al asegurado en el plazo de treinta días a contar desde la fecha de la resolución. A falta de reembolso en el citado plazo, la cantidad debida al asegurado produce de pleno derecho intereses al interés legal. Para el seguro de responsabilidad civil del automóvil definido en el artículo L 211-1 y para el seguro mencionado en el apartado g del artículo 7 de la Ley nº 89-462 de 6 de julio de 1989 tendente a mejorar las relaciones de alquiler y modificando la Ley nº 86-1290 de 23 de diciembre de 1986, el nuevo asegurador efectúa por cuenta del asegurado que lo desee las formalidades necesarias para el ejercicio del derecho de resolución en las condiciones previstas en el párrafo primero del presente artículo. Se asegura en concreto del mantenimiento de la cobertura del asegurado durante el procedimiento. Un Decreto del Consejo de Estado precisa las modalidades y condiciones de aplicación del presente artículo”.

²⁷ El texto francés dice así: “*Art. R. 113-12. – I. – Pour les contrats mentionnés à l’article R. 113-11, lorsque sont remplies les conditions de résiliation prévues à l’article L. 113-15-2, l’assureur applique les dispositions de cet article: « 1° Lorsque l’assuré dénonce la reconduction tacite du contrat en application de l’article L. 113-15-1, postérieurement à la date limite d’exercice du droit de dénonciation du contrat; « 2° Lorsque l’assuré demande la résiliation du contrat en se fondant sur un motif prévu par le code des assurances dont l’assureur constate qu’il n’est pas applicable; « 3° Ou lorsque l’assuré ne précise pas le fondement de sa demande de résiliation”.*

El apartado segundo de este precepto reglamentario establece que desde el momento de la recepción de la solicitud de resolución, ya sea directamente por parte del asegurado (se debe resaltar que en la normativa francesa no se distingue como en la española entre tomador o contratante y asegurado o titular del interés), ya sea por parte del nuevo asegurador, el asegurador cuyo contrato queda resuelto debe remitir por soporte duradero al asegurado una comunicación en la que le informe de la fecha de efecto de la resolución y que le recuerde del derecho a ser reembolsado del saldo en el plazo de 30 días a contar desde esta fecha²⁸.

Los restantes apartados del precepto disciplinan el procedimiento para que el nuevo asegurador de la responsabilidad civil automovilista se comunique con el anterior asegurador y realice el cambio sin ningún supuesto de descubertura en daño del asegurado²⁹.

El art. 2 del Decreto legitima a diversos Ministerios para la ejecución de la norma.

Esta normativa, orientada a la tutela del consumidor, en un momento de crisis y de necesaria reducción de los gastos, pretende reforzar la competencia entre los aseguradores y promover una activa bajada de los precios del seguro, debiendo subrayarse que la medida legislativa no se extiende a los seguros de personas, ni tampoco a los seguros de prestación de servicios, por lo que el objetivo de esta

²⁸ II. – Pour les contrats mentionnés à l'article R. 113-11, dès réception de la demande de résiliation, que cette demande émane de l'assuré ou qu'elle soit effectuée pour le compte de ce dernier par le nouvel assureur selon les modalités définies au III, l'assureur communique par tout support durable à l'assuré un avis de résiliation l'informant de la date de prise d'effet de la résiliation, en application du premier alinéa de l'article L. 113-15-2. Cet avis rappelle à l'assuré son droit à être remboursé du solde mentionné au troisième alinéa de l'article L. 113-15-2 dans un délai de trente jours à compter de cette date. Cfr. ACEDO, S., "Loi Hamon. Le grand chambardement?", *L'Argus de l'assurance*, núm. 7391, 16 enero 2015, p 15

²⁹ "III. – L'assuré qui souhaite procéder à la résiliation de contrats visés au quatrième alinéa de l'article L. 113-15-2, en vue de contracter avec un nouvel assureur, en transmet la demande à ce dernier par lettre ou tout support durable. Dans sa demande, l'assuré manifeste expressément sa volonté de résilier son contrat en cours et de souscrire un nouveau contrat auprès du nouvel assureur. Ce dernier doit être en mesure de justifier de la demande qui lui est adressée par l'assuré, avant de procéder aux formalités prévues à ce quatrième alinéa. Le nouvel assureur notifie alors au précédent assureur la résiliation du contrat de l'assuré par lettre recommandée, y compris électronique. La notification mentionne le numéro du contrat, le nom du souscripteur, le nom du nouvel assureur choisi par l'assuré. Elle rappelle que le nouvel assureur s'assure de la continuité de la couverture de l'assuré durant l'opération de résiliation. La date de réception de la notification de résiliation est présumée être le premier jour qui suit la date d'envoi de cette notification telle qu'elle figure sur le cachet de la poste de la lettre recommandée ou, s'il s'agit d'une lettre recommandée électronique, sur la preuve de son dépôt selon les modalités prévues à l'article 2 du décret no 2011-144 du 2 février 2011 relatif à l'envoi d'une lettre recommandée par courrier électronique pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat. Le nouveau contrat ne peut prendre effet avant la prise d'effet de la résiliation de l'ancien contrat. Pour les contrats d'assurance mentionnés au 1o de l'article R. 113-11, lorsque l'assuré le lui demande, l'ancien assureur transmet dans les meilleurs délais, et au maximum dans un délai de quinze jours, au nouvel assureur le relevé d'information prévu à l'article 12 de l'annexe à l'article A. 121-1. IV. – Lorsque, pour les contrats visés au quatrième alinéa de l'article L. 113-15-2, la demande de résiliation est adressée directement par l'assuré à l'ancien assureur, ce dernier l'informe, par tout support durable, dès réception de cette demande, de son droit à résiliation dans les conditions prévues à ce même quatrième alinéa".

normativa parece referirse, especialmente, a los seguros del automóvil, que tanta importancia tienen en la economía doméstica de la familia consumidora.

5. CONCLUSIONES

A diferencia de lo acaecido en el Derecho francés con la Ley Hamon, el equivalente español a la hora de la recepción en nuestro Derecho de la Directiva comunitaria 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DUE 22 de noviembre), la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE 28 de marzo), no ha extendido su ámbito de aplicación al fenómeno asegurador, quizás porque el contrato de seguro se encuentra sometido desde hace tiempo a una dinámica interna de modificación en la que la fuerza impelente ha sido la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, animada por los aseguradores, que se encuentran especialmente preocupados por el mantenimiento del interés sancionador del 20% anual, cuando transcurran dos años desde el acaecimiento del siniestro³⁰.

Por este motivo, se hace especialmente difícil el que la libertad de cambio de entidad aseguradora se actualice en nuestro Derecho, a través de una reforma legislativa dirigida a dinamizar la competencia y a favorecer la bajada de los precios del seguro de los ramos fundamentales de daños, lo que afectaría de forma primordial a los seguros multirriesgos, en los que la cobertura del incendio y del robo constituye una pieza angular, junto con la responsabilidad civil general.

Por otro lado, el cambio de entidad aseguradora también puede ser interesante, para el bolsillo del consumidor, en el caso de los seguros relacionados con los vehículos de motor, entre los que obviamente destaca el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística³¹, en su función de cobertura de los perjudicados de los accidentes

³⁰ Se debe hacer especial hincapié en que en la reforma integradora de la Ley de Contrato de Seguro por su inclusión en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección del Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación de 11 de junio de 2013, el art. 591-19 ha hecho desaparecer el interés del 20 % anual para en su lugar establecer el interés legal del dinero incrementado en un 50 % a partir del transcurso del plazo de tres meses desde la fecha de producción del siniestro.

³¹ Paralelamente, en el Derecho italiano, el Decreto Ley nº 179 de 18 de octubre de 2012 sobre ulteriores medidas urgentes para el crecimiento del país, ha modificado el art. 170 bis del *Codice delle assicurazioni* para prohibir la tácita renovación en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilista (art. 22.1). En el apartado 14 de este mismo precepto, se modifica el art. 2952.2 del *Codice Civile*, ampliando el plazo de prescripción del seguro y del reaseguro a diez años. Curiosamente, el plazo inicial de un año había sido incrementado a dos por la Ley 166/2008, de 28 de octubre. Anteriormente, el Decreto Ley nº 1, de 24 de enero de 2012, en su art. 28 había establecido la obligatoriedad en los supuestos de seguros

de tráfico, lo que constituye hoy día una asignatura pendiente de nuestro Derecho, a la vista de que el célebre baremo de automóviles, que tanto éxito ha alcanzado en nuestros Tribunales como parámetro para la indemnización del daño corporal de las víctimas de todo tipo de negligencia, salvo casos muy puntuales como puede ser el del terrorismo³².

Con independencia de este efecto favorable para los consumidores, surge la cuestión del influjo de esta medida en el sector asegurador, en el que la posesión y propiedad de la cartera de seguros tiene una gran trascendencia, no solamente en las operaciones de modificaciones estructurales de la sociedad de seguros, especialmente en la denominada cesión de cartera, contemplada en el art. 23 TRLOSSP y en el art. 70 ROSSP, que permite el cambio de titularidad de un conjunto de asegurados, que no constituye una modificación del vínculo contractual, en la medida en que los asegurados transmitidos conservan los mismos derechos y obligaciones frente al asegurador cesionario de la cartera.

También la facilidad de cambio de entidad aseguradora puede plantear problemas a los mediadores de seguros en general y de forma especial a los corredores de seguros, especialmente a través de la práctica de la venta de seguros por internet, concretamente por los denominados “comparadores de seguros”, huérfanos de una normativa y que plantean problemas de configuración jurídica por la existencia de conflicto de intereses, en la medida en que ofertan al mismo tiempo seguros equivalentes, sin la realización de un correcto análisis comparativo, puesto que el precio no es el único elemento relevante para la adopción de una determinada aseguradora, como preferible frente a otra competidora.

En suma, es deseable que el legislador de seguros español adopte, con rapidez, medidas equivalentes a las propiciadas por la Ley Hamon, para que los consumidores podamos cambiar de aseguradoras con mayor libertad y por parte de estas se acreciente la labor de fidelización de la clientela, de manera que la antigüedad del cliente sea un factor a tener en cuenta en el momento del pago de la prima.

unidos a contratos bancarios, la existencia de dos ofertas de grupos aseguradores diferentes al predisponente bancario. También los arts. 29 a 34 de esta norma se dirigen a mejorar la tutela del consumidor en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilista. Vid. LANDINI, S., “Divieto di rinnovo automatico e commercializzazione dei contratti di assicurazione per la responsabilità civile automobilistica”, *Assicurazioni*, núm. 2, 2013, pp. 181-192.

³² Vid. TIRADO SUAREZ. F. J., “Sentencia del Tribunal Supremo sobre el 11-M. Resarcimiento de las víctimas”. *Mercado Previsor*, núm. 498, 2008, pp. 28-29.

EL CONTRATO DE COMISIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL*

ANA MARÍA TOBÍO RIVAS**

Resumen

El trabajo tiene por objeto examinar la regulación del contrato de comisión, que constituye el prototipo de los contratos de colaboración empresarial, en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil y compararla con la que actualmente se prevé en el Código de comercio. Para ello, se abordan los aspectos más importantes de su régimen jurídico, tales como el propio concepto y perfección del contrato, los modos de actuación del comisionista, la posición jurídica de comitente y comisionista, o las causas específicas de su extinción. Se dedica también una particular atención a determinados supuestos especiales de comisión, como la autoentrada del comisionista, las aplicaciones de comisiones, la comisión de garantía, así como la comisión de transporte, que en la regulación proyectada presentan importantes modificaciones. Como resultado de este análisis se pone de relieve la modernización y simplificación del régimen jurídico del contrato de comisión, que mantiene sus líneas esenciales, pero que, al mismo tiempo, incorpora relevantes novedades, algunas de ellas ampliamente demandadas por la doctrina. Asimismo, se introduce una mejor y más depurada técnica jurídica, así como una clarificación de su regulación. No obstante, también se constata la existencia de algunas deficiencias y carencias en su régimen jurídico que deberían ser corregidas.

Contenido

1. Introducción. – 2. Encuadramiento sistemático del contrato de comisión en el ALCM. – 3. Concepto del contrato de comisión y principales características. – 4. Perfección del contrato de comisión. – 5. Modos de actuación del comisionista. – 6. Posición jurídica del comisionista. – 6.1. Desempeño de la comisión. – 6.2. Responsabilidad del comisionista. – 6.3. El derecho de retención del comisionista y eliminación del derecho de preferencia. – 7. Posición jurídica del comitente. – 8. Supuestos especiales de comisión. – 8.1. Autoentrada del comisionista y aplicaciones de comisiones. – 8.1.1. Autoentrada del comisionista. – 8.1.2. Aplicaciones de comisiones. – 8.2. Comisión de garantía. – 8.3 La comisión de transporte: una incógnita. – 9. Extinción del contrato de comisión: causas específicas. – 10. Conclusiones.

* El trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación “La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: competencia, liberalización y responsabilidad” (DER2012-37543-C03-01), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

** Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad de Vigo.

1. INTRODUCCIÓN

El contrato de comisión constituye el prototipo de los contratos de colaboración empresarial. Este contrato de larga tradición histórica reviste una gran importancia en el desarrollo de la actividad económica, puesto que permite a los operadores económicos expandir su negocio utilizando la colaboración de otros empresarios, casi siempre especializados en el sector económico de que se trate, que van a desempeñar su cometido gestionando intereses ajenos. Por otra parte, a su alrededor han ido surgiendo, por un lado, distintas clases de comisión –por ejemplo, en el ámbito de los seguros, de los transportes o del mercado de valores- e, igualmente, han ido apareciendo paulatinamente diversos tipos de contratos de colaboración, algunos de gran relevancia en la actualidad –tales como la agencia, mediación, e incluso distribución-.

Este modesto trabajo pretende ser una pequeña contribución al merecido homenaje que se dedica al Prof. Dr. Rafael Illescas Ortiz (o simplemente Rafael, incluso para los que éramos más advenedizos en la carrera universitaria). Precisamente fue el Prof. Rafael Illescas quien, de alguna forma, me introdujo en el mundo de la colaboración empresarial. Él mismo recordará que, cuando estaba decidiendo un tema sobre el cual investigar para realizar el ejercicio de la Cátedra, le planteé mi deseo de hacerlo en el sector del Derecho del transporte y Rafael me aconsejó tratar una figura de la colaboración en el transporte, la del transitario (*freight forwarder*). Precisamente desde entonces, la colaboración empresarial, sobre todo en el ámbito del transporte, ha sido una de las líneas de investigación que he seguido en los últimos años.

Asimismo, con esta humilde contribución deseo mostrar mi admiración, respeto y agradecimiento hacia la persona del Prof. Rafael Illescas. La admiración y el respeto es público y notorio, pues el Prof. Illescas es una autoridad nacional e internacional en el sector del Derecho mercantil. El agradecimiento personal tiene, en este caso, un carácter más privado, que nace desde mi incorporación a la Universidad Carlos III de Madrid, allá por el año 1991, cuando el Prof. Illescas me recibió, literalmente, con los brazos abiertos, mostrándome toda su ayuda y apoyo. En aquellos momentos en que iniciaba su andadura esa Universidad situada en el sur de la comunidad madrileña, procedente Rafael del sur de España –Andalucía- y yo del norte –Galicia-, confluimos en el centro de la península para compartir durante bastante años trabajo, colaboración y amistad. Esa relación académica y, sobre todo, personal, se afianzó y prolongó a lo largo del tiempo hasta la actualidad. Ese trato me permitió apreciar y admirar, no sólo sus conocimientos en la ciencia jurídica y su trayectoria profesional, sino también, lo que es de suma relevancia, su calidad humana y personal. De Rafael he adquirido conocimientos, no sólo de carácter jurídico, sino también vitales, una forma de ser, estar y una actitud positiva ante la vida y el mundo que nos rodea.

Así pues, siguiendo esa línea de investigación sobre la colaboración empresarial, parece oportuno, ante la publicación del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil (ALCM), aprobado por el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014, examinar la regulación allí prevista para el contrato de comisión, el paradigma de los contratos de colaboración, y compararla con la que actualmente se prevé en el Cco (arts. 244 a 280).

Con carácter general se puede señalar que la regulación de contrato de comisión en el ALCM moderniza y simplifica su régimen jurídico respecto de lo que se dispone en el actual Cco, manteniendo sus líneas esenciales, aunque incorporando algunas novedades, que se expondrán a lo largo de este trabajo. Por otra parte, se incluye una sistemática en su regulación, con una división en distintos apartados, inexistente en la actual disciplina del contrato de comisión en el Cco, que propicia una mayor claridad de su régimen jurídico¹. Además, la proyectada regulación introduce una mejor y más depurada técnica jurídica.

Cabe resaltar que el contrato de comisión se concibe en el ALCM con un carácter general, como un mecanismo jurídico que permite que un empresario –el comisionista- realice cualquier clase de operación o negocio mercantil por cuenta y en interés de otro –el comitente-. Así pues, la regulación del PLCM ya no se centra sobre todo en la comisión de compra o de venta –que había sido el origen de su nacimiento histórico-, si bien en algunas ocasiones, tal y como se comprobará, se aprecian todavía ciertas reminiscencias de ese tipo de comisión.

2. ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO DEL CONTRATO DE COMISIÓN EN EL ALCM

La regulación del contrato de comisión en el ALCM figura dentro del Libro quinto, dedicado a los contratos mercantiles en particular, en el Capítulo I del Título IV, que disciplina los contratos de colaboración. En este Título, además del contrato de comisión, también se regulan los contratos de agencia, estimatorio, mediación mercantil y de participación. Así pues, constituye una novedad la inclusión en el ALCM de la categoría jurídica de los contratos de colaboración, que si bien había sido reconocida y utilizada por la doctrina y la jurisprudencia, ahora se convierte en un concepto legal².

La categoría de los contratos de colaboración tiene como elemento común la gestión de negocios e intereses ajenos, aunque se desarrolla de distinta forma según el tipo de contrato de que se trate³. La doctrina ha señalado que, aunque no se han establecido disposiciones generales comunes a esta categoría de contratos, su régimen jurídico deberá integrarse con otras normas del ALCM, en particular con lo dispuesto en el Libro IV sobre obligaciones y contratos mercantiles en general⁴.

¹ La Exposición de Motivos del PLCM (ap. VI-75), indica expresamente que la regulación del Código de comercio se mantiene “aunque con una sistemática nueva más acorde con la técnica legislativa actual ...”.

² Así lo pone de relieve GÓMEZ SEGADE, J. A., “Los contratos de colaboración”, en VV. AA., *Hacia un nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 483-504, p. 483, quien subraya, además, que se trata de una innovación relevante, no sólo en el Derecho positivo español, sino también en el ámbito internacional.

³ No obstante, la Exposición de Motivos del ALCM (ap. VI-74), de una forma muy ambigua, señala que estos contratos “presentan como característica fundamental tener como causa común servir de cauce a la cooperación entre empresarios que desarrollan actividades complementarias, de modo que unos se sirven de auxilio de los otros para poder realizar de manera más eficiente determinados negocios” (vid. una crítica a esta manifestación en GÓMEZ SEGADE, “Los contratos ...”, *op. cit.*, p. 486).

⁴ GÓMEZ SEGADE, “Los contratos ...”, *op. cit.*, p. 486.

Cabe asimismo destacar que, dentro de la regulación de la comisión mercantil en el ALCM, ya no se incluyen a los auxiliares del empresario, a diferencia del actual Cco, que califica como otras formas de mandato mercantil a las relaciones jurídicas entabladas con los factores, dependientes y mancebos (sección 2ª del Título III dedicado a la comisión mercantil), lo cual había sido muy criticado por la doctrina. En el ALCM los auxiliares del empresario (apoderados generales y singulares) se regulan en el Título II del Libro primero, bajo el epígrafe “(D)e la representación del empresario”.

Por tanto, el contrato de comisión constituye, como ya se ha señalado, el típico contrato de colaboración, que se disciplina en los arts. 541-1 a 541-16 del ALCM, y cuya regulación examinaremos a continuación.

3. CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMISIÓN Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

El ALCM ha intentado mejorar el concepto de contrato de comisión que ofrece el actual Cco, pero lo cierto es que adolece de cierta confusión que no parece que sea lo más deseable. El art. 541-1 del ALCM establece que “(L)a comisión es el mandato para realizar actividades a las que se refiere el artículo 001-2 de este Código, conferido por una persona, denominada comitente, a otra, denominada comisionista, que se dedica profesionalmente a hacer encargos por cuenta de otros o a realizar actividades que sean de la misma clase que el encargo recibido”.

En primer lugar, la definición recalca, al igual que el actual art. 244 del Cco, que la comisión es un mandato (el “mandato mercantil”) y, por tanto, se trata de un negocio de gestión de intereses ajenos.

En segundo lugar, se prevé que los elementos personales del contrato de comisión son el comitente y el comisionista. El actual Cco indica que el comitente o el comisionista debe ser comerciante o agente mediador de comercio. Esta precisión había sido bastante criticada, puesto que la referencia a “agente mediador de comercio” parecía superflua y, por otra parte, habitualmente el comisionista es un profesional dispuesto a colaborar con otros empresarios⁵. El ALCM ha intentado corregir estas objeciones, estableciendo que el comisionista se debe dedicar a hacer encargos por cuenta de otros o a realizar actividades que sean de la misma clase que el encargo recibido. Cabe observar que el proyectado texto legal amplía incluso la configuración del comisionista, respecto de lo que había considerado la doctrina, puesto que no sólo puede tratarse de un profesional de la colaboración (“dedicarse a hacer encargos por cuenta de otros”), sino que puede tratarse asimismo de un empresario que realiza actividades de la misma clase que el encargo recibido, aunque no se dedique

⁵ ANGULO RODRÍGUEZ, L., “El contrato de comisión”, en VV. AA., *Derecho mercantil*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., DÍAZ MORENO, A. (coords.), Vol. 5, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 103-120, pp. 107-108; VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Contratos de intermediación”, en VV. AA., *Contratos mercantiles*, DE LA CUESTA RUTE, J. M^a. (dir), VALPUESTA GASTAMINZA, E. (coord.), t. I, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 673-761, p. 676; GARCÍA LUENGO, R., “El contrato de comisión”, en VV. AA., *Contratos mercantiles*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (dir.), t. I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 608-635, pp. 609-610.

profesionalmente a colaborar con otros empresarios. Respecto de la condición que debe tener el comitente nada dice el art. 541-1 del ALCM, al menos de forma expresa o directa. No obstante, la índole del comitente se puede deducir de la referencia que se hace al ámbito objetivo –si bien con cierta dosis de confusión–, es decir, la actividad objeto de la comisión, al que nos referiremos seguidamente.

En tercer lugar, el art. 541-1 del ALCM trata de delimitar las actividades que pueden ser objeto de la comisión. El actual art. 244 Cco indica que la comisión puede tener por objeto un acto u operación de comercio, por lo que propugna una configuración amplia de dicho contrato, puesto que puede tratarse de cualquier tipo de actividad mercantil. La determinación del ámbito objetivo de la comisión en el ALCM produce, en una primera impresión, una cierta perplejidad porque se remite a las actividades a las que se refiere el art. 001-2 del mismo Código Mercantil que, paradójicamente, trata sobre el “ámbito subjetivo”⁶, dentro de la regulación del ámbito de aplicación de dicho Código. Por ello, se podría pensar que la remisión debería hacerse al art. 001-3, que regula el “ámbito objetivo”⁷. Esto parece que sería lo más coherente⁸. Sin embargo resulta extraño que la remisión al art. 001-2 del ALCM pueda considerarse un error, máxime cuando también la noción del contrato de agencia, que se proporciona en el art. 542-1 del ALCM, realiza igualmente una remisión al mismo precepto. Por ello, si consideramos que la referencia al art. 001-2 del ALCM es

⁶ El mencionado precepto establece lo que sigue:

“1. A los efectos de este Código son operadores del mercado y quedan sujetos a sus normas:

a) Los empresarios. Se consideran empresarios:

1º. Las personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales.

2º. Las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de las actividades indicadas en el número anterior.

3º. Las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto.

b) Las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado.

c) Las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en este artículo, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades.

2. Se consideran operadores del mercado las sociedades o entidades no constituidas conforme al Derecho español que ejerzan en España alguna de las actividades expresadas.”

⁷ El art. 001-3 del ALCM dispone lo siguiente:

“1. Son mercantiles y quedan sujetos a las normas del presente Código:

a) Los actos y contratos en que intervenga un operador del mercado sujeto a este Código conforme al artículo 001-2 y cuyo contenido principal pertenezca a las correspondientes actividades expresadas en ese artículo.

b) Los actos y contratos que, por razón de su objeto o del mercado en que se celebren, el Código califica de mercantiles.

c) Los actos de competencia en el mercado.

2. Cuando en los actos y contratos referidos en el apartado anterior intervenga un consumidor, la aplicación de las normas de este Código se hará sin perjuicio de la legislación protectora de los consumidores.”

⁸ En este sentido GÓMEZ SEGADE, “Los contratos ...”, *op. cit.*, p. 489, manifiesta que “(S)alvo que se trate de una errata, no se entiende la referencia al artículo 01-2 del ALCM (que se ocupa del ámbito subjetivo del Código Mercantil) pues la remisión debiera ser al artículo 01-3, en el que se enumeran las actividades que constituyen el ámbito objetivo del Código Mercantil”.

intencional, habrá que intentar descubrir la razón de dicha remisión. En nuestra opinión con esa medida se está intentando delimitar tanto el objeto de la comisión –si bien de una forma indirecta- como la configuración del comitente, que será un operador del mercado, que se concibe por el ALCM de una forma amplia, puesto que no sólo se incluyen en su concepto a los empresarios, sino también a sujetos no empresarios, tales como personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado, igualmente las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en dicho artículo –art. 001-2 del ALCM-, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades.

Así pues, en la definición del contrato de comisión que proporciona el art. 541-1 del ALCM habrá que entender que el comitente será un “operador del mercado” - concebido de la forma que se indica en el art. 001-2 del ALCM-. En cuanto al ámbito objetivo, es decir, las actividades que pueden ser objeto del contrato de comisión, se presupone que serán aquellas que realicen los operadores del mercado y que se reputen como mercantiles. Según el art. 001-3, 1, a) del ALCM, son mercantiles y quedan sujetos a las normas de dicho Código “los actos y contratos en que intervenga un operador del mercado sujeto a este Código conforme al artículo 001-2 y cuyo contenido principal pertenezca a las correspondientes actividades expresadas en ese artículo”.

En todo caso, debemos poner de manifiesto que, debido a esa remisión sin más al art. 001-2 del ALCM, la noción del contrato de comisión es confusa y padece de una falta de la necesaria claridad que hubiera sido deseable para evitar cualquier tipo de especulación o interpretación que puede llevar a un resultado diferente al querido por el legislador.

Por último, el ALCM proclama el carácter mercantil del contrato de comisión que se ajuste a los términos previstos por el art. 541-1, y que sirven para diferenciarlo del contrato civil de mandato⁹. Como indica la E. de M. del ALCM, en este caso el ineludible carácter mercantil del contrato de comisión se debe a la necesaria participación de una empresa o un operador del mercado en la relación contractual y, para que no exista duda, en el artículo correspondiente se dispone de manera explícita que el contrato en cuestión es siempre mercantil¹⁰.

En el concepto de comisión que proporciona el art. 541-1 del ALCM no se hace ninguna referencia a su duración, a diferencia, por ejemplo, de la noción del contrato de agencia que se ofrece en el art. 542-1 del ALCM (y en el actual art. 1 de la Ley 12/1992 del contrato de agencia), que proclama el carácter duradero y de tracto sucesivo del mismo. Por ello, estimamos que hubiera sido conveniente poner de manifiesto también en su definición el carácter esporádico o de tracto instantáneo que presenta el contrato de comisión, aunque se pueda sobreentender dicha característica.

⁹ GÓMEZ SEGADE, “Los contratos ...”, *op. cit.*, p. 488, señala que, por lo que se refiere a la mercantilidad de los contratos de colaboración [entre ellos el contrato de comisión], no hay ninguna duda, desde el momento que se tipifican y regulan en el ALCM.

¹⁰ Apartado VI-5 de la E. de M. del ALCM.

4. PERFECCIÓN DEL CONTRATO DE COMISIÓN

La línea apuntada de simplificación del régimen jurídico de la comisión se manifiesta también en la regulación de la perfección del contrato. En el art. 541-2 del ALCM se indica que la comisión se perfecciona por la aceptación del encargo por el comisionista¹¹. A continuación se prevé un supuesto de aceptación tácita cuando se establece que la aceptación se presume siempre que el comisionista realice alguna gestión en el desempeño del encargo recibido¹². El contrato de comisión tiene carácter consensual, en virtud de lo dispuesto por el art. 413-1, ap. 1, del ALCM¹³.

En caso de que el comisionista no acepte el encargo, el art. 541-2, ap. 2, del ALCM dispone que deberá comunicarlo inmediatamente al comitente y, si no lo hiciese, deberá responder de los daños y perjuicios que por ello sobrevengan a este último.

En relación con este supuesto de rechazo del encargo por parte del comisionista cabe realizar dos precisiones. Por una parte, la redacción del precepto del ALCM es similar al actual art. 248 Cco, aunque se eliminó la previsión expresa de que, en ese caso, el comisionista debería prestar la debida diligencia en la custodia y conservación de los efectos que el comitente le hubiese remitido hasta que el comitente designase nuevo comisionista, o hasta que un juez o tribunal se hubiese hecho cargo de los efectos a solicitud del comisionista. La eliminación de esta carga o exigencia supone un beneficio para la posición del comisionista. No obstante, hay tener en cuenta la posible existencia de responsabilidad en la que podría incurrir el comisionista en esa fase contractual derivada de *culpa in contrahendo*.

Por otra parte, la necesidad de que el comisionista comunique inmediatamente al comitente el rechazo del encargo se ha venido considerando como una carga u obligación de carácter legal y no contractual, ya que el contrato no se ha celebrado, que sólo se justificaría cuando el comisionista es un profesional dedicado a la realización de encargos por cuenta ajena¹⁴. En el ALCM el fundamento de esa carga legal en realidad sólo se cumpliría parcialmente, puesto que, como ya se expuso, el art. 541-1 exige que el comisionista se dedique profesionalmente a hacer encargos por cuenta de otros o bien a realizar actividades que sean de la misma clase que el encargo recibido. En este último caso en realidad el comisionista no sería un “profesional de la comisión”, es decir, no se trataría de un empresario dedicado a realizar con habitualidad encargos por cuenta ajena,

¹¹ El artículo es acorde con el art. 413-1, ap. 2, del propio ALCM, que dispone: “Los contratos mercantiles se perfeccionarán mediante la mera aceptación de una oferta. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación”.

¹² Este precepto también es coherente con el art. 413-1, ap. 2, del ALCM, que señala: “Se considerará que existe aceptación de la oferta en el momento en que el destinatario realice algún acto que suponga asentimiento como consecuencia del contenido de la oferta, de las prácticas habituales vigentes entre las partes o de los usos”.

¹³ Este artículo prevé que “(S)alvo disposición contraria de la ley, los contratos mercantiles se perfeccionan, modifican y extinguen por el mero consentimiento”.

¹⁴ ANGULO, “El contrato ...”, *op. cit.*, p. 111; VALPUESTA GASTAMINZA, “Contratos ...”, *op. cit.*, p. 679; GARCÍA LUENGO, “El contrato ...”, *op. cit.*, p. 615; BUSTO LAGO, J. M., “Contratos de prestación de servicios y realización de obras. Contrato de comisión”, en VV. AA., *Tratado de contratos*, 2ª ed., t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 3518-3544, pp. 3521-3522.

por lo que la especial responsabilidad que se le exige, en caso de que no comunique inmediatamente el rechazo de la comisión, puede ser excesiva en ese supuesto.

5. MODOS DE ACTUACIÓN DEL COMISIONISTA

El ALCM sigue estableciendo, al igual que el vigente Cco, dos formas de actuación del comisionista, según que contrate en nombre propio o de su comitente, aunque en cualquiera de los dos casos siempre por cuenta del comitente¹⁵. Esto último, la necesaria actuación por cuenta del comitente, se destaca de forma expresa en el ALCM, a diferencia de la regulación actual del Cco que guarda silencio al respecto¹⁶. Consideramos positiva la referencia a la actuación por cuenta ajena, pues, como ya se indicó, es una de las características típicas del contrato de comisión y de otros contratos de colaboración empresarial y de gestión de negocios ajenos¹⁷.

Así pues, nuestro Ordenamiento jurídico admite la actuación del comisionista utilizando dos tipos de representación, directa e indirecta, con los distintos efectos jurídicos que produce una y otra, y que son regulados en el art. 541-3 del ALCM.

Parece oportuno recordar aquí que otros Ordenamientos jurídicos regulan de distintas formas el mecanismo de la representación. Algunos de ellos, por ejemplo, los sistemas jurídicos anglosajones, no reconocen tal distinción. Pero incluso dentro de los Derechos continentales europeos la regulación difiere. En algunas de estas legislaciones la disciplina del contrato de comisión sólo prevé el mecanismo de la representación indirecta —el comisionista contrata en nombre propio aunque por cuenta del comitente—, por lo demás, recuerda también el origen histórico del contrato de comisión, que se articulaba en base a ese tipo de actuación¹⁸.

Como ya se ha indicado, lógicamente, los efectos jurídicos de la actuación del comisionista en nombre propio y en nombre ajeno son diferentes, y a ellos se refiere el art. 541-3, apartados. 2 y 3, del ALCM¹⁹, de una forma más sencilla y clarificadora que

¹⁵ GÓMEZ SEGADÉ, “Los contratos ...”, *op. cit.*, p. 489, pone de relieve que el art. 541-3, núm. 1º, “autoriza a que a la relación jurídica de comisión se superponga una relación de apoderamiento o representación *ad extra* que confiere efectos jurídicos singulares a la actuación del comisionista”.

¹⁶ El apartado 1 del art. 245 Cco dispone simplemente: “El comisionista podrá desempeñar la comisión contratando en nombre propio o en el de su comitente”.

¹⁷ Así lo subraya GÓMEZ SEGADÉ, “Los contratos ...”, *op. cit.*, p. 486, quien en su opinión “el denominador común de todos los contratos de colaboración es que en todos ellos existe una actividad de gestión de intereses de otro ...”.

¹⁸ Vid. más ampliamente TOBÍO RIVAS, A. M^a., *Los transitarios en el transporte nacional e internacional. Régimen jurídico privado*, Comares, Granada, 2007, pp. 215 y ss.; ANGULO, “El contrato ...”, *op. cit.*, pp. 106-107; BUSTO LAGO, “Contratos de prestación ...”, *op. cit.*, pp. 3522-3523.

¹⁹ El art. 541-3, apartados 2 y 3 del ALCM dispone lo siguiente:

“2. Si el comisionista actúa en nombre del comitente, deberá manifestarlo al contratar e identificar al comitente. El contrato objeto de la comisión y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el comitente y la persona o personas que contrataren con el comisionista, pero quedará éste obligado con las personas con quienes contrató, mientras no pruebe la comisión, si el comitente la negare, sin perjuicio de la obligación y acciones respectivas entre el comitente y el comisionista.

3. Si el comisionista contrata en nombre propio, quedará obligado de un modo directo con las personas con quienes contratare, las cuales podrán dirigirse tanto contra él como contra el comitente, quedando a salvo las acciones que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí.”

el actual Cco. Cabe destacar como una importante novedad que en el supuesto de actuación del comisionista en nombre propio se establece la posibilidad de que el tercero que ha contratado con el comisionista pueda dirigirse tanto contra este último como contra el comitente. Así pues, se reconoce una especie de acción directa del tercero que contrata con el comisionista que actúa en nombre propio frente al comitente, cuando en principio esa actuación a través de la modalidad de representación indirecta debería producir únicamente efectos entre el tercero y el comisionista²⁰. Precisamente es esto último lo que establece el actual art. 246 Cco: “Cuando el comisionista contrate en nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, *las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas*, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí”²¹.

Así pues, con la posibilidad de que el tercero con quien ha contratado el comisionista en el supuesto en que éste haya actuado en nombre propio, bajo el mecanismo de la representación indirecta, pueda dirigirse contra el comitente -e incluso habría que entenderlo en sentido inverso, es decir, posibilidad de dirigirse el comitente contra el tercero, aunque el precepto no lo indique-, se está reconociendo de alguna forma el interés directo que tiene este último en el negocio de ejecución de la comisión²², que se justifica en la gestión de negocios ajenos efectuada por el comisionista a través del contrato de comisión, como una modalidad de contrato de colaboración empresarial. Sin duda este es un aspecto relevante de la regulación del contrato de comisión en el ALCM que revestirá especial importancia, sobre todo cuando el encargo conferido se refiere a la celebración de determinados tipos de contrato, como por ejemplo el de transporte²³.

Por último, en relación con la actuación del comisionista, el ap. 4 del art. 541-3 del ALCM otorga una facultad al tercero que contrata con este último, al establecer expresamente que “(l)a persona que contrate con el comisionista podrá instarle a que declare si actúa por cuenta de un comitente y el nombre de éste”.

6. POSICIÓN JURÍDICA DEL COMISIONISTA

En el ALCM la regulación de la posición jurídica del comisionista se ha simplificado respecto de lo que se prevé en el vigente Cco. Así, algunos aspectos que actualmente se disciplinan con detalle y minuciosidad han desaparecido en la regulación proyectada,

²⁰ Vid. sobre la eficacia directa de la representación indirecta que, no obstante, con el actual Cco se reconoce en algunos casos, VALPUESTA GASTAMINZA, “Contratos ...”, *op. cit.*, pp. 677-678; BUSTO LAGO, “Contratos de prestación ...”, *op. cit.*, p. 3523.

²¹ Cursiva nuestra.

²² Obsérvese que el art. 246 Cco establece que cuando el comisionista contrata en nombre propio quedará obligado *como si el negocio fuese suyo* (cursiva propia). Sin embargo el ALCM suprime ese inciso y deja constancia con la citada regulación que el negocio de ejecución de la comisión a quien realmente afecta o interesa es al comitente que lo encarga utilizando la colaboración del comisionista.

²³ Vid. *infra* ap. 8.3.

por lo que habrá que tener en cuenta las disposiciones del contrato de carácter más general. Entre los aspectos a los que ya no se hace expresa mención cabe citar los distintos supuestos de suspensión de la ejecución de la comisión o determinadas reglas relativas a la forma de ejecutar el encargo.

6.1. Desempeño de la comisión

La forma de desempeñar la comisión se regula en el art. 541-4 del ALCM. En primer lugar, se destaca que la obligación de desempeñar la comisión surge con la aceptación del encargo, aunque hay que tener en cuenta, como ya se indicó, la posible aceptación tácita de la comisión y la eventual responsabilidad en la que podría incurrir el comisionista por no comunicar su rechazo²⁴. No obstante, si el desempeño de la comisión exigiese provisión de fondos, a pesar de la aceptación, el comisionista no estará obligado a ejecutarla hasta que el comitente no ponga a su disposición la suma necesaria. El ALCM ya no se refiere expresamente a determinados supuestos relativos a la provisión de fondos, que podrían originar la válida suspensión de la comisión por parte del comisionista.

Para ejecutar la comisión el comisionista deberá tener en cuenta si el comitente ha dado algún tipo de instrucción. Si las ha impartido, el comisionista tendrá que atenerse a ellas y en ningún caso podrá proceder en contra de una disposición expresa del comitente. También se prevé que en todo lo no previsto por el comitente el comisionista deberá consultarle siempre que fuese posible.

Cuando el comitente no ha dado instrucciones precisas se entiende que el comisionista está autorizado para actuar según su criterio. En este supuesto, y también cuando la consulta al comitente no fuese posible, el ALCM establece que el comisionista “hará lo que le dicte la prudencia y sea más conforme a los usos aplicables y a las exigencias de la buena fe, cuidando el negocio como propio”²⁵. En definitiva, tendrá que actuar de forma profesional, con la diligencia de un buen comerciante.

Esa misma diligencia con la que debe actuar el comisionista dará lugar a que, a su juicio, cuando circunstancias no previstas por el comitente hiciesen la ejecución de la comisión arriesgada o perjudicial para sus intereses, deberá suspender su desempeño y comunicar al comitente lo más rápidamente posible toda la información que estime relevante con la finalidad de que este último imparta nuevas instrucciones²⁶.

Además, en el desempeño de su encargo, el comisionista estará obligado a comunicar frecuentemente al comitente “las noticias que interesen al buen éxito de la negociación”²⁷. Es decir, deberá mantener al comitente adecuadamente informado sobre todas las circunstancias que puedan repercutir en la correcta ejecución de la comisión o encargo.

Entre las obligaciones del comisionista se sigue regulando en el PLCM la de rendición de cuentas, pero con un carácter más amplio que en el actual art. 263 del Cco.

²⁴ Vid. supra. ap. 4.

²⁵ Art. 541-4, ap. 4 del ALCM.

²⁶ Art. 541-4, ap. 3 del ALCM.

²⁷ Art. 541-4, ap. 5 del ALCM.

En efecto, el art. 541-6 del PLCM establece la obligación de rendir cuenta de la comisión en general y especialmente de los bienes recibidos o adquiridos, así como de las cantidades percibidas a consecuencia del encargo, que deberá entregar al comitente en el plazo y forma que éste establezca. A diferencia del ALCM el art. 263 del Cco sólo alude de forma expresa a la rendición de cuentas de las sumas recibidas a consecuencia de la comisión, pero no se refiere a los bienes que pueda recibir o adquirir en virtud del encargo conferido, si bien se había venido interpretando que la obligación de rendir cuentas también abarcaba a esos bienes. Asimismo, este precepto del Cco prevé que, en caso de morosidad en la devolución de esas cantidades, el comisionista deberá abonar el interés legal. El PLCM no establece en este caso el interés que se aplicará en caso de morosidad y, en general, no suele regular esta cuestión en el contrato de comisión²⁸, se supone que con la finalidad de se aplique lo dispuesto en el propio contrato o las normas generales que sobre morosidad disciplina el propio PLCM.

Por tener la consideración de contrato de confianza (*intuitu personae*), el art. 541-5 del PLCM establece que el comisionista deberá cumplir la comisión por sí mismo y no podrá delegarla en otra persona, salvo autorización del comitente. En este último caso es importante tener en cuenta en quién ha recaído la elección del sustituto, puesto que si esta elección la ha realizado el comisionista responderá éste de su actuación, pero cesará esta responsabilidad en el supuesto de que la elección la hubiese efectuado el comitente.

Si el comisionista delegase la ejecución de la comisión en otra persona sin autorización del comitente, dispone el apartado 1 del art. 541-5 del PLCM que el comisionista responderá directamente de las gestiones del sustituto y de las obligaciones contraídas por éste, salvo que el comitente las aceptara como propias. Esto último constituiría un supuesto de convalidación de la delegación y la comisión realizada por el sustituto.

La prohibición de sustitución salvo autorización del comitente no impide que el comisionista pueda utilizar auxiliares para desempeñar la comisión²⁹.

La regulación de la delegación en el contrato de comisión prevista en el PLCM es muy similar a la que se establece en los actuales arts. 261 y 262 del Cco. No obstante, se ha criticado que la normativa mercantil establezca la regla general de la prohibición de la delegación o sustitución, frente al Cc que la admite en el art. 1.721 en sede del contrato de mandato, salvo prohibición del mandante.

El PLCM no regula el supuesto de subcomisión, lo que hubiera sido deseable. A pesar de las dudas que pudiesen surgir sobre su validez, debido a lo dispuesto tanto por el art. 541-5 del PLCM como por el actual art. 261 del Cco, la Jurisprudencia la ha admitido, estableciendo que el comitente sólo tendrá acción contra el comisionista-

²⁸ No obstante se prevén algunas excepciones, como en el supuesto de la obligación del comitente de reembolsar al comisionista los gastos y desembolsos efectuados, que deberá hacerlo, según el art. 541-13, ap. 1, del PLCM, con el interés legal desde el día en que los hubiese efectuado hasta su total reintegro.

²⁹ Art. 541-5, ap. 3, del PLCM.

subcomitente. Por otra parte, en este supuesto, este último deberá responder en todo caso ante el comitente por la actuación del subcomisionista³⁰.

6.2. Responsabilidad del comisionista

El comisionista deberá responder por determinados bienes que estén a su disposición en virtud de la comisión. En primer lugar, se le impone una responsabilidad por la conservación de los bienes o mercancías que tenga en su poder a consecuencia de la comisión, por ejemplo, por haberlos entregado el comitente para realizar la comisión o haberlos recibido de un tercero. Sin embargo queda exento de responsabilidad cuando la destrucción o menoscabo se deba a caso fortuito, fuerza mayor, transcurso de tiempo o vicio propio de la cosa, siempre que no haya sido posible realizar la venta de los bienes de acuerdo con lo dispuesto en el propio Código³¹. También tendrá que responder el comisionista por el dinero que se encuentre en su poder por razón de la comisión³². Asimismo, deberá custodiar los documentos y facturas que se correspondan con la operación objeto de la comisión³³.

Por otra parte, el comisionista tendrá que responder por todos los daños y perjuicios que haya podido ocasionar al comitente cuando sin una causa legal no cumpla la comisión aceptada o que haya comenzado a ejecutar³⁴. Sin embargo, establece el ALCM que si desempeña la ejecución siguiendo las instrucciones del comitente y respetando las disposiciones legales quedará exento de responsabilidad frente a este último. Puesto que el ALCM no lo aclara, habrá que entender que dentro del término disposiciones legales quedan comprendidas todas aquellas normas que tenga que respetar el comisionista a consecuencia del desarrollo profesional de su actividad³⁵.

6.3. El derecho de retención del comisionista y eliminación del derecho de preferencia

Al igual que la actual regulación de la comisión en el Cco, el ALCM reconoce al comisionista unos privilegios o garantías para poder hacer efectivos los créditos que tiene frente al comitente a consecuencia del desempeño de la comisión. Estos créditos son: el pago de la comisión o retribución, los gastos reembolsables y los anticipos que haya podido efectuar. El art. 541-11 del ALCM prevé como privilegio o garantía del comisionista un derecho de retención sobre los efectos recibidos a consecuencia de la comisión. Para poder ejercitar este derecho será necesario que los efectos se encuentren

³⁰ GARCÍA LUENGO, “El contrato ...”, *op. cit.*, p. 614; BUSTO LAGO, “Contratos de prestación ...”, *op. cit.*, p. 3537; VALPUESTA GASTAMINZA, “Contratos ...”, *op. cit.*, p. 678.

³¹ Art. 541-7, ap. 1 del PLCM.

³² Art. 541-7, ap. 2 del PLCM.

³³ Art. 541-7, ap. 3 del PLCM.

³⁴ Art. 541-7, ap. 5 del PLCM.

³⁵ El actual art. 259 del Cco parece más preciso al disponer lo siguiente: “El comisionista deberá observar lo establecido en la Leyes y Reglamentos respecto a la negociación que se le hubiere confiado, y será responsable de los resultados de su contravención u omisión. Si hubiera procedido en virtud de órdenes expresas del comitente, las responsabilidades a que haya lugar pesarán sobre ambos”.

en poder del comisionista o se hallen a su disposición por estar en posesión de un depositario o porteador.

Como se puede comprobar, el ALCM, por una parte, clarifica y simplifica el régimen de los privilegios del comisionista y, por otra, reduce también la clase y número de ellos. En efecto, el actual art. 276 del Cco reconoce a favor del comisionista un derecho de retención sobre los efectos que tenga en su poder por razón de la comisión, e igualmente un derecho de preferencia en las ejecuciones singulares, según el cual con el producto de la venta de dichos efectos se deberá pagar al comisionista con preferencia a los demás acreedores del comitente, salvo lo dispuesto en el ya derogado art. 375 del Cco, que declaraba todavía más preferente que el comisionista al porteador de dichos efectos o mercancías. El ALCM deja subsistente el derecho de retención pero no regula el derecho de preferencia, por lo que habrá que considerarlo excluido o eliminado.

7. POSICIÓN JURÍDICA DEL COMITENTE

En relación con la posición jurídica del comitente, el ALCM sólo regula de manera principal tres obligaciones: el pago de la comisión, el abono de gastos y desembolsos efectuado por el comisionista, y la indemnización por daños y perjuicios

El art. 541-12 del ALCM establece la obligación del comitente de abonar al comisionista el precio de la comisión. El ALCM concibe el contrato de comisión como un contrato oneroso en todo caso. Esto supone una importante novedad respecto de la actual regulación del Cco que prevé la posibilidad de que se pacte la gratuidad del contrato, aunque en la práctica no sea frecuente³⁶. Por otra parte, el ALCM también se aparta de lo que disponía la *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, publicada en el año 2013³⁷, que admitía la posibilidad de pacto estableciendo el carácter gratuito del contrato de comisión³⁸.

Los aspectos más importantes relativos a esta obligación de pago de la comisión, tales como la forma, cuantía, y momento, se remiten a lo que se establezca en el correspondiente contrato. En defecto de pacto expreso sobre estos extremos, el art. 541-12 del ALCM señala que se estará a los usos y prácticas mercantiles del lugar donde se cumpliera la comisión.

Consideramos que la regulación de la obligación de pago de la retribución o comisión es insuficiente e incompleta. Así, por ejemplo, estimamos que debería haberse regulado el momento del devengo de la comisión, como norma supletoria en caso de que las partes no estableciesen nada al respecto. En concreto, hubiese sido conveniente haber determinado, por ejemplo, si la comisión se devenga con la simple perfección del

³⁶ El actual art. 277, 1 del Cco dispone: “El comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de la comisión, salvo pacto en contrario”.

³⁷ *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2013.

³⁸ El art. 541-12 de dicha Propuesta preveía: “Salvo pacto en contrario, el comitente está obligado a abonar al comisionista el precio de la comisión ...”.

contrato o negocio objeto de la comisión o si sería necesaria, además, la ejecución –total o parcial- de dicho contrato. Precisamente es esta una cuestión sobre la que no hay criterio uniforme ni en la Jurisprudencia ni en la doctrina³⁹, llegando incluso a propugnar la aplicación analógica de lo dispuesto en el R. D. 1438/1985, de 1 de agosto, que regula la relación de trabajo de carácter especial de quienes intervienen en las operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas (viajantes o representantes de comercio), que no nos parece lo más adecuado, por cuanto se trata de dos tipos de contratos de naturaleza distinta. Sobre esta cuestión del devengo de la comisión se debió haber adoptado una regulación más precisa, por ejemplo, similar a la prevista para el contrato de agencia por la actual Ley 12/1992 del contrato de agencia en el art. 14, que se reproduce en el art. 542-14 del ALCM⁴⁰.

El ALCM prevé también en el art. 541-13, ap. 1, la obligación del comitente de proveer al comisionista de los fondos necesarios para el desempeño de la comisión. En el supuesto de que el comisionista los haya tenido que anticipar, el comitente deberá reembolsarlos al contado, mediante cuenta justificada y con el interés legal desde el día en los hubiere hecho hasta su total reintegro⁴¹. Habrá que entender, por tanto, que todo gasto⁴² que haya tenido que efectuar el comisionista para la correcta ejecución de la comisión correrá por cuenta del comitente, aunque creemos que sería posible pacto en contrario. En relación con esta cuestión se advierte un distinto tratamiento respecto del contrato de agencia, en el que, según el art. 18 de la Ley 12/1992 del contrato de agencia, el agente no tendrá derecho al reembolso de los gastos que le hubiera originado el ejercicio de su actividad profesional, salvo pacto en contrario. Por su parte, el art. 542-18 del ALCM, aunque dispone lo mismo para el agente, sin embargo no reconoce la posibilidad de pacto en contrario, por lo que, una vez aprobado dicho texto legal, y teniendo en cuenta el carácter imperativo de la normas que rigen el contrato de agencia⁴³, existirá la duda de si esa supresión se deberá interpretar como una imposibilidad de pactar la asunción de gastos por parte del agente, algo que no nos parece razonable.

Por último, el art. 541-13, ap. 2, del ALCM prevé –a similitud del art. 1.729 Cc en el seno de la regulación del contrato de mandato- una obligación de carácter general

³⁹ ANGULO, “El contrato ...”, *op. cit.*, p. 114; GARCÍA LUENGO, “El contrato ...”, *op. cit.*, pp. 620; VALPUESTA GASTAMINZA, “Contratos ...”, *op. cit.*, p. 683; BUSTO LAGO, “Contratos de prestación ...”, *op. cit.*, pp. 3525-3526.

⁴⁰ Estos preceptos disponen lo siguiente: “La comisión se devengará en el momento en que el empresario hubiera ejecutado o hubiera debido ejecutar el acto u operación de comercio o éstos hubieran sido ejecutados total o parcialmente por el tercero”.

⁴¹ Cabe observar que el ALCM establece el tipo de interés a aplicar en caso de reembolso por el comitente de los desembolsos y gastos efectuados por el comisionista, que es el interés legal, lo que podría contravenir la regulación del ALCM sobre el tema de la morosidad.

⁴² Resulta extraño que el art. 541-13 lleve por título “Abono de gastos y desembolsos efectuados por el comisionista, e indemnización de daños y perjuicios”, pero en la redacción de su contenido no se alude a los gastos y sólo se menciona el reembolso de fondos anticipados, por lo que se deberá interpretar que estos últimos comprenden también cualquier tipo de gasto efectuado por el comisionista y que sea necesario para el adecuado desempeño de la comisión.

⁴³ Vid. art. 542-3, ap. 1, del ALCM que declara que las normas relativas al contrato de agencia, previstas en el Capítulo II del Título IV, dentro del Libro quinto de dicho cuerpo legal, tienen carácter imperativo a no ser que en ellas se disponga expresamente otra cosa.

que corresponde al comitente, y que es la de indemnizar al comisionista por todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento de la comisión sin que hubiera existido culpa por parte de este último⁴⁴. Esa obligación de indemnizar se correspondería con la obligación del comitente de aceptar todas las consecuencias de la comisión, dejando a salvo su derecho de repetir contra el comisionista por las faltas y omisiones que hubiese cometido al cumplirla, a la que se refiere el actual art. 253 del Cco. No obstante, creemos que esa obligación genérica del comitente de indemnizar, aunque no se hubiese previsto expresamente, se derivaría de las normas generales que rigen las obligaciones y los contratos.

8. SUPUESTOS ESPECIALES DE COMISIÓN

En el contrato de comisión pueden darse distintos supuestos que requerirán un especial tratamiento y regulación. Nos referiremos a continuación a tres de ellos que revisten cierta relevancia y en relación con los cuales, en algunos casos, el ALCM introduce importantes novedades.

8.1. Autoentrada del comisionista y aplicaciones de comisiones

8.1.1. Autoentrada del comisionista

El ALCM prevé una regulación de la autoentrada del comisionista, que carece de una adecuada disciplina en los preceptos dedicados al contrato de comisión en el vigente Cco⁴⁵, estableciendo este último como principio general su prohibición. Esa regulación había sido muy demandada por la doctrina como una necesidad práctica⁴⁶. Como ya es conocido, el supuesto de autoentrada se ha estimado que, en principio, podría conllevar un conflicto de intereses, ante la posibilidad de que el comisionista primase su propio interés frente al de su comitente. No obstante esos riesgos, lo cierto es que, en general, la doctrina ha considerado que se debería admitir, aunque sometiéndola a determinadas condiciones y requisitos⁴⁷. Esto es lo que ha hecho el ALCM, que en su Exposición de Motivos señala expresamente que, como novedades destacadas en la disciplina del contrato de comisión, se regula la autoentrada del comisionista⁴⁸.

⁴⁴ GÓMEZ SEGADE, J. A., “Los contratos ...”, *op. cit.*, p. 489, apunta que, para clarificar el texto del art. 541-13, ap. 2, y evitar equívocos, debiera decirse “sin culpa del mismo comisionista”.

⁴⁵ Únicamente el art. 267 Cco hace una somera referencia a la prohibición de autoentrada del comisionista cuando se trata de una comisión de compra o venta, salvo autorización del comitente.

⁴⁶ Vid. últimamente GÓMEZ SEGADE, J. A., “Los contratos ...”, *op. cit.*, pp. 489-490.

⁴⁷ ANGULO, “El contrato ...”, *op. cit.*, p. 117; GARCÍA LUENGO, “El contrato ...”, *op. cit.*, pp. 627-628; VALPUESTA GASTAMINZA, “Contratos ...”, *op. cit.*, pp. 685-686; BUSTO LAGO, “Contratos de prestación ...”, *op. cit.*, pp. 3535-3537.

⁴⁸ Apartado VI-76 de la Exposición de Motivos.

El art. 541-8, ap. 1, del ALCM dispone que el comisionista podrá intervenir como contraparte en la ejecución del encargo recibido en tres casos determinados⁴⁹. En primer lugar, si la comisión se ejecuta en el marco de un mercado oficial o reglamentado⁵⁰. En este caso parece claro que el poder de maniobra del comisionista estará muy limitado y, por ende, serían muy reducidas o incluso nulas las posibilidades de hacer primar sus propios intereses en perjuicio de comitente. En segundo lugar, también se admite la autoentrada si el comisionista tuviese instrucciones precisas y concretas del comitente para realizar el encargo. Por razón similar a la anterior, en este supuesto los riesgos de un eventual perjuicio para el comitente también serían muy reducidos, al tener que atenerse el comisionista a esas concretas instrucciones recibidas. Por último, en base el principio de autonomía de la voluntad, la autoentrada del comisionista sería también admisible cuando, simplemente, hubiese sido expresamente autorizada por el comitente, incluso aunque no hubiese impartido instrucciones precisas sobre la ejecución del encargo.

No obstante, aunque no se diese alguno de los supuestos mencionados, cabría la validez de la autoentrada si el comitente ratificase posteriormente la operación realizada a través de dicho mecanismo⁵¹. Sin embargo el ALCM no incluye el supuesto de convalidación, previsto por el art. 1.715 del Cc en la regulación del contrato de mandato. Eso sí, cuando ninguna de esas circunstancias concurren, el negocio de ejecución de la comisión efectuado por medio de autocontratación no será válido⁵². El ALCM señala expresamente en el Art. 541-8, apartado 2, los efectos que conllevaría la nulidad del negocio. El comitente podrá repetir la retribución pactada, si se hubiese pagado, y reclamar los daños y perjuicios que se le hubieran podido causar.

Lo que resulta extraño y hasta cierto punto criticable es que en la regulación de la autoentrada no se haga ninguna referencia al derecho que tiene el comisionista, en ese caso, a cobrar la retribución por la ejecución de la comisión, cuando ese derecho sí se reconoce expresamente en el supuesto de aplicaciones de comisiones que se regula en el art. 541-9 del ALCM⁵³. Está claro que, cuando la autoentrada es válida, se debe considerar cumplido el encargo conferido, ya que el contrato de comisión continúa subsistente y no ha sido sustituido por otro negocio. Por ello, tal y como ha manifestado la doctrina, el comisionista tendrá derecho a cobrar la correspondiente retribución⁵⁴.

Por último, cabe destacar que el ALCM admite la autoentrada del comisionista con carácter general en la ejecución de cualquier tipo de operación mercantil objeto de

⁴⁹ GÓMEZ SEGADÉ, J. A., “Los contratos ...”, *op. cit.*, p. 490, destaca que, aunque el art. 541-8, ap. 1 del ALCM mantiene la prohibición de autoentrada, “prácticamente la vacía de contenido porque introduce varias y amplias excepciones ...”.

⁵⁰ Por ejemplo, así ya se permitía en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

⁵¹ Art. 541-8, ap. 2, del ALCM. El precepto recoge lo que se dispone en el art. 1.727, 2 del Cc, en sede del contrato de mandato.

⁵² Art. 541-8, ap. 2, del ALCM.

⁵³ Vid. *infra* ap. 8.1.2.

⁵⁴ ANGULO, “El contrato ...”, *op. cit.*, p. 117; GARCÍA LUENGO, “El contrato ...”, *op. cit.*, p. 628; VALPUESTA GASTAMINZA, “Contratos ...”, *op. cit.*, pp. 686-687; BUSTO LAGO, “Contratos de prestación ...”, *op. cit.*, p. 3537.

la comisión, y no sólo cuando se trata de una comisión de venta o de compra, como se puede entrever en la actual regulación del Cco, lo que estimamos altamente positivo.

8.1.2. Aplicaciones de comisiones

Un supuesto similar al de la autocontratación, pero no igual, es el de aplicaciones de comisiones cruzadas, es decir, la posibilidad de que el comisionista aplique o “case” los mandatos recibidos de respectivos comitentes. Asimismo, en este supuesto se considera necesario adoptar cautelas, puesto que el comisionista puede tender a primar los intereses de un comitente frente a otro, cuando el correcto ejercicio de su actividad le obliga a defender los intereses de todos los comitentes para los que presta su colaboración.

También en relación con las aplicaciones de comisiones cruzadas el ALCM cambia de perspectiva respecto de la actual regulación de la comisión en el Cco. En efecto, el vigente art. 267 del Cco parte del principio de prohibición de aplicaciones de compra y venta cruzadas, salvo autorización del comitente⁵⁵. Por el contrario, el art. 541-9 del PLCM adopta, como regla general, la admisión de las aplicaciones de mandatos de distintos comitentes, salvo prohibición expresa del comitente⁵⁶. Sin embargo esta admisión tiene carácter parcial, puesto que se limita únicamente a la posibilidad de aplicar mandatos de compra y venta cruzadas, circunscribiendo el supuesto de aplicación de comisiones a aquellos casos en que el objeto de la comisión, es decir, el negocio de ejecución, es una operación de compra y venta⁵⁷. El contenido del precepto contrasta en cierto modo con la declaración que se realiza en la E. de M. del ALCM, que se refiere con carácter general a la admisión de que el comisionista pueda realizar aplicaciones de los mandatos recibidos de distintos comitentes, sin reducirlas a las comisiones de compra y de venta⁵⁸.

Esta limitación, que quizás procede de un mimetismo de lo dispuesto por el art. 267 del Cco, resulta altamente criticable. En efecto, consideramos que se debería establecer con carácter general la posibilidad de aplicar mandatos de distintos comitentes cualquiera que fuera el negocio u operación objeto de la comisión. Concretamente, un caso claro de esta posible aplicación de comisiones, no referido a la comisión de compra y venta, sería el supuesto en que el objeto de la comisión es la celebración de un contrato de transporte, en el que el comisionista recibe sendos encargos por parte del cargador y del porteador.

Por otro lado, entre los efectos que conlleva la aplicación de comisiones cruzadas, el art. 541-9 del PLCM deja claro que, en este caso, el comisionista mantiene

⁵⁵ El precepto señala expresamente: “Ningún comisionista comprará para sí ni para otro lo que se le haya mandado vender, ni venderá lo que se le haya encargado comprar, sin licencia del comitente”.

⁵⁶ Precisamente la E. de M. del PLCM (ap. VI-76) destaca como una novedad en la regulación del contrato de comisión la admisión de que el comisionista, salvo prohibición expresa del comitente, pueda realizar aplicaciones de los mandatos recibidos de distintos comitentes.

⁵⁷ El art. 541-9 dispone: “Salvo prohibición expresa del comitente, el comisionista podrá realizar aplicaciones de los mandatos de compra y venta cruzadas que hubiese recibidos [*sic*] de distintos comitentes. En este caso, el comisionista mantiene el derecho a recibir la comisión acordada por cada uno de los encargos”.

⁵⁸ Ap. VI-76 de la E. de M del ALCM. Vid. supra nota 56.

el derecho a recibir la comisión acordada por cada uno de los encargos. Así pues, como ya había mantenido la doctrina, la aplicación de comisiones cruzadas supone una forma especial de ejecutar los mandatos recibidos por el comisionista, pero los contratos de comisión se mantienen, por lo que éste tendrá derecho a cobrar la correspondiente retribución de cada uno de los comitentes⁵⁹.

8.2. Comisión de garantía

Como regla general, el comisionista no tiene que responder por la correcta ejecución del negocio objeto de la comisión que ha celebrado con un tercero, aunque sí tendrá que responder, evidentemente, por su propia actuación en el desempeño de su cometido, tal como ya se ha visto. Sin embargo, la responsabilidad que puede asumir el comisionista por el buen fin de la operación encomendada supone un beneficio para el comitente, puesto que contará también con la garantía que le presta el comisionista. Este supuesto constituye la denominada comisión de garantía (*star del credere*).

El art. 541-10 del ALCM, bajo el título de “pacto de garantía”, reconoce este tipo de comisión al prescribir que “(E)l comisionista responderá del buen fin de las operaciones que se le hubieren encomendado, si así se hubiere pactado expresamente o resultare de los usos de comercio”. Vemos, por tanto, que el ALCM prevé que dicha comisión puede tener su causa, o bien en un pacto expreso incluido en el propio contrato de comisión, o bien en los usos mercantiles, aunque no se haya pactado en el contrato⁶⁰. Pero, además, el precepto debiera haber indicado también que la comisión de garantía puede establecerse por la propia Ley. Por otra parte comprobamos que el ALCM no exige que la comisión de garantía conlleve necesariamente una comisión suplementaria o “sobreprima”, que se deja a lo que pacten las partes en el contrato, aunque en la práctica sea lo más habitual.

El ALCM mejora la regulación de este tipo de comisión que figura en el actual art. 272 del Cco⁶¹, el cual, entre otros aspectos, la reconoce únicamente en relación con la comisión de venta y no con carácter general y, asimismo, hace depender su existencia del hecho de recibir el comisionista, además de la comisión ordinaria, otra llamada de garantía. Con ello no se declara abiertamente la simple posibilidad de pactarla en el contrato –aunque no se acordase una comisión suplementaria–, si bien tal pacto se admite en la práctica e, incluso, se estima que la comisión de garantía se derivaría de un uso de comercio, el hecho de que el comisionista reciba una retribución mayor que la habitual para desempeñar un determinado encargo⁶².

⁵⁹ Para referencias doctrinales vid supra ap. 8.1.1.

⁶⁰ Señala GÓMEZ SEGADE, J. A., “Los contratos ...”, *op. cit.*, p. 491, que, por lo tanto, según lo que prevé el art. 541-10 PLCM, “nunca podrá deducirse la existencia de una comisión de garantía de circunstancias concretas de un caso o de hechos concluyentes”.

⁶¹ El precepto señala lo siguiente: “Si el comisionista percibiere sobre una venta, además de la comisión ordinaria, otra, llamada de garantía, correrán de su cuenta los riesgos de la cobranza, quedando obligado a satisfacer al comitente el producto de la venta en los mismos plazos pactados por el comprador”.

⁶² Sobre la comisión de garantía vid. por todos PEINADO GRACIA, J. I., *El contrato de comisión: cooperación y conflicto. La comisión de garantía*, Civitas, Madrid, 1996. Vid asimismo, por ejemplo: GARCÍA LUENGO, “El contrato ...”, *op. cit.*, pp. 623-627; VALPUESTA GASTAMINZA, “Contratos

Sin embargo estimamos que la regulación de la comisión de garantía prevista en el art. 541-10 del PLCM es demasiado escueta e insuficiente y debería haber aclarado determinados aspectos de este tipo de comisión. Entre ellos, por ejemplo, el tipo de responsabilidad que asume el comisionista en relación con el tercero con quien ha contratado el negocio de ejecución de la comisión y que lo ha incumplido; o el tipo de retribución a percibir por el comisionista. Es cierto que en el contrato de comisión se pueden establecer con detalle estas y otras cuestiones, pero consideramos conveniente una mínima regulación sobre determinados aspectos para el supuesto de que nada se prevea en el contrato.

8.3. La comisión de transporte: una incógnita

El ALCM no incluye en la regulación del contrato de comisión el contenido de los actuales arts. 274⁶³ y 275⁶⁴ del Cco. Como se sabe, estos artículos disciplinan algunos aspectos relativos al comisionista de transporte o de expedición. También al comisionista de transporte se referían los arts. 378 y 379 del Cco –dentro de la regulación relativa al contrato de transporte terrestre-, derogados por la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías. Todos estos preceptos dedicados de alguna forma al comisionista de transporte fueron objeto de muy diversas interpretaciones doctrinales que, en resumen, se podrían dividir en dos grandes grupos, si bien dentro de cada uno –principalmente el primero- se apreciaban incluso distintas variaciones⁶⁵. Por una parte, se podía distinguir una tendencia “clásica”, según la cual todos los anteriormente mencionados preceptos del Cco regulaban una misma figura, el comisionista de transporte, concebido como un comisionista de garantía, que se subroga en la posición jurídica del porteador y deberá responder como tal. No obstante, en esta posición existen algunas variaciones, como la que estima que los arts. 274 y 275 del Cco se refieren a un comisionista ordinario y los arts. 378 y 379 del Cco a un comisionista de garantía. La otra posición doctrinal “más moderna” es la que considera que los arts. 274 y 275 del Cco aluden al simple comisionista de expedición, mientras que los arts. 378 y 379 del Cco regulaban el verdadero comisionista de

...”, *op. cit.*, pp. 687-689; ANGULO, “El contrato ...”, *op. cit.*, pp. 116-117; BUSTO LAGO, “Contratos de prestación ...”, *op. cit.*, pp. 3532-3534.

⁶³ La redacción del artículo es la siguiente:

“El comisionista encargado de una expedición de efectos, que tuviere orden para asegurarlos, será responsable, si no lo hiciere, de los daños que a éstos sobrevengan, siempre que estuviere hecha la provisión de fondos necesaria para pagar el premio del seguro, o se hubiere obligado a anticiparlos y dejare de dar aviso inmediato, al comitente, de la imposibilidad de contratarle.

Si el asegurador fuera declarado en concurso, el comisionista tendrá la obligación de concertar un nuevo contrato de seguro, salvo que el comitente le hubiera prevenido de otra cosa”.

⁶⁴ Este precepto dispone lo que sigue:

“El comisionista que en concepto de tal hubiere de remitir efectos a otro punto, deberá contratar el transporte cumpliendo las obligaciones que se imponen al cargador en las conducciones terrestres y marítimas.

Si contratare en nombre propio el transporte, aunque lo haga por cuenta ajena, quedará sujeto para con el porteador a todas las obligaciones que se imponen a los cargadores en las conducciones terrestres y marítimas”.

⁶⁵ Vid. para una exposición más amplia de todas estas posiciones doctrinales, TOBÍO RIVAS, *Los transitarios ...*, *op. cit.*, pp. 37 y ss.

transporte, que no sería un comisionista de garantía, sino un auténtico porteador contractual –y no efectivo– que se obligaría a obtener el resultado de trasladar efectos por medio de otro u otros.

Sea como fuere, una vez derogados los arts. 378 y 379 del Cco, y eliminado de la regulación del contrato de comisión del ALCM el contenido de los arts. 274 y 275 del Cco, lo cierto es que en el Código Mercantil ya no habría ninguna regulación o referencia específica al comisionista de transporte. La única regulación de carácter general existente en nuestro ordenamiento jurídico, dedicada a los intermediarios o colaboradores del transporte de mercancías⁶⁶, principalmente agencias de transporte y transitarios, se ubicaría en el seno de la normativa de ordenación de los transportes terrestres, de manera especial la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (arts. 119 y ss.), y el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (arts. 159 y ss.). Sin embargo, esta normativa en esta materia es incompleta, insuficiente e incluso confusa, puesto que, por ejemplo, no queda clara en la actualidad la responsabilidad que asumen los intermediarios del transporte de mercancías, sobre todo tras la última reforma de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, operada por la Ley 9/2013, de 4 de julio⁶⁷.

La situación reviste particular importancia porque, como ya se ha indicado, al comisionista de transporte o a los intermediarios del transporte en general se les ha venido imponiendo una responsabilidad agravada, teniendo que responder como porteador ante su comitente-cargador y como cargador ante su comitente-porteador. En la actualidad, con la normativa de ordenación de los transportes terrestres, tal responsabilidad no resulta evidente. En cualquier caso, en lo no previsto de forma especial para el comisionista o intermediario del transporte, habrá de considerarse aplicable la regulación dedicada al contrato de comisión, la del actual Cco y, en su momento, en caso de ser aprobado, la prevista en el futuro Código Mercantil.

No obstante, desde aquí quisiéramos manifestarnos por la necesidad de regular adecuadamente el régimen jurídico del contrato celebrado con los llamados intermediarios o colaboradores del transporte, particularmente desde la vertiente jurídico-privada, sobre todo habida cuenta de la especial responsabilidad que se les ha venido imponiendo y que estimamos que debe estar claramente determinada, sin que quepa lugar a ningún tipo de incertidumbre o confusión, en aras del principio de seguridad jurídica.

⁶⁶ Excluyendo la recién aprobada Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (BOE nº 180, de 25-7-2014), que dedica el Título V (arts. 314 a 338) a regular los contratos auxiliares de la navegación.

⁶⁷ Vid. con más detalle TOBÍO RIVAS, A. M^a, “La incidencia del proyecto de modificación de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en la regulación de los intermediarios de los transportes de mercancías”, en VV. AA., *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, CUÑAT EDO, V., MASSAGUER, J., ALONSO ESPINOSA, F. J. y GALLEGU SÁNCHEZ, E., (dirs.), PETIT LAVALL, M^a. V. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1267-1285.

9. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE COMISIÓN: CAUSAS ESPECÍFICAS

El contrato de comisión se extinguirá por las causas ordinarias de extinción de las obligaciones y los contratos, pero, además, el ALCM regula algunas causas específicas de este tipo contractual, en las que se deja vislumbrar el carácter de mutua confianza (*intuitu personae*) que lo caracteriza.

Las causas específicas que disciplina el ALCM son: la revocación del encargo por el comitente, la renuncia del comisionista y la muerte o inhabilitación del comitente o del comisionista. En este apartado la regulación del ALCM es más precisa que la que se prevé actualmente en el Cco, si bien, como tendremos ocasión de poner de manifiesto, estimamos que, respecto de algunas cuestiones, debería ser más completa.

Como ya se ha apuntado, por tratarse de un contrato de confianza, se permite que el comitente pueda revocar libremente la comisión en cualquier estado del negocio y compeler al comisionista a la devolución de la documentación acreditativa de la comisión⁶⁸. Y ello sin tener que indemnizarle por esa resolución del contrato. No obstante, el ALCM requiere que esa revocación se haga cumpliendo determinadas condiciones que van a originar ciertos efectos.

Como requisito fundamental, para que produzca efecto la revocación del comitente, se exige que se ponga en conocimiento del comisionista. Este requisito es importante, pues hasta entonces el art. 541-14, apartado 2, del ALCM declara que “los actos y contratos ejecutados por el comisionista serán válidos y eficaces, y el comitente quedará, por tanto, obligado a las resultas de las gestiones realizadas hasta ese momento, así como al pago de la comisión devengada y al reembolso de los gastos en que aquél hubiera incurrido”. Como se puede comprobar, los efectos de la notificación o de la falta de notificación de la revocación al comisionista son descritos de forma precisa y minuciosa, a diferencia del actual art. 279 Cco, que indica simplemente que el comitente quedará siempre “obligado a las resultas de las gestiones practicadas antes de haberle hecho saber la revocación”.

Sin embargo, en la regulación de la revocación en el ALCM se echa en falta una referencia a los efectos que produce, no sólo ante el comisionista, sino también ante los terceros. Por ello, tal vez hubiera sido conveniente haber regulado la forma de comunicación o publicidad de la revocación para que ésta pueda vincular también a estos últimos.

Como novedad en este apartado de causas específicas de extinción de la comisión, el ALCM regula expresamente la renuncia del comisionista –a similitud de lo que establece el art. 1.732, 2 del Cc en la regulación del contrato de mandato-, que no se prevé en el vigente Cco, y que consideramos conveniente y acertado, puesto que se había llegado a proclamar que, al contrario que el comitente, el comisionista no podía renunciar libremente a la comisión una vez aceptada⁶⁹. Lo cual no era del todo correcto, puesto que en realidad lo que esa afirmación venía a significar era que la renuncia del comisionista podía dar lugar a una indemnización por daños y perjuicios que hubiese

⁶⁸ Art. 541-14, ap. 1, del ALCM.

⁶⁹ ANGULO, “El contrato ...”, *op. cit.*, p. 118; VALPUESTA GASTAMINZA, “Contratos ...”, *op. cit.*, p. 690; BUSTO LAGO, “Contratos de prestación ...”, *op. cit.*, p. 3540.

podido ocasionar al comitente, en tanto que la revocación de este último no originaría, como regla general, tal indemnización. Precisamente en estos términos se viene a pronunciar ahora el ALCM.

El art. 541-15, apartado 1, del ALCM declara, como regla de principio, que el comisionista podrá renunciar libremente a la realización de la comisión recibida. Eso sí, tal renuncia se somete a determinados requisitos previstos en el apartado 2 del mencionado precepto, ya que deberá ponerse en conocimiento del comitente para que produzca efectos. Sin embargo, a pesar de dicha notificación, se dispone que el comisionista deberá continuar la gestión de la actividad encomendada hasta la terminación de los negocios o contratos en curso, salvo que recibiera instrucción del comitente en otro sentido. Y, por último, en el apartado 3 de dicho artículo se establece con carácter general la responsabilidad del comisionista por los daños y perjuicios que sufra el comitente a consecuencia de la renuncia, salvo que medie causa justificada.

Por último, el art. 541-16 del ALCM mantiene como causa de extinción del contrato de comisión la muerte o inhabilitación del comisionista pero no del comitente, si bien en este último caso sus causahabientes o representantes podrán resolverlo⁷⁰.

10. CONCLUSIONES

La importancia que reviste el contrato de comisión en el desarrollo de la actividad económica, como prototipo de los contratos de colaboración empresarial, exige que esté dotado de un adecuado régimen jurídico. La regulación prevista para dicho contrato en el ALCM presenta importantes novedades, algunas de ellas ampliamente demandadas por la doctrina, aunque mantiene sus líneas esenciales. Se trata de una regulación más moderna, simplificada y clarificadora, que introduce una mejor y más depurada técnica jurídica. No obstante, también se comprueba la existencia de algunas deficiencias y carencias en su régimen jurídico que se exponen a lo largo del trabajo.

El contrato de comisión se encuadra sistemáticamente en el ALCM dentro de la nueva categoría de los contratos de colaboración, que tienen como elemento común la gestión de negocios e intereses ajenos. El contrato de comisión se concibe en el ALCM con un carácter muy general, puesto que puede tener como objeto cualquier clase de operación o negocio mercantil, aunque en ocasiones se aprecian todavía ciertas reminiscencias relativas a la comisión de compra o venta, que deberían ser eliminadas.

El ALCM ha tratado de mejorar el concepto de contrato de comisión, pero lo cierto es que presenta cierta confusión por la remisión que hace al art. 001-2 del mismo cuerpo legal, al referirse a las actividades que pueden ser objeto del contrato. Por otra parte, se configura de una manera muy amplia al comisionista, puesto que no sólo puede tratarse de un profesional de la colaboración, sino también de un empresario que realiza actividades de la misma clase que el encargo recibido, aunque no se dedique profesionalmente a colaborar con otros empresarios. Respecto del comitente, aunque

⁷⁰ Este precepto del ALCM es muy similar al actual art. 280 del Cco, aunque redactado con una mejor técnica jurídica.

nada se dice expresamente, habrá que entender que será un operador económico, concebido de la forma que se indica en el art. 001-2 del ALCM.

En la regulación de los modos de actuación del comisionista se sigue manteniendo la contratación en nombre propio o en nombre del comitente, pero ahora se destaca de forma expresa que en cualquiera de los dos casos siempre lo hará por cuenta del comitente. Consideramos positiva la referencia a la actuación por cuenta ajena, pues es una de las características típicas del contrato de comisión y de otros contratos de colaboración empresarial. Por otra parte, cabe subrayar como una importante novedad que en el supuesto de actuación del comisionista en nombre propio se establece la posibilidad de que el tercero que ha contratado con el comisionista pueda dirigirse tanto contra este último como contra el comitente.

En el ALCM la regulación de la posición jurídica del comisionista se ha simplificado respecto de lo que se prevé en el vigente Cco, por lo que habrá que tener presente las disposiciones del contrato de carácter más general. El ALCM sigue manteniendo la prohibición de la delegación o sustitución salvo autorización del comitente, lo que puede resultar criticable. Asimismo, se echa en falta una regulación de la subcomisión. El ALCM, por una parte, clarifica y simplifica el régimen de los privilegios del comisionista y, por otra, reduce también la clase y número de ellos, puesto que deja subsistente el derecho de retención pero no regula el derecho de preferencia, por lo que habrá que considerarlo eliminado.

El ALCM concibe el contrato de comisión como un contrato oneroso en todo caso, puesto que se establece la obligación del comitente de abonar al comisionista el precio de la comisión, sin que se prevea la posibilidad de que se pacte la gratuidad del contrato. Sobre este aspecto cabe señalar que la regulación de la obligación de pago de la retribución o comisión es insuficiente e incompleta ya que, por ejemplo, estimamos que debería haberse regulado el momento del devengo de la comisión, como norma supletoria en caso de que las partes no estableciesen nada al respecto en el contrato.

Como una importante novedad el ALCM incluye una regulación de la autoentrada del comisionista, que consideramos muy positiva. Se admite la posibilidad de que el comisionista puede intervenir como contraparte en la ejecución del encargo en tres casos determinados, que se conciben con gran amplitud. Además, se acoge la autoentrada del comisionista con carácter general en la ejecución de cualquier tipo de operación mercantil objeto de la comisión, y no sólo cuando se trata de una comisión de venta o de compra. Lo que resulta criticable es que en la regulación de la autoentrada no se haga ninguna referencia al derecho que tiene el comisionista, en ese caso, a cobrar la retribución por la ejecución de la comisión.

También en relación con las aplicaciones de comisiones cruzadas el ALCM cambia de perspectiva respecto de la actual regulación de la comisión en el Cco, puesto que adopta, como regla general, la admisión de las aplicaciones de mandatos de distintos comitentes, salvo prohibición expresa del comitente. Sin embargo esta admisión tiene carácter parcial, puesto que se limita únicamente a la posibilidad de aplicar mandatos de compra y venta cruzados. Esta limitación resulta altamente criticable, puesto que consideramos que se debería establecer en general la posibilidad

de aplicar mandatos de distintos comitentes cualquiera que fuera el negocio u operación objeto de la comisión.

El ALCM mejora la regulación de la comisión de garantía, ya que, entre otros aspectos, la reconoce con carácter general, y no únicamente en relación con la comisión de venta. No obstante estimamos que esa regulación es demasiado escueta e insuficiente y debería haber aclarado determinados aspectos de este tipo de comisión, sobre todo para el caso en que nada se prevea en el contrato.

La falta de referencia a la comisión de transporte en la regulación específica de la comisión, así como en el resto del articulado del ALCM, deja a este tipo de comisión, de gran importancia en la actividad económica, en una situación de incertidumbre jurídica, que no queda subsanada por la insuficiente y confusa regulación que figura en la normativa de ordenación de los transportes terrestres, y que se acrecienta por el hecho de que a ese tipo de comisionistas se les ha venido imponiendo una responsabilidad agravada que en la actualidad no está claramente determinada.

Las causas específicas de extinción de la comisión se disciplinan de una forma más precisa, aunque respecto de algunas cuestiones la regulación debería ser más completa. Como novedad en este apartado, que consideramos conveniente y acertada, el ALCM prevé la renuncia del comisionista.

En definitiva, el ALCM mejora y clarifica de una manera significativa el régimen jurídico del contrato de comisión, incorporando incluso importantes novedades que son muy bien recibidas. Sin embargo todavía se evidencian algunas deficiencias y carencias que sería conveniente corregir.

LA MEDIACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS

JAVIER VALENZUELA GARACH*

Resumen

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014 regula la mediación en la contratación de seguros desde una perspectiva parcial, abordando únicamente la actividad derivada de los contratos de mediación, ya sea en la modalidad de agencia ya sea en la de correduría de seguros. Dedicamos este trabajo al estudio, también, del aspecto subjetivo de tal actividad, el de los protagonistas de la mediación en seguros privados. Junto a su régimen general, aplicable tanto a la agencia como a la correduría, nos centramos en la especificidad de cada modalidad, tomando en consideración asimismo no sólo la relación contractual que les une a la entidad aseguradora (y en el caso del corredor, también al cliente) sino también la especialidad del agente de seguros con naturaleza crediticia (el operador de banca-seguros). Referencia destacada merece la doble posibilidad de vinculación contractual del agente de seguros (y del operador de banca-seguros) con una o varias entidades de seguros, con el calificativo añadido de exclusivo o vinculado, respectivamente.

Contenido

1. Los mediadores de seguros privados. – 1.1. La mediación en el ámbito de la distribución de seguros: el elemento subjetivo. – 1.2. Ámbito objetivo de la actuación de los mediadores de seguros. – 1.3. Obligaciones generales de los mediadores de seguros. – 2. Modalidades de la mediación en seguros. – 2.1. Los agentes de seguros. – 2.1.1. Su relación contractual con la entidad aseguradora. – 2.1.2. Sus principales notas caracterizadoras. – 2.2. Los operadores de banca-seguros. – 2.2.1. Naturaleza jurídica de la figura. – 2.2.2. Relación entre el operador de banca-seguros y la entidad aseguradora. – 2.3. Los corredores de seguros. – 2.3.1. Naturaleza jurídica de la figura y su relación con la entidad aseguradora y con sus clientes. – 2.3.2. Obligaciones específicas del corredor de seguros. – 2.3.3. Requisitos para actuar como corredor de seguros. – 2.4. Otras personas intervinientes en el sector de la mediación.

* Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Granada.

1. LOS MEDIADORES DE SEGUROS PRIVADOS

1.1. La mediación en el ámbito de la distribución de seguros: el elemento subjetivo

Son diversas las vías que pueden utilizar las entidades aseguradoras para distribuir sus productos¹: a) Por medio de los tradicionales canales asegurativos (venta directa)², ya sea en las dependencias de las propias entidades aseguradoras o de otras entidades aseguradoras diferentes, ya sea por contratación a distancia (teléfono o medios telemáticos), ya sea a través de alguna de las entidades integrantes de sus grupos consolidables. b) A través de mediadores de seguros (corredores de seguros y agentes de seguros, conocidos estos últimos como «operadores de banca-seguros» cuando se trate de entidades de crédito). c) Mediante diversos canales de distribución tanto de entidades de crédito intervinientes en la condición de tomadoras del seguro por cuenta ajena³, como de otras entidades financieras no bancarias, grandes almacenes, etc. Vamos a ocuparnos en este trabajo de la actividad de todas aquellas entidades dedicadas a colaborar profesionalmente en la distribución de los seguros, con distintos tipos de vinculación con las aseguradoras para las que prestan sus servicios; obviamente, en esta sede la distribución realizada por los propios canales asegurativos no parece plantear problemas de interés.

La actividad mediadora en el ámbito del seguro queda en la actualidad exhaustivamente regulada por la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados (en adelante LMSRP), que representa la adaptación a nuestro ordenamiento de la Directiva 2002/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la mediación en seguros, con el fin de conseguir el mercado único de seguros que permitiera a los mediadores de seguros desarrollar su actividad libremente en los distintos estados integrantes de la Unión Europea.

Necesario en el presente estudio es no dejar de lado la previsión del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014, en torno a la mediación en la contratación de seguros, a la que dedica el Capítulo IV del Título VIII del Libro Quinto; esta normativa proyectada se ocupa igualmente de los dos tipos de mediación en la contratación de seguros, la derivada de un contrato de agencia y la

¹ Respecto a la creciente exigencia de nuevas alternativas por parte del consumidor de seguros comunitario *vid.*, entre otros, con una visión general, PREGEL, G., SUÑOL, R. y NUENO, P., *Instrumentos financieros al servicio de la empresa*, Deusto, Bilbao, 1989, pp. 183 y ss.; SÁNCHEZ SANTOS, J.M., “Estructura del mercado y competencia en la distribución de seguros: una perspectiva económica”, en AA.VV., *Estudios sobre Mediación de Seguros Privados*, QUINTÁNS EIRAS, M.^a R. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 29 y ss., en concreto p. 34; y VEIGA COPO, A.B., *Tratado del Contrato de Seguro*, t. I, 3.^a ed., Civitas, Navarra, 2014, p. 239.

² Necesariamente este es el canal a través del cual deberán distribuirse los productos asegurativos en el caso de las sociedades mutuas y cooperativas a prima variable, únicas facultadas para distribuir sus propios productos [*ex art. 5.2.b) LMSRP*].

³ Incluyendo aquellos casos en que los productos asegurativos sean colocados por los bancos entre sus clientes fuera de su propia sede (a través, p. ej., de sus empleados y agentes); *vid.* ROPPO, V., “Offerta fuori sede, mediante la rete dei promotori finanziari di una banca, del servizio di amministrazione fiduciaria statica prestato da altra società”, *Contratto e Impresa*, núm. 2, 1997, pp. 428 y ss., en concreto p. 432.

originada por el de correduría de seguros, respecto a los cuales se limita a ofrecer una definición en sus arts. 584-1 y 584-5, respectivamente.

Protagonistas, pues, de esta actividad intermediadora en el ámbito asegurativo son los mediadores, que son las personas físicas o jurídicas (art. 7.1 LMSRP) que, a cambio de una retribución, inicien o realicen cualquiera de las actividades calificadas como mediación de seguros o reaseguros [*vid.* arts. 2.2.a) y 34 LMSRP]⁴, siempre que estén inscritas en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos; Registro al que deberán acceder igualmente, en el caso de mediadores personas jurídicas, sus administradores y directores que respondan de las actividades de mediación (art. 52.1 LMSRP).

Sin embargo, no son considerados mediadores de seguros los empleados de las entidades aseguradoras en cuanto promuevan la celebración de contratos de seguro a favor de su empresa, ya sea en sus propias oficinas, ya sea mediante contratos a distancia (art. 4.2 LMSRP), al tratarse de actividades realizadas por aquéllos en el marco de la relación laboral que les une, entendiéndose –por tanto– como contratos realizados por la propia entidad aseguradora. Tampoco podrán actuar como mediadores, incluso ni a través de personas interpuestas, las personas que sufran alguna prohibición para el ejercicio del comercio ni las que se encuentren unidas a las entidades aseguradoras por vínculos de dependencia o subordinación especial (art. 5.1).

1.2. **Ámbito objetivo de la actuación de los mediadores de seguros**

Por actividad de mediación de seguros ha de entenderse la intermediación entre los asegurados y tomadores de seguros o reaseguros y las entidades aseguradoras o reaseguradoras, en concreto «la presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro o de reaseguro, o de celebración de estos contratos, así como la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos» (art. 2.1 LMSRP)⁵. Prevé, del mismo modo, dicho precepto la aplicación de la LMSRP «en aquello que les sea de aplicación» y pese a no ser realizadas por mediadores de seguros, a las actividades mercantiles que consistan en la distribución de seguros por vías diferentes a los propios mediadores de seguros, a las que nos hemos referido en las primeras líneas del trabajo: sería el caso de las entidades de crédito (operadores de banca-seguros), las grandes superficies comerciales, la distribución directa por parte de las mismas entidades aseguradoras o de entidades aseguradoras diferentes (art. 4.1 LMSRP), así como las agencias de suscripción, concibiéndose la actuación de éstas como si se tratase de la propia entidad aseguradora (dis. adic. 3.ª LMSRP).

⁴ A propósito de las diferencias entre los corredores de seguros y de reaseguros puede consultarse la completa exposición de GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., “La mediación en el reaseguro privado: Aspectos institucionales (I)”, en AA.VV., *Estudios sobre Mediación de Seguros Privados*, QUINTÁNS EIRAS, M.ª R. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 521 y ss., especialmente pp. 550 y ss.

⁵ Definición a la que habría de añadirse la nota de la retribución de la actividad de mediación, a la que alude el art. 2.2.a) LMSRP, tal como expone BATALLER GRAU, J., “La Ley de ¿mediación? de seguros y reaseguros privados: su ámbito de aplicación”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, CUÑAT EDO, V. y BATALLER GRAU, J. (dirs.), Civitas, Navarra, 2007, pp. 111 y ss., en concreto p. 114.

Deja, sin embargo, el art. 3.1 LMSRP al margen de la consideración de mediación en seguros privados, actividades como la intervención de una entidad como abridora en la distribución de riesgos entre entidades aseguradoras en el caso de coaseguro, las actividades propias de la mediación a las que alude el citado art. 2.1 LMSRP realizadas por una entidad aseguradora o un dependiente suyo, así como el suministro de información de forma accesoria a cualquier otra actividad profesional cuando su objetivo no sea la prestación de ayuda al cliente en la celebración de un contrato de seguro⁶.

Por otra parte, hay determinadas actividades, aun siendo propias de las entidades mediadoras de seguros y gozando de tal naturaleza, cuya realización queda prohibida a los mediadores (art. 5.2 LMSRP): entre otras, la asunción, directa o indirecta, de la cobertura de cualquier clase de riesgo o de la totalidad o una parte de los siniestros cubiertos por el seguro, no admitiéndose pacto en contrario (al tratarse de la actividad principal de las entidades aseguradoras); el desarrollo de cualquier actividad de mediación por cuenta de las sociedades, mutuas y cooperativas a prima variable; la imposición de la celebración de un contrato de seguro de forma directa o indirecta; o la celebración de contratos de seguro en nombre de sus clientes sin su previo consentimiento.

1.3. Obligaciones generales de los mediadores de seguros

Prevé nuestra normativa un buen número de obligaciones comunes a los dos tipos de mediadores, sin perjuicio de las específicas de cada figura en las que nos detendremos en epígrafes posteriores; se echa en falta –no obstante– una agrupación de tales deberes de los mediadores de seguros en un Capítulo inicial de la LMSRP (donde podemos destacar, a tales efectos, en solitario al art. 6), pues ello hubiese evitado ciertas remisiones, reiteraciones y un notable desorden en el tratamiento de los mismos⁷. Las sintetizamos en las siguientes:

- a) Obligación de prestar una información veraz y suficiente, clara, precisa y de fácil comprensión para el cliente [art. 43.1.b) LMSRP]⁸, en cumplimiento de su actividad asesora y de promoción, oferta y suscripción de contratos de seguros,

⁶ Actividades que han recibido en la doctrina económica la denominación de «*back office*»; al respecto *vid.* VARELA-CANDAMIO, L. y FAÍÑA MEDÍN, A., “Posibilidades de distribución del ahorro de los contribuyentes en los contratos de seguro: Especial referencia a la tributación de las actividades de los mediadores de seguros”, en AA.VV., *Estudios sobre Mediación de Seguros Privados*, QUINTÁNS EIRAS, M.^a R. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 59 y ss., en especial p. 86.

⁷ En tal sentido *vid.* BATALLER GRAU, J., “La incesante reforma del Derecho del Seguro: ¿último acto?”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, CUÑAT EDO, V. y BATALLER GRAU, J. (dirs.), Civitas, Navarra, 2007, pp. 69 y ss., en concreto p. 78.

⁸ No será, en cambio, obligatorio ofrecer esta información en el caso de mediación en la cobertura de un gran riesgo, ni para los mediadores de seguros ni para los corredores de reaseguros (art. 42.6). Sobre las diferentes modalidades de transmisión de dicha información *vid.* PEÑAS MOYANO, M.^a J., “Las obligaciones de informar de los intermediarios del seguro: Propuesta desde Europa”, en AA.VV., *Estudios sobre Mediación de Seguros Privados*, QUINTÁNS EIRAS, M.^a R. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 259 y ss., en concreto pp. 265 y 266.

con carácter previo a su celebración (art. 42.1 LMSRP)⁹; igual obligación rige en caso de modificación o prórroga del contrato que conlleve alteraciones respecto a la información inicial (art. 42.3). Sin duda que la incorrecta información facilitada por los mediadores motivará el nacimiento de un derecho del cliente a formular la reclamación correspondiente por los perjuicios sufridos¹⁰.

b) Obligación del mediador de actuar como depositario de las sumas dinerarias recibidas tanto de las entidades aseguradoras (al satisfacer las indemnizaciones o el reembolso de las primas a los asegurados) cuanto de sus clientes (al abonar las primas de los seguros en los que actúen como tomadores).

c) Publicidad e inscripción. Deberá hacerse constar en toda la publicidad y documentación mercantil empleada por los mediadores, sea o no en papel, los términos exigidos por la propia Ley según el tipo de mediador, así como el número de inscripción en el Registro especial administrativo al que necesariamente habrán de acceder.

d) Obligación de protección de la clientela de los servicios de mediación de seguros. Las entidades aseguradoras atenderán y resolverán las quejas y reclamaciones de los clientes a resultas de la actuación de sus agentes de seguros y sus operadores de banca-seguros, mediante sus departamentos y servicios de atención al cliente y de conformidad a lo dispuesto en la propia LMSRP y en la normativa sobre protección del cliente de servicios financieros (art. 44.2); por su parte, los corredores de seguros (ya sean personas físicas o jurídicas) y los mediadores de seguros domiciliados en otros estados del Espacio Económico Europeo que actúen en España en régimen de derecho de establecimiento o de libre prestación de servicios, cuentan con un doble vía para atender y resolver las quejas y reclamaciones de sus clientes (art. 44.3)¹¹: a través de su departamento o servicio de atención al cliente, pudiendo incluso contratar con una persona o entidad ajena (o externa) a su propia organización el desarrollo de las funciones propias de dicho departamento o servicio; o encomendando la resolución de

⁹ Información que ha de ser relativa a los siguientes aspectos: identidad y dirección del mediador; registro en el que se haya inscrito y los medio de comprobación de este dato; en su caso, la posesión de una participación directa o indirecta superior al 10 % en el capital social o en los derechos de voto de una entidad aseguradora; en su caso, la posesión por parte de una entidad aseguradora o de una empresa matriz de la misma de una participación (directa o indirecta) superior al 10 % en el capital social o los derechos de voto del mediador de seguros; los procedimientos que ofrezcan a los consumidores y demás interesados la posibilidad de presentar quejas y reclamaciones contra los mediadores de seguros y de reaseguros (art. 44), así como los de resolución extrajudicial de aquéllas (arts. 45 y 46); o el tratamiento de sus datos de carácter personal.

¹⁰ Al respecto *vid.* CUÑAT EDO, V., “Las líneas rectoras de la reforma”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, CUÑAT EDO, V. y BATALLER GRAU, J. (dirs.), Civitas, Navarra, 2007, pp. 85 y ss., en concreto p. 107; y LATORRE CHINER, N., “Los deberes de información y asesoramiento del mediador de seguros”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, CUÑAT EDO, V. y BATALLER GRAU, J. (dirs.), Civitas, Navarra, 2007, pp. 221 y ss., en particular pp. 237-239.

¹¹ Cuyo régimen jurídico está contenido en la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre Departamentos y Servicios de Atención al Cliente y el Defensor del Cliente de las Entidades Financieras (BOE núm. 72, de 24 de marzo).

aquéllas a un defensor del cliente de servicios de mediación de seguros (art. 45), que habrá de ser un experto independiente o entidad de reconocido prestigio.

2. MODALIDADES DE LA MEDIACIÓN EN SEGUROS

En la categoría de mediadores de seguros incluye el art. 7.1 LMSRP a los agentes de seguros (exclusivos o vinculados a varios aseguradores) y a los corredores de seguros, reservando a cada uno de ellos el art. 7.2 las denominaciones «agente de seguros exclusivo», «agente de seguros vinculado» y «corredor de seguros», respectivamente; de forma excepcional, cuando el agente de seguros tenga naturaleza jurídica de entidad de crédito o de sociedad filial de ella, se le reservará -según la modalidad de su vinculación- la denominación de «operador de banca-seguros exclusivo» o la de «operador de banca-seguros vinculado».

No podrá actuar ningún mediador de seguros de forma simultánea bajo dos de las citadas modalidades; ello no impide, sin embargo, que cualquiera de ellos pueda cambiar su condición, si reúne los requisitos exigidos legalmente, a otra figura de mediación de seguros, modificando su inscripción en el Registro administrativo especial previsto por el art. 52 LMSRP (art. 7.1 *in fine*).

2.1. Los agentes de seguros

2.1.1. Su relación contractual con la entidad aseguradora

El art. 9.1 LMSRP los define como aquellas personas (físicas o jurídicas) que, por sí solas o apoyadas por auxiliares externos (art. 10.4), y como consecuencia de la relación contractual de agencia que les une con una (exclusivos) o varias entidades aseguradoras (vinculados) y de la consiguiente inscripción de tal condición en el Registro administrativo especial, asuman el compromiso de realizar la actividad indicada en el art. 2.1 (la intermediación entre los asegurados y tomadores de seguros o reaseguros y las entidades aseguradoras o reaseguradoras autorizadas para ejercer la actividad aseguradora o reaseguradora privada). Una especialidad de los agentes está representada por los operadores de banca-seguros, a los que dedicaremos un epígrafe posterior por su peculiar naturaleza (2.2.).

Con un contenido similar, se centra con un mayor detalle en la actividad de mediación a realizar por el agente de seguros el art. 584-1 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, al señalar que aquélla habrá de consistir en la presentación, propuesta o realización de trámites previos a la celebración de un contrato de seguro (en cuanto simple mediador), en la celebración de los mismos (a modo de comisionista), así como en la genérica asistencia en la gestión y ejecución de los contratos, cuando concurra el siniestro. Llama la atención la omisión de cualquier referencia a la posibilidad de celebrar contratos con varias entidades aseguradoras de forma simultánea (para los agentes vinculados), lo cual no va a impedir su existencia junto a los agentes exclusivos.

No ofrece, sin embargo, la LMSRP de forma expresa un concepto de la actividad de agencia de seguros, pudiendo ser suplido este vacío recurriendo al artículo 10.3 del propio texto legal, relativo al carácter supletorio de las normas generales aplicables al contrato de agencia en el sector de los seguros¹², o sea, la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia, cuyo art. 1 define el contrato de agencia; tal acto jurídico, documentado por escrito y con naturaleza mercantil (art. 10.2), es el que viene finalmente a otorgar la condición de agente de seguros a quien lo celebre con la entidad aseguradora (art. 10.1). Será aplicable el régimen general de los agentes de seguros (Título II, Capítulo I, Sección 2.ª, Subsección 1.ª LMSRP) en aquellas materias en que no haya previsión específica al respecto en la propia LMSRP para cada uno de los dos tipos de agentes de seguros, los exclusivos y los vinculados (*vid.* arts. 13.1 *in fine* y 21.1).

El carácter retribuido del contrato de agencia de seguros conlleva la necesidad de hacer constar en el propio contrato la comisión o cualquier otro tipo de retribución que haya de abonar la entidad aseguradora al agente por su intermediación en la distribución de seguros, tanto durante el contrato como una vez extinguido éste, cuando hubiese derecho a aquélla (art. 11.2).

Por otra parte, circunstancias como la extinción del contrato de agencia de seguros o la modificación de la posición mediadora a favor de otro agente, habrán de ser comunicadas por la entidad aseguradora a los diferentes tomadores de cuantos contratos de seguro en cuya celebración hubiese intervenido dicho agente, pudiendo ser el propio agente de seguros cesante quien llevase a cabo tal comunicación (art. 11.3).

2.1.2. Sus principales notas caracterizadoras

Pasemos a exponer las principales notas caracterizadoras y diferenciadoras de los dos tipos de agentes de seguros:

- Concepto e inscripción registral. Son agentes exclusivos aquellos que mantienen una relación contractual con una sola entidad aseguradora (art. 13.1 LMSRP) y que deben ser inscritos no sólo en el Registro administrativo previsto por el art. 52 LMSRP, sino también en el Registro de agentes de seguros exclusivos de la entidad aseguradora (art. 15.1, de conformidad con el art. 13.2 del mismo texto legal). Por su parte, el art. 20 concibe a los agentes vinculados como aquellas personas físicas o jurídicas que, tras celebrar un contrato de agencia de seguros con diversas entidades aseguradoras y ser inscritas en el Registro administrativo especial del art. 52 LMSRP, se comprometen frente a éstas a desarrollar –de igual modo que los exclusivos– una actividad de mediación de seguros prevista por el art. 2.1; en la inscripción habrá de especificarse para qué entidades aseguradoras podrá realizar la actividad de mediación de seguros tal agente (art. 21.4).

¹² *Vid.* al respecto las consideraciones realizadas por GONZÁLEZ CASTILLA, F., “El agente de seguros y el operador de banca-seguros”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, CUÑAT EDO, V. y BATALLER GRAU, J. (dirs.), Civitas, Navarra, 2007, pp. 135 y ss., en especial pp. 150-153.

- Régimen de actuación. La actuación en exclusiva de un agente de seguros para una entidad aseguradora encuentra una excepción en el caso de contratación de ramos de seguros, cobertura de riesgos o contratos ajenos a la actividad habitual de la entidad aseguradora, que podrá autorizar por escrito a su agente exclusivo la celebración de otro contrato de agencia de seguros con una entidad aseguradora que trabaje esos otros productos asegurativos (art. 14.1); será innecesaria tal autorización de existir un convenio escrito entre varias entidades aseguradoras para la utilización conjunta, total o parcial, de sus redes de distribución (art. 14.2). Para que el agente de seguros exclusivo pueda actuar como agente vinculado de otras entidades aseguradoras, habrá de contar con el consentimiento de la primera entidad aseguradora con la que hubiese contratado en exclusiva; ahora bien, de no tratarse de un agente inicialmente exclusivo, será suficiente con hacer constar en cada contrato de agencia que vaya celebrando su condición de agente vinculado previamente con otras entidades aseguradoras (art. 21.2).
- Tras la vigente LMSRP, se suprime el anteriormente denominado diploma de «Mediador de Seguros Titulado», sustituido para los agentes de seguros vinculados por la acreditación de una formación previa, a través de la superación de un curso de formación o prueba de aptitud en materias financieras y de seguros privados [letra g) del apart. VI Preámbulo y art. 39.1 LMSRP]¹³. Asimismo, las propias entidades aseguradoras habrán de diseñar los programas de formación continua dirigidos a mejorar la preparación de los agentes de seguros exclusivos y de sus posibles auxiliares externos (art. 16.1).
- Obligación de proporcionar cierta información a los clientes, al margen de la mínima que –en su condición de mediadores de seguros- han de prestar de forma general, en la fase previa a la celebración del contrato, según hemos visto *supra*. Mientras que el agente de seguros exclusivo ha de informar a sus clientes sobre las circunstancias de la única vinculación contractual de mediación que mantiene con una entidad aseguradora, el agente vinculado deberá informar a aquéllos sobre la inexistencia de una vinculación contractual exclusiva con una o varias entidades aseguradoras [art. 42.2.a) LMSRP].
- Publicidad y documentación mercantil. En toda actividad de mediación de seguros privados protagonizada por los agentes exclusivos, su documentación y publicidad habrá de incluir alguna de las dos siguientes expresiones: «agente de seguros

¹³ Cuyo contenido y régimen se encuentra en el artículo 39 de tal Ley (dis. adic. 5.ª LMSRP). Con anterioridad a la actual LMSRP, la LMSP [art. 31.1 y 4, en relación con art. 16.1.c)] exigía la obtención del diploma de «Mediador de Seguros Titulado» por parte de las personas físicas, así como la superación de pruebas selectivas y cursos de formación para la obtención del citado diploma (dis. trans. 4.ª); tal diploma venía a sustituir y convalidar el anterior título de «Agente y Corredor de Seguros», produciéndose su incorporación, salvo renuncia expresa, a los nuevos Colegios de Mediadores de Seguros Titulados (dis. adic. 2.ª y dis. trans. 5.ª LMSP). Sobre el nuevo régimen de colegiación voluntaria e inscripción en un registro público en la LMSP, a diferencia de la anterior legislación, *vid.* IGLESIAS PRADA, J.L., “Las entidades bancarias y la distribución del seguro (Algunas reflexiones sobre la nueva disciplina de la mediación en Seguros)”, *RES*, núm. 72, 1992, pp. 11 y ss., en concreto p. 35 (en especial su nota 53).

exclusivo», si es persona física, o «agencia de seguros exclusiva», si es persona jurídica. A continuación se habrá de indicar la razón social de la entidad aseguradora por cuenta de la que medien, ya sea como consecuencia de un contrato de agencia, ya sea en virtud de un contrato entre diversas entidades aseguradoras para distribuir productos mediante la cesión de sus redes comercializadoras; finalmente, se incluirá en la documentación el número de inscripción en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros (art. 17.1). De forma paralela, los agentes de seguros vinculados utilizarán, según el caso, las expresiones «agente de seguros vinculado» o «sociedad de agencia de seguros vinculada», con la excepción de los operadores de banca-seguros, como tendremos ocasión de ver más adelante, debiendo incluirse asimismo una referencia a su inscripción en el Registro administrativo especial del art. 52 LMSRP; adicionalmente, respecto a la exigencias de los agentes exclusivos, habrá de hacerse referencia a la circunstancia de disponer de la capacidad financiera exigida, a la contratación de un seguro de responsabilidad civil u otra garantía financiera y a la identidad de las entidades aseguradoras por cuya cuenta actúen (art. 22), debiendo todo ello ser acompañado de una memoria [art. 21.3.d)]¹⁴.

- Responsabilidad derivada de su actuación. En el ejercicio de una actividad de mediación de seguros privados por parte de un agente de seguros exclusivo o de alguno de sus auxiliares externos, la responsabilidad civil profesional y la resultante de las infracciones de la normativa serán asumidas por las entidades aseguradoras por cuya cuenta actúen; y ello sin perjuicio de cualquier otro tipo de responsabilidad en que pudiera incurrir el propio agente de seguros en el marco de su actuación (art. 18). En el caso de los agentes vinculados, tal responsabilidad ha de ser asumida por la entidad aseguradora con la que hubiesen entablado un vínculo contractual, acreditado por aquéllos con anterioridad a dicha contratación; en caso contrario, quedaría obligado el agente a suscribir un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía financiera que cubriera una posible actuación negligente en el ejercicio de su profesión en el territorio del Espacio Económico Europeo [art. 21.3.h)]. Frente a la Administración, y sin perjuicio de la responsabilidad penal o de otra índole, por las infracciones cometidas en el desarrollo de sus funciones, serán directamente responsables tales agentes vinculados, las sociedades de agencia de seguros vinculadas, las personas integrantes del órgano de dirección y administración de estas últimas, debiendo

¹⁴ Cuyo completo contenido ha de ir referido a las entidades aseguradoras para las que actúan y ramos de seguro en los que intermedien; ámbito territorial de ejercicio de sus funciones; instrumentos destinados a la resolución de los conflictos originados por quejas y reclamaciones de la clientela; así como, de manera expresa, al programa de formación que los propios agentes han de poner a disposición de los integrantes del órgano de dirección responsable de la mediación de seguros en las sociedades de agencia de seguros vinculadas, así como de sus empleados y auxiliares externos; esta documentación estará disponible para la DGSFP, con facultad para solicitar las modificaciones de dicho programa que estime necesarias. Asimismo, tal Dirección General será la encargada de diseñar los principios básicos generales que deban regir los programas de formación de los agentes de seguros, en lo relativo a su contenido, organización y ejecución [art. 21.3.e)].

responder asimismo de la actuación de los auxiliares externos que colaboren con aquéllos (art. 23).

- Incompatibilidades. Ninguno de estos agentes podrán ejercer de forma simultánea las actividades propias de otro tipo de mediador de seguros, ni podrá actuar como auxiliar externo (arts. 19 y 24.1). Tampoco podrán las personas integrantes del órgano de dirección responsable de la mediación de seguros en las agencias de seguros vinculadas desarrollar simultáneamente las funciones de agentes de seguros exclusivos, ni la de corredores de seguros ni la de auxiliares externos de ambos, ni tampoco ostentar cargos de dirección o administración en sociedades de agencia de seguros exclusivas o en entidades de correduría de seguros [*vid.* arts. 21.3.f) y 24.2].

2.2. Los operadores de banca-seguros

2.2.1. Naturaleza jurídica de la figura

Recogiendo una realidad plenamente consolidada en el mercado asegurador español, el apartado III del Preámbulo y el art. 25 LMSRP contemplan expresamente la posibilidad de que las entidades de crédito, a través de sus redes de distribución, medien en la distribución del seguro¹⁵, dando lugar a la aparición de la figura denominada «operadores de banca-seguros»¹⁶. Pese al contrato de agencia que le vincula con la entidad aseguradora, nada dice sobre esta figura el art. 584-1 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014, lo cual no obsta a que deba seguir siendo considerada una modalidad del agente de seguros.

¹⁵ Tras la hoy derogada LMSP de 1992, se admitía que las entidades bancarias pudieran llevar a cabo, bien directamente o bien por medio de sociedades constituidas al efecto, la actividad mediadora propia de un agente de seguros, siempre y cuando dicha función quedase previamente incluida dentro de su objeto social. El art. 6.1 LMSP definía a los agentes de seguros como «las personas físicas o jurídicas que, mediante la celebración de un contrato de agencia con una entidad aseguradora, se comprometen frente a ésta a realizar...» alguna de las siguientes actividades: 1) La mediación entre los tomadores del seguro y los asegurados, por un lado, y los aseguradores autorizados para ejercer la actividad aseguradora privada, por otro lado. 2) La actividad de promoción y asesoramiento con el fin de preparar la formalización de los contratos de seguro y la posterior asistencia ofrecida bien al tomador del seguro, bien al asegurado, bien al beneficiario del mismo (art. 2.1 LMSP). En cambio, con anterioridad a la LMSP, pese a la plena admisión de las personas jurídicas como mediadoras de seguros, se exigía la constitución de sociedades que contasen con el ejercicio de la actividad de agencia de seguros (o, en su caso, la correduría de seguros o de reaseguros) como objeto social exclusivo: así podía deducirse, en concreto, del texto de la disposición adicional 3.^af) de la también derogada LOSEP de 1984.

¹⁶ Sobre el habitual recurso a las entidades bancarias por parte de las aseguradoras, con el fin de acercarse a sus clientes, *vid.* FILIPPI, E., “Bancos y Seguros”, *RES*, núm. 65, 1991, pp. 73 y ss., en concreto p. 82; GAVERBI, D., “Le assicurazioni dell’attività bancaria”, en AA.VV., *Profili di concorrenza e di integrazione fra attività bancaria e attività assicurativa*, NIGRO, A. y VOLPE PUTZOLU, G. (dirs.), Giuffrè, Milán, 1985, pp. 71 y ss., en especial pp. 83-88; ROPPO, V., “Sportelli bancari, reti di collocamento di prodotti finanziari e altri canali "alternativi" nella distribuzione assicurativa. Profili giuridici”, *BBTC*, vol. VI, 1992, pp. 787 y ss., especialmente pp. 791-793; y VALENZUELA GARACH, F., “Actividad bancaria y actividad aseguradora: algunos aspectos de integración y competencia”, *RDBB*, núm. 40, 1990, pp. 853 y ss., en concreto pp. 867-868.

Pueden ostentar, pues, la condición de operador de banca-seguros tanto las entidades de crédito como otras sociedades mercantiles controladas o participadas por éstas¹⁷, que ejerzan la actividad de mediación de seguros como agentes de seguros -a cuyo régimen jurídico quedarán sometidos (*vid.* art. 25.1 *in fine*)- empleando sus propias redes de distribución, previa la celebración de un contrato de agencia de seguros (*ex* art. 10.1 LMSRP) con una (operador de banca-seguros exclusivo) o varias entidades aseguradoras (operador de banca-seguros vinculado) y su inscripción en el Registro administrativo especial previsto por el art. 25.1); tienen prohibido, eso sí, compatibilizar tales redes de distribución de las entidades de crédito dicha función con la de auxiliar de otros mediadores de seguros (art. 25.4). Asimismo, no cabe la posibilidad de que varios operadores de banca-seguros utilicen la red de distribución de una misma entidad crediticia, exclusiva ésta por tanto de cada operador, admitiéndose -al contrario- que un operador de banca-seguros cuente con varias redes de distribución, correspondientes a diferentes entidades de crédito¹⁸.

En caso de que el operador ostente la condición de entidad crediticia, no le afectará la exigencia del art. 21.3.a) LMSRP para los agentes de seguros vinculados de que los estatutos recojan la posible realización de actividades de mediación de seguros. De tratarse de una sociedad mercantil controlada o participada por una entidad de crédito, el objeto social sí que debe incluir expresamente la posibilidad de realizar la actividad de agencia de seguros privados como operador de banca-seguros exclusivo o vinculado [art. 25.2.a)]. Junto a ello, si el operador de banca-seguros gozase de la naturaleza de vinculado, la memoria que -conforme al art. 21.3.d) y en su condición de agente- haya de presentar, deberá añadir a las menciones exigidas por aquél, una referencia a la red o redes de las entidades de crédito mediante las cuales se va a llevar a cabo la mediación de los seguros [art. 25.2.d)].

En cualquier caso, el operador de banca-seguros habrá de designar un órgano de dirección que responda de la actividad de mediación de seguros; deberá constar, asimismo, que al menos la mitad de sus miembros y la totalidad de las personas que ocupen la dirección técnica o puesto asimilado, hayan superado un curso de formación o prueba de aptitud en temas financieros y de seguros privados conforme a lo dispuesto por la DGSFP [art. 25.2.b) y c)], impartido por las propias entidades crediticias que actúen como operadores de banca-seguros.

2.2.2. Relación entre el operador de banca-seguros y la entidad aseguradora

En cuanto modalidad del contrato de agencia de seguros, no ofrece dudas la naturaleza de agencia de la relación contractual que une al operador de banca-seguros con la/s entidad/es aseguradora/s, conforme ha quedado expuesto en el epígrafe 2.1.1. y destaca de forma expresa el art. 25.1 LMSRP.

¹⁷ Sobre esta vía de entrada de las entidades de crédito en el mercado del seguro *vid.* VARGAS VASSEROT, C., “La contratación de seguro a través de la banca”, *RES*, núm. 148, 2011, pp. 711 y ss., en especial pp. 715 y 716.

¹⁸ *Vid.* CUNAT, *op. cit.*, p. 103.

Una vez apuntado lo anterior, se ha de hacer constar que cuando la relación de agencia se entable entre la entidad aseguradora y una sociedad mercantil controlada o participada por una entidad de crédito o un grupo de entidades de crédito, habrá de formalizarse bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios, cuyo objeto sería la cesión de la red de distribución de cada entidad crediticia al operador de banca-seguros para que medie en la comercialización de los productos asegurativos; tal vínculo contractual confiere a cada entidad de crédito la obligación de facilitar a las personas integrantes de dicha red la formación que sea necesaria para desarrollar su función de mediación de seguros (art. 25.1, 2.º párrafo)¹⁹.

Diferente de la actividad de estos operadores crediticios sería, sin embargo, la intervención de las entidades de crédito como simples tomadoras de seguros por cuenta de sus clientes. Pese a que en ambos casos la actuación de la entidad crediticia se producirá por cuenta ajena, el banco tomador lo hará en su propio nombre (art. 246 C.Co. sobre la representación indirecta)²⁰, mientras que el operador de banca-seguros, cuando concluya operaciones de seguro por cuenta ajena (y no sólo las promueva), actuará en todo caso en nombre ajeno (de la entidad aseguradora con la que celebró un contrato de agencia); por tanto, crearán los operadores de banca-seguros la apariencia de prolongación de la actividad de la entidad aseguradora ante los tomadores o los asegurados, al actuar afectos a aquélla y –además– en su nombre (*vid.* párrafo 5.º Preámbulo y art. 12.1 LMSRP²¹).

Por último, hemos de señalar que en el ámbito de cumplimiento de uno de los deberes propios de los agentes de seguros, los operadores de banca-seguros, además de informar a sus clientes sobre la existencia de relaciones contractuales de mediación de seguros con una (exclusivos) o con varias entidades aseguradoras (vinculados), habrán de comunicar a sus clientes que todo el asesoramiento proporcionado se dirige a la contratación de un seguro y no de cualquier otro producto que pueda ofrecer la entidad de crédito en su condición de operador de banca-seguros [art. 42.2.a) y b)].

¹⁹ *Vid.* al respecto ALONSO SOTO, R., “La nueva Regulación de los mediadores de seguros”, *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 71, 2007, pp. 35 y ss., en especial p. 44; ELGUERO Y MERINO, J.M.^a, *El agente de seguros y su Responsabilidad Civil*, Ed. Fundación Mapfre, Madrid, 2012, p. 80; y CASADO GARCÍA, R., *Análisis de la Ley 26/2006, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, Ed. Fundación Mapfre, Madrid, 2007, p. 151.

²⁰ Destaca en este sentido DÍAZ LLAVONA, C. (“Los operadores de bancaseguros en España”, *RES*, núm. 148, 2011, pp. 735 y ss., en concreto p. 742) esta modalidad de distribución de seguros, no tratándose de una estricta mediación; *vid.* igualmente BLASCO, I. / AZPEITIA, F., “Reordenación del sector bancaseguros en España”, *Cuadernos de Información Económica*, núm. 233, 2013, pp. 39 y ss., en especial p. 44.

²¹ Tal precepto reza así: «Las comunicaciones que efectúe el tomador del seguro al agente de seguros que medie o que haya mediado en el contrato surtirán los mismos efectos que si se hubiesen realizado directamente a la entidad aseguradora».

2.3. Los corredores de seguros

2.3.1. Naturaleza jurídica de la figura y su relación con la entidad aseguradora y con sus clientes

De igual modo que los agentes de seguros, tampoco son definidos los corredores de seguros en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014, cuyo art. 584-5 (Sección 2.^a, Capítulo IV, Título VIII, Libro Quinto) aborda de forma exclusiva el contrato de correduría de seguros. De conformidad a tal precepto, pueden ejercer la actividad de corredor de seguros las personas físicas o jurídicas que realicen una actividad de mediación de seguros privados (art. 2.1 LMSRP) sin estar vinculadas contractualmente con las entidades aseguradoras, ofreciendo asesoramiento independiente, profesional e imparcial a quienes busquen cubrir los riesgos a los que estén expuestas sus personas, patrimonios, intereses o responsabilidades (art. 26.1 LMSRP)²².

Son dos las relaciones surgidas a resultas de la intervención de un corredor de seguros: la que mantiene con la entidad aseguradora, a la que –conforme prevé el citado art. 584-5 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil– no quedará afectada; y la que le ha de vincular con su cliente necesitado de cobertura. Y a ambas se refiere expresamente dicho precepto.

a) La relación jurídica que une a los corredores de seguros con las entidades aseguradoras va a quedar sujeta a lo acordado por ambos en virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada, sin dejar de reconocer la independencia del corredor (art. 29.1 LMSRP); es decir, la desafección del corredor respecto al asegurador no ha de suponer inexistencia de vínculo contractual alguno entre ambos. En contraprestación a su actividad de mediación de seguros, el corredor ha de recibir de la entidad aseguradora una retribución, necesariamente bajo la modalidad de comisión (art. 29.2, párrafos 2.º y 4.º); en este sentido, la actividad prestada por el corredor de seguros habrá de consistir en la «presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro, o de celebración de estos contratos, así como la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro» (ex art. 584-5 Anteproyecto).

²² Señala el art. 26.1 *in fine* que tal asesoramiento será el realizado en el cumplimiento de la obligación del corredor de seguros de realizar un análisis objetivo conforme a lo dispuesto en el art. 42.4 LMSRP, o sea, sobre la base de un estudio de «un número suficiente de contratos de seguro ofrecidos en el mercado en los riesgos objeto de cobertura, de modo que pueda formular una recomendación, ateniéndose a criterios profesionales, respecto del contrato de seguro que sería adecuado a las necesidades del cliente». Ofrece asimismo el art. 42.4 dos presunciones sobre la existencia de análisis objetivo de un número suficiente de contratos de seguro: cuando el corredor de seguros haya analizado contratos de seguro ofrecidos por al menos tres entidades aseguradoras operantes en los riesgos que pretendan asegurarse; y cuando el corredor de seguros haya diseñado de forma específica el seguro solicitado y lo haya negociado con un mínimo de tres entidades aseguradoras que actúen en el mercado en el sector de los riesgos que pretenden cubrirse con el fin de ofrecerlo en exclusiva a su cliente en consideración a sus características o necesidades, dentro del criterio profesional del corredor de seguros.

b) En cambio, la relación entre los corredores de seguros y sus clientes se regirá, salvo pacto libre expreso, por la normativa del contrato de comisión mercantil, contenida en los arts. 244 y ss. C.Co. (art. 29.2, párrafo 1.º LMSRP). Y dicho pacto expreso constituirá el supuesto más habitual, presentándose en la práctica la aplicación supletoria de la normativa de la comisión como una solución legal poco ajustada a la auténtica naturaleza de la relación entre el corredor de seguros y sus clientes, que responde más al contrato de corretaje, pese a su carácter atípico: no hay duda de que el corredor de seguros interviene de forma bien diferente a la del comisionista, no atendiendo a encargos concretos de sus clientes sino planteando a su cliente las distintas alternativas de seguros posibles y asesorando sobre la más conveniente a cada caso concreto, siendo este último quien finalmente resulte ser el contratante directo del seguro²³. Por ello, junto a la independencia del corredor en su actuación frente al asegurador (muy diferente a su relación de dependencia con el tomador del seguro), no puede obviarse tampoco su inestabilidad, limitándose a realizar el acercamiento entre la compañía de seguros y los potenciales clientes, exclusivamente cuando reciban dicho concreto encargo (a diferencia de la función, necesariamente estable, del agente de seguros)²⁴.

Corredor de seguros y cliente pueden acordar por escrito la inclusión de honorarios profesionales, facturados directamente al cliente dentro de la retribución del corredor; en este caso se habrá de expedir, junto al recibo de prima a pagar por el tomador -emitido por la entidad aseguradora- una factura independiente por aquellas cantidades. En caso de que, además de tales honorarios, una parte de la retribución del corredor de seguros se abone con ocasión del pago de la prima a la entidad aseguradora, deberá especificarse en el recibo de prima el importe de dicha retribución y el nombre del corredor a quien haya de pagarse (art. 29.2, párrafo 3.º)²⁵. No obstante, también en este aspecto parece quedar lejos este contrato del de comisión, en cuanto que la no celebración del contrato de seguro en el que hubiese mediado el corredor de seguros no genera -salvo pacto expreso en contrario- obligación de pago de cantidad alguna.

²³ Vid. en este sentido ISERN SALVAT, M.ª R., “La intervención de los mediadores en la contratación del seguro”, en AA.VV., *Estudios sobre Mediación de Seguros Privados*, QUINTÁNS EIRAS, M.ª R. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 207 y ss., en especial p. 225; PÉREZ GARRIGUES, M., “El corredor de seguros”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, CUÑAT EDO, V. y BATALLER GRAU, J. (dirs.), Civitas, Navarra, 2007, pp. 195 y ss., concretamente pp. 211-213; y QUINTÁNS EIRAS, M.ª R., “La protección del asegurado en la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados”, en WESTLAW - ARANZADI, <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/run>, (consultada por última vez el 4 de julio de 2014), pp. 7-10.

²⁴ Sobre la diferencia entre ambos mediadores de seguros por su permanencia o estabilidad *vid.*, en la doctrina italiana, BIN, M., “Agente di assicurazione”, *Contratto e impresa*, 1987, pp. 946-952. También *vid.* PUYALTO FRANCO, M.ª J., “Algunas consideraciones sobre la relación jurídica entre corredores y entidades aseguradoras a propósito de la nueva Ley de Mediación”, *RES*, núm. 138, 2009, pp. 235 y ss., en concreto pp. 244 y 245.

²⁵ Vid. SIERRA NOGUERO, E., “La remuneración del mediador de seguros en la Propuesta de nueva Directiva de mediación en los seguros”, en AA.VV., *Estudios sobre Mediación de Seguros Privados*, QUINTÁNS EIRAS, M.ª R. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 291 y ss., en especial p. 300.

2.3.2. Obligaciones específicas del corredor de seguros

Llegados a este punto, conviene insistir en el ejercicio de la actividad de los corredores de seguros con total libertad e independencia respecto a las entidades aseguradoras, sin necesidad de entablar ningún tipo de vínculo representativo con ellas. Una manifestación evidente de tal independencia la encontramos en que en principio, el corredor de seguros no está obligado a entregar al tomador del seguro el recibo de la prima emitido por la entidad aseguradora, pero en caso de que así lo hiciese, el pago del importe de la misma al corredor realizado por parte del tomador se entenderá realizado a la entidad aseguradora (art. 26.4); para ello parece necesario que la entidad aseguradora habilite al corredor para que desarrolle todas las gestiones y actividades tendentes al cobro de los recibos de primas²⁶.

Y es esa misma independencia del corredor de seguros la que –en gran medida– determina que, junto a la obligación general de información propia de todo mediador (arts. 6 y 42.1 LMSRP), se vea afectado por una mayor rigurosidad y exhaustividad en el suministro de ésta que la exigida a los agentes de seguros; veamos algunas de sus manifestaciones:

- Debe facilitar al interesado la información precisa acerca de las condiciones del contrato de seguro que –a juicio del corredor– resulta más conveniente y adecuado a las concretas necesidades del cliente, de acuerdo a su criterio profesional y mediante una información veraz y suficiente; ello conlleva el control del corredor sobre la concurrencia en la póliza del seguro de los requisitos precisos para que produzca plenos efectos (art. 26.2 LMSRP)²⁷.
- Durante toda la vigencia del contrato de seguro en cuya celebración hayan intervenido mantienen un deber de seguir informando al tomador, al asegurado y al beneficiario acerca de las distintas cláusulas de la póliza, además de asesorar y asistir al cliente en caso de siniestro (art. 26.3).
- La obligación del corredor de informar a la DGSFP (que deberá autorizar las operaciones) recaerá también sobre la existencia de vínculos estrechos con otras personas físicas o jurídicas²⁸ o de un régimen de participaciones

²⁶ En tal sentido *vid.* PUYALTO FRANCO, M.^a J., “Las relaciones jurídicas entre corredores de seguros y entidades aseguradoras: entre la realidad y la utopía”, en AA.VV., *Estudios sobre Mediación de Seguros Privados*, QUINTÁNS EIRAS, M.^a R. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 331 y ss., en concreto p. 340.

²⁷ Considera MUÑOZ PAREDES, J. M.^a (*Los corredores de seguros*, 2.^a ed., Aranzadi, Navarra, 2012, p. 98) que no impide la normativa española a los corredores de seguros mantener vínculos contractuales con las entidades aseguradoras, pero de entablarlos se varía el asesoramiento imparcial al que se obligan; *vid.* igualmente LÓPEZ BUSTABAD, I.J., “Las obligaciones *ex lege* del corredor de seguros frente al futuro tomador. Referencia a la responsabilidad civil profesional”, en AA.VV., *Estudios sobre Mediación de Seguros Privados*, QUINTÁNS EIRAS, M.^a R. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 353 y ss., en concreto pp. 361 y 362.

²⁸ Según el art. 8.1 Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados (BOE núm. 267, de 5 de noviembre), al que se remite el art. 28.3 LMSRP, se entenderá por vínculo estrecho «toda relación entre dos o más personas físicas o jurídicas si están unidas a través de una participación o mediante un vínculo de control», concibiéndose la participación como la posesión, directa o indirecta, del 20 % ó más de los derechos de voto o del capital de una sociedad de correduría de seguros, y el vínculo de control como el

significativas²⁹, por medio de una transmisión de acciones o participaciones [vid. art. 27.1.a) *in fine*, en relación con art. 28.1 LMSRP]³⁰.

- El corredor de seguros deberá informar previamente por escrito a la clientela si su actuación en determinados productos asegurativos se produce bajo la dirección de otro corredor de seguros que responda de forma absoluta de la actividad desplegada por aquél (art. 33.2).
- También con carácter previo a la celebración del contrato, el corredor de seguros debe informar a sus clientes de su función de facilitar un asesoramiento ajustado a la obligación de realizar un análisis objetivo prevista por el art. 42.4 [vid. art. 42.2.c)]³¹.

Por otra parte, los corredores de seguros, en cuanto mediadores de seguros, habrán de incluir de forma destacada en su documentación y publicidad mercantil los siguientes elementos (art. 33.1 y 3):

- a) Las expresiones «corredor de seguros» o «correduría de seguros», según tenga el carácter de persona física o jurídica, respectivamente.
- b) Una referencia a su inscripción en el Registro administrativo especial del art. 52 LMSRP, a la circunstancia de disponer de la capacidad financiera exigida y a la contratación de un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía financiera que pudiera cubrir una posible actuación negligente en el ejercicio de su profesión en el territorio del Espacio Económico Europeo [art. 27.1.e)].
- c) La presencia en el consejo de administración de las sociedades de correduría de seguros de personas que soporten alguna de las causas de incompatibilidad de personas físicas para ejercer la actividad como corredores de seguros incluidas en el art. 31.2; cuando en el capital social de tales sociedades de correduría exista una participación significativa de entidades aseguradoras o reaseguradoras o de agentes de seguros; así como cuando la sociedad de correduría sea miembro, por sí misma o a través de un representante, del consejo de administración de una entidad

existente entre una sociedad dominante y una dominada en todos los supuestos recogidos en el art. 42.1 y 2 C.Co.

²⁹ El art. 28.3 LMSRP se remite al art. 22 LOSSP para determinar cuándo se entiende que existe participación significativa en una sociedad de correduría de seguros: cuando tal participación alcance, de forma directa o indirecta, al menos un 10 % del capital social o de los derechos de voto o cuando, sin llegar a dicho porcentaje, permita ejercer una influencia notable en la gestión de la sociedad de correduría de seguros. Sobre la superposición de los conceptos de vínculo estrecho y participación significativa *vid.* RAMÍREZ OTERO, L.C., “Los grupos de sociedades en el corretaje de seguros”, en AA.VV., *Estudios sobre Mediación de Seguros Privados*, QUINTÁNS EIRAS, M.^a R. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 93 y ss., en concreto p. 101.

³⁰ Quedan, no obstante, prohibidos los vínculos estrechos o las participaciones significativas en las sociedades de correduría de seguros a las personas físicas o jurídicas que se encuentren suspendidas o separadas de sus funciones de dirección de entidades aseguradoras, de sociedades de mediación de seguros o de corredores de seguros (art. 28.2 LMSRP).

³¹ Sobre el superior nivel del asesoramiento que ha de prestar el corredor al tomador del seguro frente al que debe el agente de seguros *vid.* BATALLER GRAU, J. y SEGUÍ-MAS, E., “La distribución como factor determinante en la protección del asegurado”, en AA.VV., *Estudios sobre Mediación de Seguros Privados*, QUINTÁNS EIRAS, M.^a R. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 119 y ss., en especial p. 132; *vid.* también GIRGADO PERANDONES, P., “Obligaciones de información del mediador de seguros”, en AA.VV., *Estudios sobre Mediación de Seguros Privados*, QUINTÁNS EIRAS, M.^a R. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 231 y ss., en concreto pp. 236 y 237.

aseguradora o reaseguradora o tenga una participación significativa en su capital social.

Por lo que respecta a la responsabilidad de los corredores de seguros frente a la Administración, sin perjuicio de la penal o de otra índole, por la infracción de normas sobre mediación de seguros privados cometida en el desarrollo de sus funciones, queda sometida a igual régimen jurídico que los agentes de seguros (art. 30 LMSRP).

2.3.3. Requisitos para actuar como corredor de seguros

Los requisitos para poder gozar de la condición de corredor de seguros habrán de ser acreditados mediante la documentación que debe acompañar a la solicitud de inscripción dirigida ante la DGSFP, sin perjuicio de su necesaria inscripción previa en el referido Registro especial del art. 52 LMSRP (art. 27); entre tales requisitos destacamos básicamente:

- La capacidad necesaria para ejercer la actividad de corredor de seguros. En caso de tratarse de una persona física, se le exige capacidad legal para el ejercicio del comercio (art. 4 C.Co.); si la actividad la ejerciese una persona jurídica, ésta habría de ser una sociedad mercantil o una cooperativa inscritas en el Registro Mercantil previamente a la solicitud de inscripción en el Registro administrativo especial, debiendo los estatutos sociales incluir la posibilidad de realizar actividades de correduría de seguros [art. 27.1.a)]. Tanto las personas físicas que actúen como corredores de seguros como los administradores, las personas integrantes del órgano de dirección de las sociedades de correduría de seguros y todo el personal que intervenga directamente en la mediación de seguros, habrán de reunir la honorabilidad comercial y profesional prevista por el art. 10.1 LMSRP [art. 27.1.d)].
- Los conocimientos necesarios para ejercer como corredor de seguros habrán de ser acreditados, en el caso de personas físicas, a través de la superación de un curso de formación o prueba de aptitud en materias financieras y de seguros privados, con los requisitos determinados por la DGSFP; tales conocimientos serán igualmente exigibles a las personas que, bajo la dirección del corredor de seguros o de forma independiente, tengan una participación directa en la mediación [vid. arts. 27.1.b), párrafo 1.º y 39.1]. Si se tratase de sociedades de correduría de seguros, al menos la mitad de los integrantes del órgano de dirección responsable de la mediación de seguros, además de las personas que ejerzan la dirección técnica (o puesto similar), deberán acreditar estar en posesión de los mismos conocimientos y títulos exigidos a los corredores de seguros personas físicas [art. 27.1.b), párrafo 2.º]. Asimismo, al menos la mitad de los administradores de estas sociedades de correduría deberán contar con experiencia suficiente para desarrollar las funciones propias de su cargo de gestión [art. 27.1.c)].

- La presentación de un programa de actividades, respetuosas con su objeto social, con el contenido mínimo previsto por el art. 27.1.g)³².
- Cuentan los corredores de seguros con un régimen de incompatibilidades más amplio que el de los agentes. No podrán ejercer la actividad de correduría de seguros un amplio número de personas físicas, tales como quienes por razón de su cargo o profesión puedan ver limitada su capacidad para ofrecer un asesoramiento objetivo a los clientes acerca de las entidades aseguradoras con las que contratar y a los diferentes tipos de pólizas, coberturas y precios que presenten; los administradores, delegados, gerentes, directores, apoderados generales y empleados de entidades aseguradoras o reaseguradoras; los agentes de seguros, exclusivos o vinculados, así como los administradores, delegados, gerentes, directores, apoderados generales y empleados y auxiliares externos de agentes y sociedades de agencia de seguros, exclusivos o vinculados, de entidades de crédito y financieras y de operadores de banca-seguros. Igual régimen de incompatibilidades será aplicable a los delegados, gerentes, directores, apoderados generales y a los que lleven -bajo cualquier título- la dirección general y técnica de las sociedades de correduría de seguros [arts. 27.3.h), 31 y 32].

Por otra parte, cuando el corredor de seguros tenga la condición de persona jurídica, no podrá llevar a cabo otras concretas actividades de mediación de forma simultánea (art. 32.1): sería el caso de la de agencia de seguros (exclusiva o vinculada); la actividad aseguradora o reaseguradora; la de operadores de banca-seguros; y cualquiera otra actividad para cuyo ejercicio se exija un objeto social exclusivo.

2.4. Otras personas intervinientes en el sector de la mediación

Pese a no ser auténticos mediadores de seguros, una última mención en este trabajo ha de hacerse a la colaboración prestada a aquéllos por otros profesionales; nos referimos a las relaciones contractuales mercantiles entabladas entre los mediadores y los auxiliares externos que colaboren con ellos de forma independiente y por cuenta ajena en la distribución de los productos asegurativos (con apariencia de agente)³³, realizando

³² En concreto: ramos de seguro y clase de riesgos en que se pretenda mediar; los principios rectores y ámbito geográfico de actuación; la estructura organizativa, con una referencia a los sistemas de comercialización, así como a los medios materiales y personales existentes para cumplir dicho programa; los mecanismos dedicados a solucionar los conflictos por quejas y reclamaciones de los clientes; un plan que detalle, para los tres primeros ejercicios sociales, las previsiones de gastos (especificando los generales corrientes) e ingresos, así como sobre las primas de seguro en las que va a intermediar, justificando tales previsiones y la disponibilidad de medios y recursos adecuados para cumplirlas; y una exposición del programa de formación que se obliga a aplicar a los empleados y auxiliares externos que vayan a desempeñar funciones que impliquen una directa relación con los tomadores del seguro y los asegurados, siendo la DGSFP la encargada de establecer los principios básicos generales para la organización, contenido y ejecución de los programas.

³³ De tal forma lo califica BATALER GRAU, J., “El estatuto jurídico del mediador de seguros”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, CUÑAT EDO, V. y BATALER GRAU, J. (dirs.), Civitas, Navarra, 2007, pp. 121 y ss., en concreto p. 130.

funciones tales como la captación de nuevos clientes o la simple tramitación administrativa de las actividades de mediación en seguros (art. 8.1), pero en ningún caso la colaboración en la gestión, ejecución o formalización de los contratos de seguro, incluso en caso de siniestro (art. 8.2), ni la función de asesoramiento (art. 8.4). No obstante, prevé el apartado 2.º del art. 8.1 LMSRP, modificado por la disposición final 12.ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la existencia de otra figura afin (los auxiliares-asesores), que sí podrán desarrollar funciones propias de los mediadores de seguros (en concreto, la asistencia en la gestión, ejecución y formalización de los contratos de seguro); en cualquier caso, se trata de colaboradores del mediador de seguros diferentes de los simples auxiliares de los empresarios, al que estarían vinculados por una relación laboral³⁴.

Por tanto, los auxiliares externos ni son mediadores de seguros ni podrán asumir ninguna de las competencias que la propia LMSRP les reserva; sus datos personales de identidad así como la fecha de su alta y, en su caso, baja habrán de ser anotados en el libro registro que lleven los mediadores de seguros (art. 8.3); en ningún caso podrán actuar de forma simultánea los auxiliares externos como mediadores de seguros (art. 25.4)³⁵.

Dentro de esta figura habría de incluirse la de los subagentes, que bajo la anterior normativa gozaban de un reconocimiento expreso (el art. 7.3 LMSP, pese a no reconocerles la condición de agentes de seguros, sí destacaba la afectación de las mismas incompatibilidades), actuando en ambos casos bajo la responsabilidad del mediador de seguros por cuenta del que trabajan [letra b) apart. VI Preámbulo LMSRP, en el que puede leerse: «Esta regulación obedece a un intento de aclarar la confusión generada en el mercado en los últimos años por la actuación desarrollada por los denominados subagentes y colaboradores previstos en la legislación que se deroga»].

³⁴ Vid. al respecto REGO LÓPEZ, A., “Las modificaciones en el régimen de los mediadores de seguros introducidas por la Ley de Economía Sostenible”, *RES*, núm. 148, 2011, pp. 783 y ss., en especial p. 788; sobre la naturaleza jurídica de la relación que entabla con el mediador de seguros vid. DÍAZ DE LA ROSA, A., “Los colaboradores de los mediadores de seguros”, *RES*, núm. 156, 2013, pp. 527 y ss., particularmente pp. 552-556; ÍD., “Los colaboradores de los agentes de seguros a través de sus sucesivas normas reguladoras”, en AA.VV., *Estudios sobre Mediación de Seguros Privados*, QUINTÁNS EIRAS, M.ª R. (dir.), Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 441 y ss., en especial p. 455.

³⁵ Vid. RUIZ ECHAURI, J. / HERNÁNDEZ BENITO, R., “El operador de banca-seguros en los Criterios de la Dirección general de Seguros y Fondos de Pensiones”, *RES*, núm. 148, 2011, pp. 757 y ss., en concreto pp. 764 y 765, de conformidad al Criterio de la DGSFP de 31 de julio de 2008.

LA REGULACIÓN DE LA PERMUTA COMERCIAL (*BARTER*) EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL

JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA *

Resumen

Los viejos institucionalismos, cuando se desenvuelven en una única línea argumental y metodológica, acaban cayendo en el inmovilismo. De ahí que se necesiten enfoques heterodoxos para dar solución a los conflictos nacidos en el moderno tráfico económico. Este es el caso de la permuta comercial o *barter*, que forma parte del denominado comercio de compensación y que se presenta como una antigua institución jurídica con nuevas estructuras y contenidos para dar cobertura a un comercio bilateral caracterizado por el intercambio recíproco de cosas, derechos o servicios sin apenas intervención de valores monetarios.

La tipificación de los nuevos contratos de permutas mercantiles permitiría resolver legalmente muchas cuestiones y, al mismo tiempo, contribuiría a dar mayor modernidad al futuro Código Mercantil. Sin embargo, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil no va por este camino. La fórmula utilizada para delimitar el ámbito de la permuta mercantil es demasiado conservadora y no sirve para abarcar nuevos contratos ligados al intercambio de bienes, derechos y servicios que han surgido en el mercado.

Contenido

1. Consideraciones previas. – 2. Delimitación conceptual. – 3. *Lege data*: diferenciación con la permuta tradicional. – 3.1. Diferencia por el objeto. – 3.2. Diferencia por la causa. – 4. *Lege ferenda*: la regulación legal de la permuta comercial. – 4.1. Introducción. – 4.2. La mercantilidad de la permuta comercial. – 4.3. La propuesta del anteproyecto de código mercantil. – 5. Conclusión: tratamiento tipológico de la permuta comercial.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La incidencia teórica y práctica del contrato de permuta tradicional ha sido mínima en Derecho mercantil, dado que la permuta es un exponente de una economía primitiva en la que el dinero no desempeña una función de instrumento de cambio. La permuta, como institución clásica, después de cumplir su ciclo histórico, se convirtió en un instituto obsoleto. Sin embargo, de manera paradójica, los reajustes de la actividad económica en periodos de crisis han permitido recuperar esta operación, si bien revestida ahora de nuevas fórmulas que le dotan de una dimensión argumental más

* Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Extremadura.

práctica y que se extiende a otros contenidos mejor conectados con las necesidades de las empresas y la demanda del mercado.

Las convulsiones económicas y las crisis financieras producen importantes reajustes en el comercio de ahí que en el campo de las transacciones comerciales, sobre todo en periodos de incertidumbre económica, las empresas estén interesadas en alcanzar la máxima eficiencia para optimizar sus resultados¹. Si a ello añadimos que los avances tecnológicos y económicos están modificando de forma radical los principios sobre los que se articula el intercambio de bienes y servicios, es fácil deducir los profundos cambios que se producen en la actividad comercial.

Las transformaciones económicas obligan a los operadores del mercado, en aras a buscar mejores resultados, a procurarse una estrategia innovadora para mejorar la capacidad emprendedora y competitiva de las empresas².

Pero la innovación, desde el punto de vista del tráfico económico, en multitud de ocasiones necesita cobertura jurídica. Con el paso del tiempo, la norma jurídica –la norma siempre va a la zaga de los conflictos surgidos en el mercado- otorga carta de naturaleza a instituciones que nacen al socaire de prácticas nacidas por el uso profesional y, de esta forma, regula institutos que afloran en el ordenamiento jurídico al socaire de las necesidades económicas y financieras subyacentes.

Consecuencia de todo ello es que en el moderno tráfico económico han surgidos nuevas instituciones ligadas al comercio de compensación o *countertrade* que han modificado la importancia e incidencia económica del intercambio recíproco de bienes y servicios³. Análogos fundamentos son aducibles para explicar el nacimiento de otra institución siamesa de la permuta comercial, cual es la permuta financiera, que nace igualmente al amparo del desarrollo de múltiples técnicas operativas instrumentadas en el curso de la concertación de contratos financieros⁴.

El *countertrade* es un instituto jurídico complejo que abarca un conjunto de prácticas comerciales en las que una parte, o a veces la totalidad, del pago de la contraprestación se realiza con bienes o servicios⁵. Dentro del comercio de compensación suele incluirse la denominada permuta comercial o *barter*⁶.

¹ No debemos olvidar que las instituciones son las reglas de juego que rigen el comportamiento de los sujetos, a los que proporcionan la estructura de incentivos para incidir sobre los costes de transacción en el ámbito económico. Cfr. CARLOS ARIAS, X. y CABALLERO, G., “El retorno de las instituciones y la teoría de la política económica”, en VV.AA., *La política económica en tiempos de incertidumbre* (Editores M. Esteban y F. Serrano), Ed. Netbiblo, A Coruña, 2006, pág. 6.

² *Videri* MARTÍNEZ ROMÁN, J.A., *Análisis y modelización del comportamiento innovador de las empresas*, CES, Sevilla, 2010, pp. 23 y 123.

³ Cfr. CARDONE, C., “Análisis de la práctica del comercio de compensación en España”, *Información Comercial Española*, nº 729, mayo 1994, pp. 109-124.

⁴ Aunque en algunos supuestos tiene caracteres parecidos a la permuta comercial en cuanto a su naturaleza jurídica, soslayamos en este estudio el problema de la permuta financiera para no hacer más compleja a cuestión, sobre todo si tenemos en cuenta que algunas operaciones de permuta financiera suelen trascender a la mera finalidad compensatoria para llegar a resultados meramente especulativos, lo que escapa del cometido del presente trabajo. En todo caso, para el estudioso interesado en profundizar sobre el tema, puede consultar nuestra obra: VEGA VEGA, J.A., *El contrato de permuta financiera (Swat)*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, páginas 41 a 85, sobre concepto y naturaleza jurídica.

⁵ El crecimiento del comercio recíproco radica en que se ha convertido en un instrumento de apoyo para afrontar problemas económicos en periodos de depresión o crisis financieras. Sin embargo, el sistema

El comercio de compensación no puede catalogarse como una simple vuelta al trueque de mercancías, sino que es una fórmula comercial más compleja y sofisticada que permite incrementar el comercio en periodos de crisis, exportar a países carentes de disponibilidad de divisas y abrir nuevos mercados, convirtiéndose en una nueva forma de gestión del comercio doméstico e internacional⁷. Además, es importante tener en cuenta que, a través de instituciones como la permuta comercial, puede extenderse el objeto contractual a otras contraprestaciones, como los servicios, que siempre han quedado excluidos del objeto de la permuta clásica.

En el tráfico jurídico moderno, la recuperación de instituciones clásicas no significa que no pueda enriquecerse el ordenamiento jurídico con nuevas o renovadas figuras que puedan solventar la deficiente regulación legal de los conflictos de intereses surgidos en el mercado⁸. Por ende, no existe ningún obstáculo para pensar que institutos antiguos no puedan tener proyección en la moderna economía. Ahora bien, la asimetría y contradicción de respuestas que se vienen dando exigen una profunda reconsideración de los antiguos conceptos en orden a configurar una estructura de nuevas figuras jurídicas que aporten soluciones eficientes en un modelo económico y financiero cambiante⁹.

multilateral de pagos e intercambios, como fundamento del comercio eficiente, ha sido tradicionalmente defendido, tanto política como institucionalmente, por los organismos internacionales y los países más desarrollados. La importancia e incidencia del comercio de compensación o recíproco puede verse en BONET MONER, B., "Intercambio y Barter, auge de una forma de comercio internacional", en *Countertrade y Barter*, Editorial Instituto de Empresa, Madrid, 1983, pp. 15-18; PRINGLE, R. (ed.): *Countertrade in the World Economy*, Group of Thirty, New York, 1985, pp. 14 ss.; WALLER, R.L., *The Principles of Countertrade*, Boston University, Boston, 1986, pp. 38-42; POUTEAUX, A., "The Legal Implications of Countertrade", *Countertrade and Barter*, n° 23, diciembre 1988-enero 1989, pp. 44-48.

⁶ Para un mayor detalle de la naturaleza jurídica del *barter* puede verse nuestra obra: VEGA VEGA, J.A., *El contrato de permuta comercial (Barter)*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 67 ss.

⁷ Cfr. SHI, S., "Money and Prices: A Model of Search and Bargaining", *Journal of Economic Theory*, n° 67, 1995, pp. 467-496.

⁸ La búsqueda de la eficiencia en la oferta de bienes y servicios en el mercado ha de serlo no solo desde el punto de vista económico sino también jurídico, en la medida de que son las instituciones las que pueden favorecer el intercambio acentuando la confianza de los empresarios u operadores económicos y consumidores, porque, tal como ha sido puesto de relieve por ARIAS, X.C. y CABALLERO, G., en "El retorno de las instituciones y la teoría de la política económica", en *La política económica en tiempos de incertidumbre*, cit., pág. 6: "El conjunto de reglas que favorezcan la reducción del oportunismo en los intercambios, que extiendan la mutua confianza entre los sujetos, y con ello la viabilidad a largo plazo de la ejecución de los contratos, que impulsen, en definitiva, el ahorro de costes de transacción, constituirá lo que en rigor puede denominarse una estructura institucional eficiente".

⁹ La mayoría de los estudios sobre los procesos de demanda y oferta de servicios por cambios tecnológicos ha sido ampliamente ignorada en las doctrinas jurídica y económica que defienden el sesgo hacia la cualificación por la especialización. Existen pautas y tendencias en los datos, pero carecen claramente de la uniformidad implícita en un simple modelo universal de cambio tecnológico que afecta a los mercados competitivos. Evidentemente la situación es distinta según tomemos los conjuntos de datos más convencionales o nos limitemos a los de partida inicial. En todo caso, parece existir una amplia variedad de experiencias, con cierta dependencia de las condiciones iniciales de cada profesión, que pueden favorecer en mayor o menor medida la consecución de los resultados pretendidos. Sobre el particular y de una forma más monográfica, puede verse GALBRAITH J. y BERNER, M., *Desigualdad y cambio industrial*, Ed. Akal, Madrid, 2001, pp. 160 ss.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Uno de los aspectos que puede aportarnos ciertas precisiones al analizar una categoría jurídica es el meramente terminológico. La voz *barter*¹⁰, de origen anglosajón, se viene utilizando con carácter general en todos los países y no solamente en los de habla inglesa¹¹. En España, quizá con el designio de huir de la colonización lingüística, la figura del *barter* se viene traduciendo por "permuta comercial".

El término *barter* sirve para rotular operaciones comerciales de distinta naturaleza, y no siempre con igual significado, de ahí que tengamos que partir de la advertencia de que delimitar el concepto de permuta comercial presenta, *in limine*, ciertas dificultades, dado el carácter polisémico de su significado. No obstante, debemos entender que el término se refiere tanto a la permuta de cosa por cosa como a otras operaciones más complejas en las que las partes pueden intercambiarse bienes o mercancías por servicios, incluyendo la posibilidad de intermediar con otros medios de compensación en virtud de criterios previamente pactados¹². Hay que advertir, empero, que la finalidad y el alcance de estas operaciones no son exclusivamente el trueque de bienes, tal como veremos más adelante. El contrato de permuta comercial ofrece una estructura compleja que con frecuencia suele desarrollarse en dos fases: de un lado, el contrato marco regulador de las relaciones futuras y, de otro, el propio contrato por el que se concretan los intercambios de bienes, derechos, servicios o unidades crediticias que han sido determinados con carácter general en el contrato marco. Es usual que en el acuerdo también aparezca involucrada una empresa de *barter* (*corporate barter company*) como intermediaria, que coadyuva a la consecución de los objetivos perseguidos por las contrapartes¹³. Además, en la operación suelen superponerse otros contratos, como préstamos o créditos¹⁴, avales, seguros, etc., que permiten al contrato principal operar como un negocio jurídico conexo.

¹⁰ La palabra *barter* es polisémica en lengua inglesa. En su sentido gramatical, según el Diccionario de Definiciones English Collins puede tener varios significados: 1º) Como verbo transitivo: To trade (goods, services, etc.) in exchange for other goods, services, etc., rather than for money. 2º) Como verbo intransitivo: to haggle over the terms of such an exchange; bargain (an agreement or contract establishing what each party will give, receive, or perform in a transaction between them). 3º) Como sustantivo, trade by the exchange of goods. Sobre su concepción semántica puede verse HART, K., "Barter", en *New Palgrave: A Dictionary of Economics*, Ed. Macmillan Press, London y Basingstoke, 1987, pp. 33 ss.

¹¹ El *Law & West's Commercial Dictionary, in five languages* (Ed. West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, USA) traduce la expresión *barter* como permuta o trueque. En Francia el término asumido es *troc*, de análogo significado al español. En Alemania a nivel comercial suele utilizarse el término *Barter*, en lugar de *Tauschhandel*. Lo mismo ocurre en Italia con los términos de *baratto* y *permuta*, que son reemplazados por *barter*. En idioma portugués la conclusión es la misma, se utiliza *barter*, que genéricamente se entiende como *comercio de permuta*.

¹² Sobre la confusión y equivalencia semántica en el orden internacional entre el *barter* y el comercio del compensación en general o *countertrade*, puede verse LOCHNER, S.C., "Guide to Countertrade and International Barter", *International Law*, Vol. 19, 1985, pág. 726.

¹³ Cfr. ROSS, D., "Accounting for Treasury Hedging Activities", *Accountancy*, enero 1991, pp. 94-95.

¹⁴ Véase STEIMBERG, J., "Accounting for transactions involving barter credits", en *The CPA Journal*, nº 1, julio 1999, pp. 2 ss.; CARLIN, W., FRIES, S., SCHAFFER, M. y SEABRIGHT, P., "Barter and Non-Monetary Transactions in Transition Economies: Evidence from a Cross-Country Survey", *Centre for Economic Reform and Transformation*, Heriot-Watt University, Riccarton, Edimburgh, núm 4 (marzo 2000, pp. 1-20).

El *barter* o permuta comercial es, en todo caso, el instrumento más común del comercio de compensación. Se perfila como un sistema de intercambio empresarial¹⁵, bilateral o multilateral, de bienes y servicios practicado por empresas y profesionales. El *barter* consiste, en su significado más simple, en operaciones transaccionales dirigidas al intercambio de activos entre dos o más partes sin uso de valores monetarios¹⁶, y que suele utilizarse por empresas con ánimo de obtener un mutuo beneficio con las contraprestaciones. Además, la permuta comercial ofrece soluciones creativas que ayudan a las empresas a abrirse nuevos mercados y a obtener beneficios financieros y económicos¹⁷.

Por otra parte, en países desarrollados, la aparición de un sector empresarial profesionalizado en la intermediación de permutas comerciales ha hecho surgir una especie monetaria propia que actúa como unidad de cambio, conocida como unidades *barter*, que se utilizan con efectos compensatorios y transaccionales, esto es, para facilitar los intercambios de bienes y servicios de forma bilateral (*barter* directo) o multilateral (*barter* indirecto)¹⁸.

Delimitadas las líneas que perfilan las operaciones de *barter* y sin ánimo de ser exhaustivos en la exposición, podemos apuntar un concepto general de permuta comercial, comprensivo de las distintas modalidades que ofrece, diciendo que en su sentido más simple es un contrato principal de contraprestaciones de bienes o servicios sin intercambios monetarios o, a lo sumo, con la utilización de activos monetarios o unidades especiales a los meros efectos compensatorios. En definitiva, desde el punto de vista contractual es un acuerdo por el que las partes se comprometen a proporcionarse recíprocamente bienes, derechos o servicios mediante compensaciones pactadas o bien fijando las bases sobre los que serán liquidadas las cuentas de compensación o cuentas

¹⁵ El *barter* doméstico o practicado por particulares, esto es, no profesional es una permuta simple de cosas, y no la integramos en este concepto, pues su estructura encaja perfectamente en la permuta civil. Si el intercambio es de cosas muebles con ánimo de revenderlas y obtener un beneficio se encuadraría en la permuta mercantil (art. 346 CCom), que como propuesta de *lege ferenda* la consideramos también como una especie de permuta ligada al sector profesional.

¹⁶ En términos anglosajones, y para referirse exclusivamente a la permuta comercial de estructura más simple, se dice que *Barter is an act of trading goods and services between two or more parties without the use of money*. HAMMOND, G.T., *Countertrade, Offsets And Barter In International Political Economy*, Ed. Pinter Publishers, London, 1990, pág. 8, por su parte entiende que: "Simple barter is a one-time only exchange of goods or services of equivalent value specified in one contract without the use of currencies."

¹⁷ La transición desde el intercambio de mercancías a dinero fiduciario por existir otras posibles compensaciones como las unidades *barter*, puede estudiarse en RITTER, J.A., "The transition from Barter to Fiat Money", en *The American Economic Review*, Vol. 85, nº 1, marzo 1995, pp. 134-149.

¹⁸ Las unidades *barter* pueden ir referenciadas en divisas o en otros valores. Las más comunes se expresan en dólares, y reciben el nombre de "barter dollars" o "trade dollars". Estas unidades sirven para determinar el valor de las contraprestaciones y para establecer garantías. Facilitan el intercambio de mercancías y a efectos fiscales y contables sirven para determinar el valor de inmovilizados o las bases imponibles de las transacciones. Cfr. GURIEV, S. y KVASSOV, D., "Barter for price discrimination", *Internacional Journal of Industrial Organization*, nº 22, 2004, pp. 329-350. STRATHERN, M., "Qualified value: the perspective of gift exchange", en *Barter exchange and value* (Editores: C. Humphrey y S. Hugh-Jones), Cambridge University Press, Cambridge, 119, pp. 169-191.

*clearing*¹⁹. Estos acuerdos en ocasiones se yuxtaponen a otros contratos accesorios de naturaleza compensatoria o conexas.

Con estos presupuestos podemos concluir que, desde el punto de vista jurídico, la permuta comercial es un contrato mercantil²⁰, atípico, principal, en virtud del cual dos partes se obligan a transferirse recíprocamente bienes o a prestarse servicios, de forma directa o indirecta, con efectos compensatorios²¹.

Ante esta formulación conceptual un tanto lata se impone hacer varias puntualizaciones para una mejor comprensión. La primera, aclarar que en el término de bienes debe entenderse comprendidos todo tipo de activos, como cosas o derechos e incluso las unidades *barter* que, en definitiva, no dejan de ser un derecho de crédito exigible a su emisor. La segunda, resaltar que el concepto enunciado puede entenderse como una clase de permuta especial, diferenciada de la permuta mercantil clásica, en la que, como es lógico, no se consideran incluidas las operaciones accesorias a los *barters*, como intermediaciones, avales, etc., dado que, aunque afines y conexos, son contratos independientes, al no pertenecer a la categoría de contratos de comercio de compensación o *countertrade*. La tercera, dejar patente que la ausencia de regulación sustantiva del contrato, aunque tenga una tipología social impuesta por el uso mercantil, determina que el objeto y categorías, que pueden ser muy variadas, deberán quedar

¹⁹ Las permutas comerciales, es decir, la posición que cada parte tiene en el contrato pueden ser negociadas. En este caso si no se negocian en mercados regulados se trataría de operaciones OTC (*over the counter*) o "a medida". Ello implica una relación directa entre las dos partes contratantes, sin que existe ninguna entidad u órgano que se interponga jurídicamente entre ambas, a diferencia de los mercados organizados en que existe un órgano denominado cámara de compensación (*clearing house*) o sociedad rectora que se subroga jurídicamente entre las partes contratantes. Cfr. LAMOTHE, P., SOLER, J.A. y LEBER, M., "Sistemas de medición de medición y control de riesgo de tipo de interés para tesorías de entidades financieras", en *Crédito Corporativo*, nº 73, 1995, pág. 25.

²⁰ Las demás características del *barter* son semejantes a la simple permuta o permuta clásica. Así, este contrato es consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y traslativo de dominio. La intervención de dinero tiene efectos compensatorios, equivalentes a lo establecido en el artículo 1446 CC. En un principio el contrato se calificó de naturaleza real, hoy la doctrina ha evolucionado hasta considerar que participa de naturaleza obligacional. Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Derecho Civil*, T. IV, Madrid, 1910, pp. 661.

²¹ La permuta comercial tiene referencia normativa en el Nuevo Plan General de Contabilidad. A tenor de las disposiciones contables, una permuta se considera comercial cuando el intercambio que se produce se refiere a bienes de naturaleza, uso y características diferentes, es decir, cuando los flujos de caja generados por ambos activos, el bien entregado y el que se recibe, son distintos. La valoración del activo recibido deberá ser igual al valor del activo entregado, más las contrapartidas monetarias entregadas a cambio, o, en su caso, del valor de mercado de este último. Las diferencias de valoración que pudieran surgir al dar de baja el elemento entregado a cambio se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias, como pérdidas o ganancias, lo cual también tendrá su reflejo fiscal. A través de estas premisas, podemos concluir que se considerará que una permuta tiene carácter comercial si se cumple alguno de estos dos presupuestos: a) La configuración (riesgo, calendario e importe) de los flujos de efectivo del inmovilizado que se recibe difiere de la configuración de los flujos de efectivo del activo entregado; o b) cuando el valor actual de los flujos de efectivo después de impuestos de las actividades de la empresa afectadas por la permuta, se ve modificado como consecuencia de la operación. Además, es necesario que cualquiera de las diferencias surgidas por los anteriores presupuestos resulte significativa al compararla con el valor razonable de los activos intercambiados.

Por el contrario, la permuta no comercial se produce cuando los bienes permutados son de igual naturaleza y características, y, por ende, resultan equiparables los flujos generados de efectivo por ambos, incluyéndose la contrapartida monetaria si procede o por el valor real (mercado) del activo recibido, si es inferior. No se registran resultados positivos ni negativos, lo que, desde el punto de vista fiscal, se traduce en que no se generan beneficios ni pérdidas.

Un análisis más detallado de la cuestión puede verse *infra* Capítulo 13, epígrafe 1.3.

determinados, en función de la evolución económica y legislativa, por la norma jurídica, que, en todo caso, caracterizaría y precisaría los perfiles del instituto mediante la tipificación legal²².

3. *LEGE DATA*: DIFERENCIACIÓN CON LA PERMUTA TRADICIONAL

La permuta clásica es un contrato traslativo de dominio, al igual que la compraventa, diferenciándose ambas en la idea básica de que en el contrato de permuta el cambio está referido exclusivamente a una cosa por otra, ambas distintas de numerario, o que en el caso de intervenir dinero lo es para igualar el valor de las cosas que las partes se transfieren recíprocamente.

La permuta comercial o *barter*, por su parte, tiene un objeto y una causa propia, de ahí que sea un contrato principal y, a nuestro modo de ver, especial en relación con la simple permuta o permuta clásica. El *barter* no es, en esencia, un contrato exclusivo de cambio o traslativo de dominio; no se trata solamente de intercambiar bienes, comporta otra serie de fines y alcances, además de tener el elemento añadido de la función financiera por la presencia de unidades compensatorias, de ahí que no tenga la misma naturaleza jurídica que la permuta tradicional y que se diferencie de esta tanto por el objeto como por la causa.

3.1. Diferencia por el objeto

El contrato de permuta clásica es un negocio jurídico del tipo *do ut des* (cambio de cosa por cosa), mientras que la permuta comercial es un contrato independiente y autónomo en el que también caben situaciones de *do ut facias*, o cambio de cosa por servicio (por ej., vehículos por derechos de estacionamiento, uso de local a cambio de publicidad estática), de *facio ut facias*, prestación de servicio por prestación de servicio (v. gr.: asesoramiento económico por asistencia técnica), o incluso de *do vel facio ut non facias vel non des*, dar o hacer algo para que la otra parte observe un conducta negativa (cesión de derechos de explotación de una marca a cambio de no ejecutar una sentencia). También podría plantearse la hipótesis de que la contraprestación consistiera en un contrato de obra (creación de una obra de la inteligencia a cambio del asesoramiento artístico), con lo que podrían incluso albergarse dentro del contenido de la permuta comercial las prestaciones propias del contrato de empresa²³. Recordemos también que modalidades especiales como el *barter* publicitario están alcanzando cierto auge en el

²² Las cuestiones sobre política legislativa en lo atinente a la necesidad de regulación y su tipificación, se expondrán más abajo en el apartado 5 que trata sobre la posible normación de la permuta comercial.

²³ Un caso bastante extendido que pudiera plantear dudas es el *barter* publicitario, en el cual, a cambio de una obra publicitaria se ponen a disposición espacios de publicidad en un medio. En este supuesto cabe la duda de si la contraprestación es de un producto terminado y, por tanto, lo que se permuta es una cosa, o si la prestación consiste en la ejecución de una obra. Estas cuestiones pueden verse en nuestra obra VEGA VEGA, J.A., *El contrato de Permuta Comercial (Barter)*, cit., pp. 190-194.

tráfico moderno, con formas complejas de intercambios de cosas, derechos o servicios²⁴.

Es cierto que el concepto de la permuta clásica no ha sido pacífico en nuestra doctrina, de ahí que sea difícil encontrar un concepto unitario o una regulación uniforme de este instituto²⁵. Las controversias sobre la naturaleza y el objeto del contrato de permuta clásica han sido constantes, y de ellas, la mayor discusión se centra en determinar si el objeto de este contrato se refiere exclusivamente a cosas o también se comprenden en su tenor los derechos (en referencia principal a derechos de créditos). La doctrina española ha seguido en este extremo a la italiana, entendiéndolo que el concepto de cosa se emplea en sentido amplio, como sinónimo de bien jurídico, incluyendo a los derechos²⁶. Así, algunos autores llegan a afirmar que en la permuta se cambian derechos: los derechos de propiedad inherentes a las cosas permutadas²⁷. En tanto que otros, llevando esta teoría a sus últimas consecuencias, afirman que lo que se permutan son las titularidades de los derechos de propiedad sobre las cosas²⁸.

La doctrina jurisprudencial no ha seguido estas teorías, manteniéndose en la línea clásica de considerar que, por definición legal, el objeto de la permuta se refiere a cosas, si bien es cierto que en algún fallo nuestro Tribunal Supremo ha mantenido alguna posición discrepante²⁹.

Si ampliamos el objeto de la permuta a los derechos, tendríamos que admitir que la permuta tradicional incluye el intercambio de derechos de crédito. En este caso las sumas monetarias transferidas no serían el objeto del contrato, sino que el objeto estaría conformado por los derechos de crédito, que -como sabemos- incorporan la facultad de exigir pagos recíprocos en los que se concreta el cumplimiento del contrato. Esta construcción, como es obvio, resulta artificiosa y significaría buscar una interpretación difícil y sinuosa en relación con el sentido natural del actual derecho positivo, pues para admitir la posibilidad de permuta dineraria (dada la contraposición conceptual entre compraventa y permuta existente en nuestro Código Civil) habría que afirmar que en la

²⁴ La permuta publicitaria presenta varias categorías. En algunos casos tiene por objeto compensar la exhibición de mensajes publicitarios mediante la entrega de bienes o servicios, que pueden ser de distinta naturaleza, pero lo más frecuente es que se trate de productos creados por la empresa anunciante (obras audiovisuales o cinematográficas para su exhibición en televisión o cines). Otra modalidad de *barter* es el llamado *pure advertising barter*, que representa un mero intercambio de espacios publicitarios por espacios publicitarios en distintos medios de difusión o comunicación (por ejemplo, publicidad en televisión por publicidad en prensa escrita o radiofónica). Para un mayor detalle, puede verse VEGA VEGA, J.A., *El contrato de permuta comercial (Barter)*, cit., pp. 193-195.

²⁵ MERINO HERNÁNDEZ, J.L., *El contrato de permuta*, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, pp. 23-24.

²⁶ Así, el artículo 1552 del *Codice Civile* italiano dispone que “La permuta es un contrato que tiene por objeto la recíproca transferencia de la propiedad de cosas, o de otros derechos, por parte de cada contratante al respecto”.

²⁷ Defiende esta opinión MELÓN INFANTE, F., “El contrato de permuta en el Código civil”, *Revista de Derecho Privado*, tomo 45, 1961, pág. 709.

²⁸ Es de esta opinión MERINO HERNÁNDEZ, J.L., *El contrato de permuta*, cit., pág. 45.

²⁹ La STS de 6 de mayo de 1974 mantuvo un criterio amplio de permuta con fundamento en la libertad de pacto consagrada en el artículo 1255 del CC. Por su parte, la STS de 31 de octubre de 1986 califica el contrato de cambio de solar por pisos y locales como contrato atípico *do ut des*, sin por ende encuadrarlo en de ningún tipo legal, línea jurisprudencial seguida después, como por ejemplo en la STS de 3 de noviembre de 2009 [RJ 2009,5830].

simple permuta no se intercambian pagos (créditos o activos), sino los medios de pago: se cambiarían los medios de obtener contraprestaciones.

A mayor abundamiento, el Código Civil no alberga el intercambio de créditos dentro de la sistemática del contrato de permuta. Su regulación (título IV, capítulo VII, arts. 1526-1536 CC) queda encuadrada bajo la normativa del contrato de compraventa; esto es, se configura la cesión del crédito como una transmisión de este activo a cambio de dinero. En los preceptos reguladores el texto legal habla de comprador y vendedor del crédito, con la idea de que, en esta institución, no se equipara el crédito con la cosa a la que se refiere el contrato de permuta³⁰.

Una posible solución a la cuestión planteada también podría fundarse en la idea de un intercambio de obligaciones en vez de derechos de crédito. Pero en el ámbito jurídico ha de destacarse que las deudas no son un bien jurídico, sino un gravamen patrimonial, por lo que con tal afirmación difícilmente podría sostenerse que se respetaría el esquema del intercambio de una cosa por otra, propia de los contratos traslativos de dominio, como es la permuta³¹.

En consecuencia, la permuta comercial, *prima facie*, se diferencia de la permuta clásica por el objeto. En el contrato de permuta lo esencial es el cambio de una cosa por otra (art. 1538 CC). Y si bien en nuestro sistema jurídico el dinero pertenece al género de cosa o bien, sin embargo, lo relevante del contrato de permuta tradicional es que las cosas a intercambiar son distintas de numerario o divisas, y aunque puede intervenir dinero en la permuta, por mor de aplicación del artículo 1446 del Código Civil, si media numerario, el valor de la cosa debe exceder al de aquél³², ya que, aunque se prevé en el mismo artículo la posibilidad de calificar el negocio jurídico según la intención de las partes, la mera referencia de los sujetos a la voluntad de celebrar el contrato de permuta, no supone su calificación como tal, porque, como ha venido manteniendo la doctrina, una cosa es la denominación y otra la calificación jurídica. En suma, de una exégesis de los artículos 1446 y 1538 del Código Civil podemos colegir que en el contrato de permuta se contraponen los conceptos de cosa y dinero, debiendo entender que en el primer vocablo no se incluye numerario³³.

³⁰ La problemática que plantea una permuta de créditos puede verse en nuestra obra sobre *El contrato de permuta comercial (Barter)*, cit., págs 174-178.

³¹ Cfr. ROSSELL I PIEDRAFITA, C., *Aspectos jurídicos del contrato internacional de SWAP*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 211-212.

³² Cfr. LASARTE, C., *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Tecnos, 12ª ed., Madrid, 2008, pp. 293-294.

³³ CANO RICO, J.R., *Manual práctico de contratación mercantil*, T. II, "Contratos bancarios, financieros y sobre títulos-valores", 4ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 375, argumenta que "el artículo 333 del Código Civil no permite definir el concepto de cosa en sentido extensivo y no parece que pueden encuadrarse en el mismo las obligaciones o débitos que uno contrae". Con análogos argumentos se rechaza la calificación como permuta por otros autores, entre los que cabe citar: COSTA RAN, L., "El contrato de permuta financiera ("Swap Agreement")", en *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 1, 1990, pp. 63 a 66; DÍAZ RUIZ, E.: *op. cit.*, pp. 734 y 757-758; ROSSELL I PIEDRAFITA, C., *Aspectos jurídicos del contrato internacional de SWAP*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 205-212; VALPUESTA GASTAMINZA, E.M., "Las operaciones de swaps", en la obra colectiva *Contratos internacionales* (Coord. por P. Blanco-Morales), Ed. Tecnos, 1997, pp. 1058-1059. En la misma línea de opinión, puede verse para otros ordenamientos jurídicos: BOULART, P.A. y CHABERT, P.Y., *Les swaps: Technique contractuelle et régime juridique*, Ed. Masson, Paris, 1992, pág. 67; GORIS, P., *The legal aspect of swaps*, Ed. Graham & Trotman, London,

El actual artículo 346 CCom no aporta ninguna precisión técnica relativa al objeto o contenido del contrato de permuta mercantil, habiéndose construido su concepto en base a la doctrina jurisprudencial y de los autores.

3.2. Diferencia por la causa

En el contrato de simple permuta o permuta clásica, la causa es la transmisión de una cosa a cambio de otra o trueque de derechos de propiedad³⁴, lo que en la permuta mercantil viene determinado por la función de cambio de cosas muebles para revenderlas con ánimo de lucrarse en la reventa (arts. 325 y 346 del CCO). En la permuta comercial la causa alcanza otro significado.

La causa jurídica de la permuta clásica o tradicional es el cambio; es un contrato traslativo de dominio sobre cosas. En la permuta comercial la función práctico-social no es el mero cambio de bienes, derechos o servicios, debido a operaciones activas y pasivas. La causa jurídica de las permutas comerciales está fundamentada en el compromiso de hacerse intercambios de bienes con compensaciones recíprocas de servicios o prestaciones diversas para cubrir necesidades de la empresa o alcanzar resultados lucrativos. En suma, la función práctico-social de la permuta comercial de índole mercantil se fundamenta en la intención de intercambiar cosas, derechos y en la prestación de servicios para alcanzar fines propios de la empresa.

La causa del *barter* excede de la cobertura o el ámbito que nuestros códigos civil y de comercio contemplan en el concepto legal de permuta. Por ende, la función económico-social en ambos contratos no es coincidente³⁵.

4. *LEGE FERENDA*: LA REGULACIÓN LEGAL DE LA PERMUTA COMERCIAL

4.1. Introducción

La permuta comercial puede catalogarse de contrato autónomo y principal con causa única, por lo que tiene sustantividad propia. Y aunque pueda tener ciertas semejanzas aparentes con otros contratos tradicionales, sin embargo, una vez analizada su esencia, se revela como un contrato especial que produce nexos obligacionales particulares. La función práctico-social se fundamenta en la intención de intercambiar cosas, derechos y en la prestación de servicios para alcanzar fines propios de la empresa. Pueden asumirse obligaciones de pagos de cantidades monetarias en base a contraprestaciones, pero siempre con ánimo compensatorio. Aun cuando el contrato se estructure mediante un modelo tipo que puede dar lugar a un encadenamiento de operaciones, no significa que

1994, pp. 220 ss.

³⁴ DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, II, cit., pág. 332.

³⁵ Un análisis más exhaustivo de la causa se encuentra *infra* en el Capítulo 8, epígrafe 1, de este trabajo.

se configure como un contrato complejo o mixto, sino que habrá que calificarlo como contrato único con pluralidad de objeto.

La tipificación de las permutas mercantiles en los códigos de comercio ha servido para intentar alcanzar mayor modernidad en la regulación del intercambio de cosas o bienes. En nuestro país, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil parece que va por este camino, sin embargo, la fórmula utilizada para delimitar el ámbito de actuación es demasiado restrictiva y, a nuestro juicio, no sirve para abarcar las modernas operaciones ligadas al intercambio de bienes y servicios que han surgido en el mercado.

La permuta comercial tiene un objeto más amplio que la permuta mercantil clásica. Desde el punto de vista de la tipificación legal, como cuestión de *lege ferenda*, tal como después veremos, podemos adelantar que, sin menoscabo de otros posibles criterios más ambiciosos, podría proveerse una regulación unitaria de todas las permutas, estructurándose después, según el objeto, en diversas variedades tipológicas.

4.2. La mercantilidad de la permuta comercial

El contrato de permuta comercial es un instituto jurídico que, configurándose como una figura contractual de valor sustantivo, no viene regulado ni en la ley civil ni en la mercantil, únicamente se encuentra aludido en normas de contabilidad. Así, existen referencias a la permuta comercial en el Plan General Contable de 2007³⁶. Por su parte, la Ley 24/88, de 28 de julio, sobre Mercados de Valores, en su artículo 2.2 incluye a las permutas como instrumentos financieros negociables, si bien no llega a apellidarlas³⁷. Pero hay que entender que, si antes de la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, se aludía solamente a las permutas financieras y ahora se habla de permutas en general, cabe colegir que el legislador asume la posibilidad de que existan varias modalidades de permutas, entre ellas las comerciales, que pueden quedar comprendidas en el ámbito de la LMV incluso a los efectos de su posible negociación en un mercado secundario oficial o regulado³⁸.

³⁶ Plan General de Contabilidad, aprobado por R.D. 1514/2007, de 16 de noviembre, Segunda Parte, Normas de Registro y Valoración: 2ª Inmovilizado material. 1. Valoración inicial.

³⁷ No encontramos, por el contrario, alusión a las permutas de índole financiero en el RD 1282/2010, de 15 de octubre, por el que se regulan los mercados secundarios oficiales de futuros, opciones y otros instrumentos financieros derivados.

³⁸ El artículo 2 LMV, en sus ordinales 4 y 5, viene a establecer la negociabilidad de las posiciones asumidas por las partes en estos contratos, al precisar que quedan comprendidos en el ámbito de la Ley los siguientes instrumentos financieros: “[...] 4. *Contratos de opciones, futuros, permutas y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con materias primas que puedan liquidarse en especie, siempre que se negocien en un mercado regulado o sistema multilateral de negociación.* 5. *Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con materias primas que puedan ser liquidados mediante entrega física no mencionados en el apartado anterior de este artículo y no destinados a fines comerciales, que presentan las características de otros instrumentos financieros derivados, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si se liquidan a través de cámaras de compensación reconocidas o son objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía*”. Es patente que, aunque la norma no diferencie entre las diferentes operaciones de permuta y, por ende, no se denomine expresamente a la permuta comercial, la posibilidad de negociación en contratos subyacentes de mercancías y otros activos también puede incluir la permuta comercial o *barter*.

Surge así el problema de si, al no tener una regulación sustantiva específica, pero al estar aludido en normativa legal que establece un régimen jurídico aplicable a ciertos aspectos del mismo, el contrato de permuta comercial debe calificarse como típico o atípico. Sin entrar en el estudio de la teoría general de la tipicidad contractual, podemos afirmar, por vía de descarte, que el contrato de permuta comercial o *barter* no puede catalogarse como contrato atípico puro, ya que existen referencias legales que explicitan algún efecto de su régimen jurídico. Esta parquedad normativa sirve al menos para reconocer la licitud de su causa y para extraerlo del grupo de los contratos innominados.

Tampoco este instituto puede entenderse como un contrato unido, conexo o múltiple, habida cuenta que no se articula con la yuxtaposición o unión de varios contratos típicos diferentes entre sí en los que cada uno conserva su individualidad (aunque estén ligados por determinadas razones), sino que se conforma como un contrato único, si bien integrado por elementos que pueden resultar típicos y atípicos, pero en el que existe una única causa, propia y diferente de cualquier otro contrato.

Y es que existen ciertas figuras jurídicas no normadas que ofrecen características y modalidades resultantes de pactos peculiares de contenido uniforme para cada clase de operación, que les separan de otros contratos existentes en el ordenamiento jurídico con los que pueden tener cierta relación³⁹, y que incluso pueden ser aludidos tangencialmente por normas legales, pero que se conforman como contratos atípicos *sui generis*. Este es el caso de la permuta comercial o *barter*.

Como sabemos, el Derecho mercantil español, que no pertenece a un sistema objetivo puro, para la delimitación de la materia mercantil recurre a dos criterios complementarios: el criterio de la inclusión y el de la analogía. El *barter* viene mencionado en normas contables dictadas para los empresarios, sin estar regulado o mencionado por la ley civil o general, por lo que cumpliría este requisito para su calificación como mercantil. Pero en el supuesto de que esta referencia también suscitara sus dudas por la parquedad de la referencia, habríamos de acudir al criterio de analogía contenido en el artículo 2 del vigente Código de Comercio. Y es palmario que, a tales efectos, el contrato de permuta comercial reúne las características que han servido para calificar como mercantiles a los contratos, dado que es un acto jurídico que se realiza por el empresario, con ánimo de lucro, con el designio de contribuir a alcanzar los fines propios de la empresa que ejercita. Estos contratos, propios de los empresarios y profesionales y que sacan a la luz su estrategia innovadora, facilitan la solución de los conflictos que se presentan en el tráfico económico de compensación, de ahí deriva, en última instancia, su mercantilidad.

4.3. La propuesta del Anteproyecto de Código Mercantil

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil marca una nueva etapa en el tráfico jurídico-económico ligado al mercado. Con su publicación, se pretende un *aggiornamento* de instituciones ya normadas y la regulación de otras que se han impuesto en los últimos tiempos en el mercado.

³⁹ Así, GARRIGUES, J., en *Contratos bancarios*, 2ª ed., Madrid, 1975, pág. 39.

Entre las materias que tradicionalmente han sido objeto de regulación legal en los códigos de comercio se encuentra la permuta mercantil. En nuestro país, el parco régimen jurídico, más bien referencia legal, no ha despejado las principales dudas que secularmente se han planteado sobre su objeto, naturaleza y contenido.

La propuesta del nuevo Código Mercantil –hay que reconocer que con un criterio poco innovador- aborda el régimen de la permuta mercantil en el libro V (“De los contratos mercantiles en particular”), título I (“De los contratos de intercambio de bienes”), capítulo IV (“De la permuta mercantil”). A tales efectos, dedica dos preceptos: el artículo 514.1, que califica de mercantil la permuta cuando cualquiera de las partes intervinientes, en el ejercicio de su propia actividad económica, se obliga a entregar un bien para recibir otro, presente o futuro, y el artículo 514-2, que en relación con su régimen jurídico, determina que, en lo que sea posible, deben aplicarse las normas del contrato de compraventa contenidas en el Código.

Fuera del marco de la permuta, en el libro V, título III, capítulo III, sección 6ª, se dedican los artículos 533-16 a 533-18 a tipificar el contrato de permuta publicitaria, al que –de conformidad con el uso social- se le denomina *bartering*. La tipificación de este contrato en la forma que lo hace el Anteproyecto, a pesar de que representa una innovación plausible, sugiere muchas críticas. Así, es de destacar, en primer lugar, la tipificación tan simple del contrato que se hace, habida cuenta que ni se concreta el contenido contractual ni se determinan las diferentes modalidades de *bartering*. Parece que lo único que le interesa al legislador es regular la titularidad de los derechos de propiedad intelectual. La sistematización del contrato también resulta fuera de lugar, ya que si se recogiesen todos los contratos de permuta en una misma sección no haría falta aludir en este apartado a su naturaleza jurídica, aunque pudiera regularse algún aspecto concreto como la titularidad de los derechos de propiedad intelectual en sus distintas modalidades.

En todo caso, como es fácil colegir, el futuro Código Mercantil, de ver la luz en estos términos, mantendría un concepto arcaico y tradicional de permuta, lejos de las modernas prácticas surgidas en el mercado. La única novedad que parece se prevé introducir en esta institución es la referencia a bienes futuros, aclaración que cabe calificar de innecesaria toda vez que este tema no había sido objeto de discusión ni doctrinal ni jurisprudencial al existir tipificada la categoría de cosa futura. Quizá el único avance conceptual lo encontramos en la delimitación de su mercantilidad, habida cuenta que la futura norma pretende aclarar que para determinar la mercantilidad de la permuta hay que acudir a un criterio mixto: se exige, de un lado, la participación en el contrato de al menos un operador del mercado, criterio profesional, y, de otro, se alude a la necesidad de que sea un bien afecto a la actividad económica de una de las partes, es decir, aplicación del criterio objetivo.

No cabe en este trabajo para hacer una crítica general de la fórmula conceptual elegida, ya que nos alejaríamos de su objeto, pero sí debemos dejar patente que, de aprobarse en estos términos el nuevo Código Mercantil, se estaría perdiendo una oportunidad de alcanzar una regulación más novedosa y moderna del instituto de la permuta mercantil, puesto que se dejaría fuera de su régimen jurídico el intercambio negocial de servicios y, además, dependiendo de la interpretación que se diera al vocablo “bien”, podría asimismo quedar fuera de su régimen jurídico la permuta de derechos.

Es patente que con la regulación que se articula en el Anteproyecto de Ley del Nuevo Código Mercantil no se da cumplida respuesta a las exigencias de las modernas operaciones de intercambios de bienes, servicios y derechos surgidas en el mercado. Un régimen más avanzado y cercano a las necesidades del tráfico económico debería también incluir en su regulación la permuta comercial y otros tipos de permutas como, por ejemplo, la permuta financiera y los contratos afines propios del comercio de compensación.

En resumen, la regulación que se propone en el nuevo Código Mercantil, además de no concretar de forma clara el objeto del instituto, no resuelve los problemas que el intercambio de cosas, derechos o servicios plantea en el tráfico moderno. En efecto, el proyectado Código propone que el objeto en la permuta se extienda a todo bien. Si interpretamos el concepto de bien en sentido amplio, esto es, como sinónimo de bien jurídico en general, podrían incluirse en su tenor las cosas y los derechos⁴⁰, opinión que, con anterioridad, no había sido acogido de forma unánime por la doctrina ni por la jurisprudencia⁴¹. Pero si partimos de un significado más restringido del término bien, es decir, como sinónimo de cosa, llegaremos a la conclusión de que el nuevo texto mercantil que se pretende publicar se aferra al concepto tradicional restringido de permuta⁴².

En todo caso, aunque defendiéramos una concepción amplia del objeto de la permuta, hay que concluir que, en el tenor que se alberga en la propuesta de Código Mercantil, no quedan incluidas dentro de su objeto las contraprestaciones de servicios, pues estos no tienen la consideración de cosas ni derechos⁴³.

⁴⁰ Recordemos que, por ejemplo, el artículo 1552 del *Codice Civile* italiano de 1942 dispone que “La permuta es un contrato que tiene por objeto la recíproca transferencia de la propiedad de cosas, o de otros derechos, por parte de cada contratante al respecto”. Del tenor literal del texto se colige que la norma italiana contempla este instituto con dos diferencias respecto del español. Una, referida a que el contrato en dicha legislación no tiene un mero contenido obligacional, sino que el objeto de la permuta es la transferencia recíproca de la propiedad de las cosas o derechos, al contrario que en Derecho español, en el que ambas partes solo se obligan a transmitirse el dominio. La segunda diferencia viene representada por el hecho de que la ley, en cuanto al objeto, alude a cosas y derechos, lo que, sin duda, le otorga un mayor radio de acción que en nuestro ordenamiento jurídico.

⁴¹ Incluso, se parte de un criterio más restrictivo del que gran parte de la doctrina científica había concretado para la permuta, al incluir los derechos en su concepto. Por su parte, la doctrina jurisprudencial, al socaire de la regulación positiva, cuando se enfrenta con una modalidad nueva de permuta, suele calificar al contrato de atípico, con prestaciones de *do ut des*. Así, la STS de 31 de octubre de 1986 (RJ 1986, 6024) califica el contrato de cambio de solar por pisos y locales como contrato atípico *do ut des*, por lo que considera que no encaja en ningún tipo legal. Por su parte, la Sentencia del TS de 29 de abril de 1991 (RJ 1991, 3105) parece equiparar dicho contrato de cambio de solar por pisos con la propia permuta, lo que supondría ampliar el criterio del objeto negocial de este contrato.

⁴² Como sabemos, no es pacífica la acepción de la palabra bien, ni en la doctrina ni en la legislación. Y, a tenor de la terminología que nos ofrece el Código Civil, también debemos concluir que es difícil precisar una caracterización concreta del concepto de cosa, ya que mentado texto legal unas veces rotula como bien a la cosa misma y al derecho sobre ella (art. 334), otras veces contraponen cosas a derechos (v. gr.: arts. 348 y 375), y en ocasiones los identifica (arts. 336, 347 o 1283). Algunos preceptos, por su parte, diferencian el bien del derecho (art. 659), mientras que otros hablan de bien como sinónimo de cosa (arts. 333, 346 o 659). En sentido general el bien tiene un concepto más amplio que cosa, ya que en esta última palabra no podríamos incluir los bienes extrapatrimoniales (vida, libertad, etc.).

⁴³ Cfr. MERINO HERNÁNDEZ, J.L., *El contrato de permuta*, cit., pág. 45, siguiendo la opinión, entre otros, de MELÓN INFANTE, F., “El contrato de permuta en el Código civil”, *Revista de Derecho Privado*, tomo 45, 1961, pág. 709, y AUBRY, C./RAU, C., *Cours de Droit Français*, Vol. V, Paris, 1907, pág. 255.

Hemos incidido más arriba en la idea de que la permuta comercial se diferencia de la permuta tradicional por el objeto y la causa, dado que, además de contraponerse los conceptos de cosa y dinero, no se incluyen las prestaciones de servicios. Y aun cuando admitiéramos la posibilidad de permuta de dinero, siempre sería cuando este bien no cumpliera su función de medio de pago, extremo que no ocurre en las permutas comerciales, en las que el dinero siempre puede intervenir como instrumento o medio de pago o como cumplimiento de las obligaciones compensatorias recíprocas. Con el concepto de permuta que se prevé, si lo interpretamos de forma lata, se ampliaría el objeto incluyendo los derechos como permutables, pero siempre quedarían fuera los servicios.

En suma, la permuta tradicional responde al tipo *do ut des*, mientras que la permuta comercial es un contrato especial en el que también caben comportamientos *do ut facias* (cambio de cosa por servicio) o *facio ut facias* (intercambio de servicio por servicio⁴⁴). Incluso podría articularse, en atención a la complejidad de sus fines u objeto, como contrato con pluralidad de objeto bajo la fórmula *do vel facio ut des vel facias*. Por consiguiente, no podemos inferir que las prestaciones debidas, como objeto de los contratos de permuta tradicional y permuta comercial sean las mismas⁴⁵, habida cuenta que en la permuta comercial el dinero es una medida de valor y no una cosa.

También hemos dicho que podrían diferenciarse la permuta clásica y la especial por la causa. En el contrato de permuta tradicional, la causa es la transmisión de una cosa a cambio de otra o trueque de derechos, con ánimo de lucro en la esfera mercantil. En la permuta comercial la función práctico-social no descansa en el mero cambio de bienes, derechos o servicios, sino en el compromiso de hacerse intercambios de bienes con compensaciones recíprocas de numerario, servicios, derechos, o de estos entre sí, con el propósito de lograr un resultado positivo en el negocio (lucro en cualquier modalidad) o de alcanzar otros fines: procurarse una estrategia innovadora para mejorar la capacidad emprendedora y competitiva de las empresas; exportar a países carentes de disponibilidad de divisas; abrir nuevos mercados; buscar nuevas formas de gestión del comercio doméstico e internacional. En conclusión, la permuta tradicional (civil o mercantil) y la permuta comercial presentan causas y objetos que pueden resultar distintos o al menos especiales. La causa del *barter* excede de la cobertura o el ámbito que nuestros códigos civil y mercantil contemplan en el concepto legal de permuta. En consecuencia, nos encontramos ante una permuta de índole especial.

5. CONCLUSIÓN: TRATAMIENTO TIPOLOGICO DE LA PERMUTA COMERCIAL

⁴⁴ Por ejemplo, el *barter* publicitario, que consiste en un intercambio en el que el anunciante produce el programa, que incluye su publicidad, y el medio publicitario (operador de televisión, cine, etc.) lo emite.

⁴⁵ Esta misma idea es defendida por BOULART, P.A. y CHABERT, P.Y., *Les swaps technique contractuelle et régime juridique*, Ed. Masson, Paris, 1992, pp. 69-70, que escriben: "La qualification d'échange, bien qu'a priori séduisant et appropriée, ne résiste pas complètement à l'analyse. Toutefois, sur le plan terminologique, le terme n'a pas de concurrent sérieux: la traduction française autorisée du mot swap correspond heureusement à la signification du terme anglais; on distingue ainsi échanges de taux et échanges de devises, parfois réunis dans la catégorie des 'échanges financiers'".

Sentado, pues, que la realidad actual del intercambio de bienes y servicios ha modificado las causas y objetos que lo justifican, y que la concepción primitiva de la permuta ha dado lugar a otros institutos más abiertos que resuelven nuevas necesidades surgidas en el tráfico económico, podemos plantearnos dos cuestiones. La primera, preguntarnos si es necesario una regulación legal de la permuta comercial. Y la segunda, en el supuesto de que contestásemos en sentido afirmativo la cuestión anterior, cuál sería el tratamiento tipológico a dar a este instituto.

En lo atinente a la necesidad de regulación, hay que concluir que en estos momentos pudiera pensarse que no es una prioridad inmediata. En efecto, la permuta comercial tiene más desarrollo en el comercio internacional, lo que en principio no aconseja un intento de regulación, dado que la autonomía normativa en este ámbito es manifiesta, al estructurarse en principios consuetudinarios aceptados de forma autónoma por los operadores del mercado, y, además, la posible regulación internacional estaría encaminada a proteger a sujetos o partes débiles en la contratación, cuestiones que no se plantean en el *barter* empresarial. En el ámbito nacional, donde también las operaciones de *barter* pueden provocar conflictos de intereses, se constata –por ahora– una mínima judicialización de las controversias, pues en la mayoría de las ocasiones se resuelven en virtud de acuerdos extrajudiciales o mediante el recurso al arbitraje.

Ahora bien, si se pretende promulgar un Código mercantil del futuro, lo lógico y racional es que se dé cabida a instituciones vivas que permiten solucionar los conflictos que se plantean en la práctica. De ahí que, en este estado de cosas, haya que concluir que sería positivo y conveniente plantearse, como cuestión de *lege ferenda*, la tipificación legal del instituto.

El contrato de permuta comercial debería regularse bajo la órbita del Derecho mercantil. La mercantilidad del contrato, como hemos apuntado, viene determinada tanto por el carácter subjetivo, dado que los contratos de *barter* que nos ocupan nacen y se desarrollan en el ámbito de la vida empresarial y son los empresarios los que los utilizan en el ejercicio de su profesión, como por el aspecto objetivo, pues es un acto jurídico que se realiza por el empresario con el designio de alcanzar el fin propio de la actividad que ejerce. La regulación mercantil evitaría la dispersión normativa y garantizaría la unidad de mercado⁴⁶.

Dado que estamos ante el Código mercantil del futuro, sería aconsejable no dejar pasar esta oportunidad para hacer una regulación general de las permutas y establecer una distinción tipológica entre sus diferentes clases, acogiéndose en su regulación la

⁴⁶ Como hemos significado a lo largo de la obra, en nuestros días el problema de la mercantilidad de los contratos tiene importancia en nuestro país únicamente en lo que se refiere a la incidencia de la capacidad normativa de las comunidades autónomas. A tenor de lo previsto en el artículo 149.1.6º de la CE, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación mercantil⁴⁶. Ello supone que, si el contrato de permuta comercial se regula como un contrato mercantil, las normas autonómicas, desde el punto de vista sustantivo, no van a extender su radio de acción a este instituto, por lo que ni se va a producir una regulación legal sustantiva por las comunidades, ni un *novum* en su contenido. Esto es, por la vía de la regulación autonómica no van a introducirse obligaciones o derechos en el marco de las relaciones contractuales privadas de naturaleza mercantil que pudieran distorsionar el tráfico jurídico-económico. De esta forma, no se dictarían por parte de las comunidades autónomas con derecho foral normas jurídicas que atentaran a la unidad del mercado. De ahí la importancia que tiene la calificación de un contrato como mercantil o civil.

permuta convencional y las especiales, entre las que se incluiría la permuta comercial (a la que pertenece como subtipo la publicitaria o *bartering*) o la permuta financiera.

En cuanto al modo de abordar la tipificación, es fácil colegir que, si la norma mercantil desde su origen ha servido para resolver los conflictos surgidos en el seno de los empresarios y operadores del mercado en general, la formulación de un tipo de permuta en el ámbito mercantil ha de ser unitario. Dicho de una forma más clara, en la futura regulación legal que nos depare la promulgación de un nuevo Código de la materia mercantil debería incluirse tanto la permuta referida a intercambios o prestaciones recíprocas de cosas como de derechos y servicios, sin olvidar, en su caso, otro tipo de permutas especiales como las financieras u otras propias del comercio de compensación.

La causa en los nuevos subtipos contractuales, como especie contractual *sui generis*, se justificaría por el propósito de alcanzar un determinado resultado comercial empírico y lucrativo. Sobre esta base, la permuta mercantil podría ser el género, en tanto que las restantes permutas *se* recogerían como subtipos especiales del género. En todo caso, la categoría jurídica contractual sería única⁴⁷.

En suma, sería un contrasentido dejar fuera de regulación a los nuevos institutos jurídicos que, como formas especiales de permutas, han surgido en el tráfico económico de las empresas y que obedecen a los profundos cambios operados en el intercambio de bienes y servicios en el mercado.

⁴⁷ Hay que pensar que la generalización del comercio minorista de permutas y la necesaria protección de los consumidores aconseje que el tráfico de permutas no exclusivamente profesional –a saber, las que tienen lugar entre empresarios y particulares- caiga también bajo la órbita del Derecho Mercantil. Es igualmente una exigencia de la unidad de mercado.

CONTRATO DE DEPÓSITO DE DINERO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

FERNANDO ZUNZUNEGUI *

Resumen

Este artículo analiza el depósito de dinero introducido en el Anteproyecto de Código Mercantil como un contrato financiero. Se estudian sus precedentes y las novedades de la propuesta para llegar a la conclusión de que el régimen proyectado cuestiona la reserva legal sobre la recepción de depósitos del público siendo contrario al Derecho comunitario.

Contenido

1. Introducción. – 2. Antecedentes. – 2.1. Código de comercio de 1829. – 2.2. Código de comercio de 1885. – 2.3. Proyecto de Reforma de 1926. – 3. Encuadramiento y ponencia. – 4. Mercantilidad. – 5. Carácter financiero. – 6. Naturaleza. – 7. Contenido. – 7.1. Noción. – 7.2. Constitución. – 7.3. Custodia. – 7.4. Restitución. – 7.5. Prelación concursal. – 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil presentado al Consejo de Ministros por los Ministros de Justicia y de Economía y Competitividad el 30 de mayo de 2014, incluye un capítulo sobre el contrato de depósito de dinero en el título dedicado a los contratos financieros. Es una novedad en nuestra codificación que merece ser analizada. Vamos a estudiar sus antecedentes y el encuadramiento del nuevo tipo contractual en el Anteproyecto. A continuación analizaremos el contenido del capítulo dedicado al depósito de dinero desde la perspectiva de su consideración como contrato financiero. La tesis de este artículo es que la propuesta del Anteproyecto es contraria a la reserva legal sobre la recepción de depósitos del público y constituye una amenaza a la estabilidad financiera. El artículo concluye con unas breves conclusiones.

* Profesor Contratado Doctor por la ANECA, profesor de Derecho del Mercado Financiero en la Universidad Carlos III de Madrid.

2. ANTECEDENTES

2.1. Código de comercio de 1829

El Código de comercio de 1829 incluye un título sobre el depósito mercantil, dedicando dos artículos al depósito de dinero y uno al sistema de fuentes de los depósitos que se hacen en los bancos. Según el art. 408: “*El depositario de una cantidad de dinero no puede usar de ella, y si lo hiciere quedan a su cargo todos los perjuicios que ocurran a la cantidad depositada, y satisfará al depositante el rédito legal de su importe*”. Si bien, cuando el depósito se constituyere con expresión de las monedas que se entregan al depositario “*correrán por cuenta del depositante los aumentos o bajas que sobrevengan en su valor nominal*” (art. 409), dado que en este tipo de depósitos, al permanecer el dominio en el deponente “*para él debe ser el peligro y el aumento de lo depositado*”.¹ A su vez el art. 411 que cierra el título recoge la especialidad de los depósitos en Bancos públicos de comercio, a los que se les aplicaban sus propios estatutos, con preferencia a las leyes del Código.

2.2. Código de comercio de 1885

El Código de comercio de 1885 dedica el art. 307 a los depósitos en numerario, con o sin especificación de las monedas en que se constituyan, y el 310 a la preferencia de los estatutos de los bancos para regular sus depósitos. Como novedad, el art. 309, aclara que cuando, con asentimiento del depositante, el depositario dispusiere de las cosas objeto del depósito “*cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante y depositario y se observarán las reglas y disposiciones aplicables al préstamo mercantil, a la comisión o al contrato que en sustitución del depósito hubieren celebrado*”. Sobre este aspecto se pronuncia el art. 1.768 del Código civil de 1889, en estos términos: “*Cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato*”. Como dice Emilio Langle, se sigue aquí la “*doctrina de que el poder usar de la cosa opónese a la naturaleza misma del depósito*”.²

A partir de este régimen la doctrina discute sobre la naturaleza del depósito bancario, entre su consideración como depósito irregular o como contrato *sui generis* que participa de la naturaleza del mutuo.

2.3. Proyecto de Reforma de 1926

El Informe de la Comisión permanente de la general de codificación sobre el Proyecto de Reforma del Libro II del Código de comercio de 12 de julio de 1926, publicado en la Gaceta de Madrid de los días 4 y 5 de septiembre de 1926, juzga imprescindible establecer normas claras sobre el depósito irregular que “*impidan simulaciones*

¹ GÓMEZ DE LA SERNA, P. y REUS Y GARCÍA, J., *Código de Comercio comentado y anotado*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1878, p. 176, nota (3).

² LANGLE, E., *Derecho mercantil*, Reus, Madrid, 1931, p. 215.

peligrosas e inmorales, fuente de fraudes importantes y motivo de que se debilite el crédito, que es el alma del comercio. Al logro de tales propósitos se establece que el depósito irregular ha de ser siempre indeterminado, con lo que se diferencia del préstamo mutuo; exigese en el depositario la condición de banquero y que el deponente conozca previamente las garantías especiales". Según el art. 146 del citado proyecto las imposiciones de dinero en cuenta corriente tendrán *"la consideración de depósitos irregulares y les servirán de especial garantía, con preferencia a todo otro acreedor, los créditos o préstamos a favor del Banco"*. Distingue este Proyecto, en una moderna visión de la materia que concuerda con los más recientes desarrollos del Derecho de la Unión Europea, las cuentas de efectivo de las cuentas de valores, y califica las de efectivo como depósitos irregulares con garantía especial.

3. ENCUADRAMIENTO Y PONENCIA

El Anteproyecto de Código mercantil pretende aumentar la seguridad jurídica mediante una modernización de la legislación mercantil. En el libro dedicado a los contratos mercantiles en particular, dedica un título al contrato de depósito mercantil y otro a los contratos financieros. El título sobre el depósito mercantil contiene un capítulo dedicado a los depósitos especiales entre los que destaca el depósito colectivo de cosas fungibles (art. 552-4). En este tipo de depósitos, el depositario cumple con su obligación de devolución *"mediante la entrega al depositante de otras de la misma clase y en la misma cantidad"*, es decir con entrega de *tantundem*. El depósito de dinero es una cosa fungible y bien podría quedar encuadrado en el régimen de este artículo, cuando se celebra al margen del comercio de banca. Sin embargo, el Anteproyecto opta por regular el depósito de dinero en el título dedicado a los contratos financieros, y contemplarlo como una actividad que puede realizar cualquier empresario, sin perjuicio de contemplar la especialidad de la recepción de depósitos por parte de las entidades de crédito. Además esta opción altera la naturaleza del contrato. Según el Anteproyecto el depósito mercantil es un contrato consensual y no formal, frente al depósito de dinero que es un contrato real y formal.

Al incluir el depósito de dinero en el título dedicado a los contratos financieros, el Anteproyecto quiere resaltar su carácter financiero y como tal actividad reservada a las entidades de crédito. Pero en lugar de ceñirse al depósito bancario trata de construir una figura general en la cual encuadrar el depósito bancario. Es una solución que admite que puedan dedicarse al depósito de dinero empresarios distintos a las entidades de crédito.

El Anteproyecto parte, según dice su exposición de motivos, del siguiente presupuesto: que *"la inmensa mayoría de los contratos que realizan las entidades financieras pueden ser concertados también por empresarios en general; prácticamente la captación de depósitos del público es la única actividad reservada a las entidades de crédito"*. La primera afirmación no es correcta, pues la inmensa mayoría de los contratos que realizan las entidades financieras no pueden ser concertados por otros empresarios, pues es la inserción del contrato en la organización de la empresa

financiera lo que caracteriza a este tipo de contratos. La segunda sí es cierta, pero la figura de depósito de dinero que construye no se muestra respetuosa con dicha reserva.

Esta opción se aparta del criterio seguido con la custodia de valores, que según la exposición de motivos “*se regula en la normativa del mercado de valores y está sometida a normas europeas en trance de revisión*”, aspecto que es tenido bien en cuenta al abordar en el Anteproyecto el “depósito” de valores, cuyas normas se aplican “*cuando una entidad autorizada legalmente para ello, el depositario, asume las funciones de custodia y administración*” (art. 655-1).

Lo cierto es que en materia financiera el Anteproyecto carece de coherencia. No hay un régimen común a los contratos financieros, sin referencia alguna a los contratos marco que legalmente se exigen para contratar servicios financieros.³ Los tres subsectores del mercado financiero, crédito, inversión y seguros, reciben distinto tratamiento. Los contratos bancarios que integran la interposición en el crédito son tratados como si fueran actividades cuyo ejercicio está abierto a cualquier empresa. Respecto de los servicios de inversión se ha optado con buen criterio por eliminar del Anteproyecto su régimen preservando la aplicación armonizada del Derecho comunitario.⁴ Para el seguro, se traslada el régimen de la Ley del contrato de seguro con algunas mejoras técnicas.⁵ Con esta disparidad en el tratamiento de la materia financiera se pone en cuestión la libre concurrencia y la protección del cliente. Se desconoce la política legislativa de la Unión Europea que exige una protección similar al cliente con independencia del subsector en que se encuadre el producto financiero.⁶ Lo cual pone en cuestión la aplicación del Reglamento 1286/2014, de 26 de noviembre de 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros.

Frente a esta doctrina consolidada que considera que el banco adquiere la propiedad del dinero depositado, la exposición de motivos del Anteproyecto manifiesta que: “*Lo esencial del depósito de dinero a diferencia del préstamo es que el depositario no adquiere la propiedad. Por el contrario, pesa sobre él una determinada obligación de custodia que se matiza cuando el custodio es una entidad de crédito autorizada para la captación de depósitos y que puede emplearlo para realizar actividades de banca.*” De tal modo que el depositante bancario sigue siendo propietario del dinero depositado, sin perjuicio de que el banco depositario pueda emplearlo en «actividades de banca». Estas consideraciones crean nuevas incertidumbres. ¿Qué ocurre en caso de concurso

³ Véase título III de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago; art. 79 ter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

⁴ La propuesta de Código mercantil de 17 de junio de 2013 contenía un título dedicado a las operaciones en el mercado de valores, texto defendido por el presidente del grupo encargado de su redacción, Juan Jesús Roldán Fernández, en “Operaciones sobre valores”, AA.VV., *Hacia un nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (dir.), Madrid, 2014, pp. 551-560.

⁵ Según Julio Fuentes Gómez, “*es un texto básicamente conservador de la Ley de 1980*”, en el que los principales cambios obedecen a la necesidad de racionalizar el contenido de las pólizas y actualizar algunas figuras (“La regulación de los contratos de seguro en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil”, AA.VV., *Hacia un nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (dir.), Madrid, 2014, pp. 562-563).

⁶ Cfr. “ESAs share initial views on consumer-friendly Key Information Documents on investment products across the EU”, nota de prensa de 17 de noviembre de 2014, del Joint Committee of the three European Supervisory Authorities (EBA, EIOPA and ESMA).

del banco depositario? ¿Tiene el cliente depositante derecho de separación (*separatio ex iure domini*)? ¿Qué se entiende por empleo en «actividades de banca»? Si las «actividades de banca» son las enumeradas en el anexo a la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, esta restricción pondría en duda que los bancos pueden destinar el dinero recibido en depósito a la adquisición de empresas. Se estaría imponiendo por esta vía una separación entre la banca comercial y la banca de inversión.

El capítulo sobre el contrato de depósito de dinero del Anteproyecto de Código Mercantil es fruto del trabajo de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, y en particular del grupo encargado de los contratos mercantiles de financiación, presidida por el notario Roberto Blanquer Uberos, hasta su fallecimiento el 3 de agosto de 2009, fecha en la que se integra con el grupo que se ocupaba de la regulación de los contratos bancarios. Desde esa fecha el grupo ha funcionado bajo la presidencia de Enrique Piñel, abogado del Estado, consejero de Banca March y ex-asesor jurídico de la Asociación Española de Banca, con la participación como vocales de Sebastián Sastre Papiol, director de la asesoría jurídica de La Caixa hasta su nombramiento como magistrado del Tribunal Supremo el 29 de noviembre de 2012,⁷ José Antonio Alepuz Sánchez, abogado del Estado, ex-secretario general del Banco de España, secretario del consejo de Criteria Caixaholding, y de los notarios Ignacio Martínez-Gil e Ignacio Paz-Ares. Según Piñel, “*cuando se empezó a trabajar en los contratos bancarios se puso de relieve que la inmensa mayoría de los contratos que realizan los Bancos los pueden realizar también otros operadores del mercado, por lo que se planteó y aceptó la fusión de ambos grupos para regular lo que serían los contratos financieros*”.⁸ Por lo demás, el grupo decide incluir el depósito de numerario por ser un contrato utilizado en la práctica del mercado financiero ya recogido en el Código de comercio. Conviene destacar que, frente a los demás grupos de trabajo del Anteproyecto, en el de contratos de financiación no participa ningún académico. No se han publicado las memorias de la Comisión General de Codificación de 2010 a 2012. De las memorias disponibles podemos conocer que el grupo de contratos de financiación mantuvo 3 reuniones en 2008, y durante 2009 no se reunió. Las actas no son públicas y el autor de este artículo no ha recibido autorización para acceder a las mismas como investigador.⁹

A su vez, la ponencia sobre depósito mercantil presidida por el catedrático de Derecho mercantil Justino Duque, integrada por el también catedrático Ignacio Quintana, y por la profesora titular María Jesús Guerrero Lebrón deja fuera de su ámbito el depósito irregular que según Ignacio Quintana pasa a estar regulado en sede de contratos financieros. La propuesta de este grupo distingue según la exposición de

⁷ Pese a lo cual fue renovando en ese ejercicio como vocal del grupo, cfr. Memoria de la Comisión General de Codificación de 2013, p. 4.

⁸ PIÑEL LÓPEZ, E., “Los contratos financieros en la propuesta de Código mercantil”, en *El notario del siglo XXI*, núm. 55, 30 de mayo de 2014, p. 1, de la versión disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/3746-los-contratos-financieros-en-la-propuesta-de-codigo-mercantil?tmpl=component&print=1&layout=default&page>.

⁹ A tenor del art. 32 del Real Decreto 160/1997, de 7 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos de la Comisión General de Codificación.

motivos del Anteproyecto entre las normas generales sobre el depósito mercantil y las dedicadas a depósitos especiales “*excluyendo las referentes a tráfico específicos, como los bancarios*”.¹⁰ Este planteamiento contrasta con el mantenido por el grupo presidido por Piñel cuya propuesta considera el contrato de depósito de dinero como un contrato general del tráfico económico, que puede realizar cualquier empresario, sin bien con normas especiales para los recibidos por las entidades de crédito.

Además, hay cierto conflicto doctrinal entre la propuesta del grupo que se ocupa del depósito de dinero y la del que se ocupa del depósito mercantil, pues este último contempla el depósito irregular en los términos en los que Joaquín Garrigues lo interpretó.¹¹ Lo cual resulta contrario a la propuesta del grupo presidido por Piñel, quien rechaza la doctrina del depósito irregular.¹² Existe una ponencia encargada de la coordinación del Anteproyecto presidida por el catedrático de Derecho mercantil, Alberto Bercovitz que debería haber coordinado las diversas propuestas de los grupos de trabajo. Hay aquí una ruptura del sistema del Código que afecta al mercado financiero.

4. MERCANTILIDAD

El Anteproyecto opta por un criterio mixto para establecer la mercantilidad de un contrato. Como dice su exposición de motivos, la delimitación de la materia se hace tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo, y de esta manera el Derecho mercantil vuelve a ser el Derecho de una clase de personas, los operadores de mercado, y de una clase de actividades, por el mercado en el que se celebran. Un contrato será mercantil cuando interviene un operador de mercado con actuaciones referidas al mercado.¹³ Son operadores de mercado los empresarios y las personas que ejerzan una actividad de producción de bienes o prestación de servicios para el mercado. Conforme a esta delimitación de lo mercantil, el contrato de depósito de dinero será mercantil cuando intervenga en el mismo un operador de mercado o pueda ser considerado operación de mercado.

Lo cierto es que hay contratos mercantiles por la presencia de un operador de mercado en el ejercicio de una actividad propia, como ocurre con el seguro, que por naturaleza exige la presencia de un empresario asegurador en el ejercicio de la

¹⁰ Véase QUINTANA CARLO, I., “El contrato de depósito mercantil”, en AA.VV, *Hacia un nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (dir.), Madrid, 2014, p. 511.

¹¹ Así Quintana, (QUINTANA CARLO, I., “El contrato de depósito mercantil”, *op.cit.*, p. 512), considera que para la recta interpretación del depósito irregular sigue siendo básico el temprano trabajo de GARRIGUES, J., “El depósito irregular y su aplicación en el Derecho mercantil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 86 a 94, 1932.

¹² Según el presidente del grupo, Piñel: “*Es en éste contrato donde se encuentra la mayor novedad de la Propuesta de Código Mercantil en materia de contratos financieros porque se abandona el concepto de depósito irregular que asimilaba en cierto modo el depósito de dinero al préstamo*” (“Contratos financieros”, en AA.VV, *Hacia un nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (dir.), Madrid, 2014, pp. 543-544).

¹³ Cf. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., “Presentación del Anteproyecto de Código mercantil”, AA.VV, *Hacia un nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (dir.), Madrid, 2014, p. 42.

actividad.¹⁴ Lo mismo ocurre con el depósito de dinero del público como contrato financiero que requiere por naturaleza y reserva legal la participación de una entidad de crédito en su ejercicio. Sin embargo, el Anteproyecto no reconoce esta circunstancia que habría condicionado la mercantilidad a la participación como depositario de una entidad de crédito.

En el contrato de depósito de dinero, según queda configurado en el Anteproyecto, la mercantilidad deriva de la prestación del servicio de custodia por parte del depositario. Pero hay que advertir que la actividad de captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, es una actividad reservada a las entidades de crédito. Según dice el art. 3.1 de la Ley 10/2014: *“Queda reservada a las entidades de crédito que hayan obtenido la preceptiva autorización y se hallen inscritas en el correspondiente registro, la captación de fondos reembolsables del público, cualquiera que sea su destino, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas”*. El ejercicio de la actividad de captación de fondos reembolsables del público requiere una autorización administrativa. En este sentido, la Ley prohíbe expresamente el ejercicio de esa actividad a personas no autorizadas (art. 3.3 Ley 10/2014). Para hacer efectiva esta prohibición, el Registro Mercantil debe denegar la inscripción de quienes incluyan dicha actividad sin estar autorizados. El ejercicio con carácter profesional de la actividad de recepción de depósitos del público sin haber sido autorizado constituye una infracción muy grave sancionable con multa y requerimiento de cese de actividad.

Según su exposición de motivos, el Anteproyecto contempla *“una regulación muy novedosa que pretende destacar implícitamente la mercantilidad de los depósitos de dinero en las entidades de crédito. No se niega, sin embargo, la posibilidad de admitir esta figura en relaciones esporádicas, pero estableciendo una regulación que imposibilite prácticamente o dificulte, por los peligros que conlleva la intermediación financiera ilegal, la generación de depósitos de dinero fuera del sistema bancario”*. Pero si son relaciones esporádicas faltaría la habitualidad propia de una operación de mercado. En estos casos marginales, ya existe un régimen del depósito en el Código civil y de existir una relación mercantil, atendiendo al objeto del contrato, podría quedar regulado por el régimen del depósito mercantil y en particular por lo dispuesto en el art. 552-4 para el depósito de cosas fungibles. La mejor forma de proteger la reserva legal sobre la recepción de depósitos por parte de las entidades de crédito es reconocerla y establecer, como ocurre con el seguro, y proponía el Proyecto de Reforma de 1926, la exigencia de que el depositario sea siempre una entidad de crédito.

El Anteproyecto recoge esta reserva de actividad en términos no coincidentes con los del art. 3.1 de la Ley 10/2014. Según dice el art. 572-2.3: *“La captación habitual de depósitos de dinero sólo podrá realizarse por las entidades de crédito debidamente autorizadas para captar depósitos de dinero del público”*. La reserva de la Ley 10/2014 es más amplia, se refiere a todo tipo de fondos y a modalidades distintas al depósito. La reserva del Anteproyecto utiliza el término «dinero» sin definirlo. Es una

¹⁴ OLIVENCIA, M., “Delimitación de la materia mercantil”, AA.VV, *Hacia un nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (dir.), Madrid, 2014, p. 66.

reserva que se solapa con la recogida en la 10/2014 y que puede crear problemas de interpretación. La reserva de las actividades financieras y, en particular, la reserva de la recepción de depósitos del público, es una pieza esencial de la ordenación financiera. La existencia en Derecho interno de dos normas con distinto contenido es una fuente de inseguridad incompatible con el Derecho de la Unión Europea.

El Anteproyecto separa las normas administrativas de las normas contractuales, *“tratando en esta sede únicamente los aspectos jurídico-privados, distinguiéndolos claramente de las normas de ordenación y supervisión de carácter administrativo”* como dice la exposición de motivos en relación con el seguro, uno de los contratos financieros. Por esta razón resulta incoherente que reproduzca en términos distintos a los de la norma administrativa la reserva de actividad. Este contenido del Anteproyecto debería dar lugar a una actuación de oficio de la Autoridad Bancaria Europea, conocida por sus siglas en inglés EBA, requiriendo al Gobierno a través del Banco de España para que elimine del Anteproyecto una norma que crea inseguridad en el mercado bancario y supone una infracción a la aplicación armonizada del Derecho comunitario.

El Anteproyecto descarta incluir las normas de conducta del mercado financiero por considerar que son normas de Derecho administrativo ajenas a un Código mercantil regulador de los contratos financieros. Este planteamiento resulta contrario a la jurisprudencia, según la cual los llamados códigos de conducta, impuestos por normas jurídicas a las empresas de servicios de inversión *“integran el contenido preceptivo de la llamada «lex privata» o «lex contractus» que nace al celebrar, con sus clientes, los contratos para los que aquellos están previstos. Se trata de estándares o modelos de comportamiento contractual, impuestos, por la buena fe, a las prestadoras de tales servicios y, al fin, de deberes exigibles a la misma por el otro contratante - artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio”* (STS 243/2013, de 18 de abril, ROJ: STS 3016/2013). Criterio aplicable por analogía en el mercado del crédito. De esta forma, ha de considerarse que las normas de conducta aplicables a las entidades financieras constituyen obligaciones de hacer o no hacer, según el caso (cf. art. 1.088 del Cc), nacidas de la ley (cf. art. 1.089 del Cc), siendo exigibles por venir determinadas en una ley especial –art. 5 Ley 10/2014–, y su normativa reglamentaria de desarrollo –Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos– (cf. art. 1.090 del Cc).

Conviene destacar que el art. 411-1 del Anteproyecto establece que las normas sobre los distintos tipos contractuales tienen carácter dispositivo, salvo que excepcionalmente se les atribuya expresamente un carácter imperativo, no existiendo en el capítulo dedicado al depósito de dinero ninguna disposición en este sentido (art. 411-1). Luego las partes pueden disponer de las normas sobre el depósito de dinero. Este carácter dispositivo contrasta con el carácter imperativo, propio del orden público económico, de las normas de conducta sobre servicios financieros. Son normas en interés del cliente no renunciables. Está en juego la protección del cliente y la integridad del mercado financiero.

5. CARÁCTER FINANCIERO

El contrato de depósito de dinero queda encuadrado en el título de los contratos financieros. Conviene aclarar el concepto de «contrato financiero» antes de examinar las razones que han llevado a los ponentes a incluir el depósito de dinero en esta categoría de contratos.

Para el art. 571-1 del Anteproyecto, son contratos financieros aquellos que teniendo por objeto una suma monetaria conceden o facilitan financiación a cambio de un precio. Según esta noción, los contratos financieros quedan caracterizados por su objeto monetario y por su función financiera. Forman parte de una actividad mercantil con ánimo de lucro, de ahí que exista un precio por la prestación del servicio de financiación. No basta con que el contrato tenga por objeto una «suma monetaria», es decir, dinero por su valor nominal,¹⁵ para que sea un contrato financiero, se requiere además que cumpla una función financiera, de facilitar el acceso al crédito.

Pero el depósito de dinero sólo cumple estas características cuando constituye una actividad propia de las entidades de crédito. Mediante las denominadas operaciones pasivas, las entidades de crédito reciben sumas monetarias que aplican a la concesión de crédito. Por lo demás, la recepción de depósitos por parte de las entidades de crédito es siempre una actividad profesional. Son empresas “*cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia*” (art. 1.1 Ley 10/2014).

El propio presidente del grupo encargado de su redacción, Enrique Piñel, reconoce que en la noción de contrato financiero del Anteproyecto: “*No busquemos grandes problemas conceptuales, discusiones doctrinales, se trataba de una Noción con la modesta finalidad de poder abarcar los contratos que se querían regular*”.¹⁶ Como directriz destaca este autor la «modestia doctrinal», pues no se ha pretendido introducir grandes novedades, con la única excepción de la regulación del depósito de dinero “*que sí supone una ruptura con su configuración jurídica vigente hasta ahora*”.¹⁷

Con estos matices, los únicos contratos de depósito de dinero que cabe calificar de “contratos financieros” son los que integran la actividad profesional de las entidades de crédito. Lo cual, de algún modo, es reconocido por Piñel, quien comienza el comentario de esta figura reconociendo que estamos ante un “*contrato que, como actividad empresarial, sí que está reservada a las entidades de crédito, sólo ellas pueden captar dinero en depósito del público*”. Lo que significa que el depósito de dinero como contrato mercantil es una actividad profesional reservada a las entidades de crédito. Luego para ser coherentes con este planteamiento, el capítulo dedicado a este contrato debería haber partido de la reserva legal de la actividad y regular el contrato como actividad profesional de las entidades de crédito. Pero no es este el contenido del Anteproyecto, que configura un contrato de depósito de dinero que puede celebrar cualquier empresario, si bien adquiere con la participación de una entidad de crédito un

¹⁵ Véase GARRIGUES, J., “El dinero como objeto de la actividad bancaria”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1958, pp. 24-27.

¹⁶ PIÑEL LÓPEZ, E., “Los contratos financieros en la propuesta de Código mercantil”, *op. cit.*, p. 2.

¹⁷ *Ibidem*.

carácter especial. Esto es incoherente con lo que dice la exposición de motivos del Anteproyecto y pone en cuestión la reserva legal de la captación de depósitos del público de origen comunitaria.

Según el Anteproyecto el depósito, como contrato financiero, debe estipularse “*a cambio de un precio*”. Luego es siempre un contrato remunerado. Teniendo en cuenta que queda configurado como un contrato financiero, hay que entender que la entidad de crédito remunera al depositante por permitirle la utilización de las sumas depositadas en operaciones activas de concesión de crédito. La noción de contrato financiero no contempla la obligación de custodia, entendida como el servicio de seguridad que la banca ofrece al cliente, conservando el dinero y facilitando el reembolso.

No obstante, hay que reconocer que el pago de un precio en forma de intereses no siempre se produce. Si bien es cierto que lo habitual ha sido que las entidades de crédito remuneraran a sus clientes depositantes, remuneración que cubría el coste de la custodia y hacía partícipe al cliente del negocio que las entidades realizaban concediendo crédito en sus operaciones de activo, con la crisis económica se están dando casos de entidades de crédito que no remuneran los depósitos y que cobran unos “intereses negativos” por mantener saldos en cuenta. Es decir, los bancos en ocasiones cobran por mantener la custodia del dinero en cuenta.

6. NATURALEZA

El Anteproyecto construye la figura del depósito del dinero distanciándose del depósito mercantil, incluso del depósito mercantil de cosas fungibles. Rompe además con la doctrina mayoritaria que sigue considerando al depósito bancario como depósito irregular. Y no se posiciona tampoco entre los que consideran que estamos ante un contrato *sui generis* que participa de la naturaleza del mutuo con elementos monetarios.

Como dice la exposición de motivos del Anteproyecto: “*Se abandona por tanto la tesis del depósito irregular, en cuanto la concepción actual del dinero no necesita de dicho remedio, y se enfatiza la obligación de custodia*”. En este sentido, según comenta Piñel, la “*construcción de la figura del depósito de dinero se ha realizado sobre la base de la moderna construcción de la teoría monetaria*”,¹⁸ sin cita alguna que le sirva de soporte. Según esta teoría, la relación de una persona con su dinero no es una relación «crediticia», el portador de la moneda “*es el titular de un derecho real pleno, con eficacia erga omnes, sobre un stock de valor nominal*”, para concluir que: “*De alguna manera hemos vuelto a la relación jurídica que identificaba al propietario de una moneda de oro (patrón metálico) pero en lugar de utilizar el oro u otro metal de referencia, utilizamos la simple convención del valor nominal, bien se represente este en un billete, una moneda, o un apunte contable.*”¹⁹ Mezcla Piñel la consideración del dinero como valor monetario con la relación que vincula al cliente depositante con el

¹⁸ PIÑEL LÓPEZ, E., “Contratos financieros”, *op. cit.*, p. 544.

¹⁹ *Ibidem*.

banco. El cliente es titular de un valor monetario, de un saldo disponible en cuenta, en una relación crediticia negada por Piñel.

Ante la falta de citas desconocemos a qué «*moderna construcción de la teoría monetaria*» se refiere Piñel. No obstante, podemos encontrar una novedad en la teoría monetaria relevante para la figura del depósito de dinero. Nos estamos refiriendo a la revisión del Plan Chicago por los economistas del Fondo Monetario Internacional Jaromir Benes y Michael Kumhof.²⁰ El Plan Chicago propuso la separación de moneda y crédito tras la Gran Depresión, proponiendo que los bancos mantuvieran en sus cajas el 100% de sus depósitos. Supone separar las dos funciones de la banca, la de recepción de depósitos y la de concesión de créditos. Este hecho supondría reconsiderar la naturaleza del contrato de depósito bancario, que pasaría a ser un contrato de custodia con prohibición de aplicar las cantidades recibidas a la concesión de crédito. Se trata de acabar con la banca de reserva fraccionaria, causante de las crisis financieras a través del sobreendeudamiento tanto público como privado.²¹ La aplicación del Plan Chicago revisado por Benes y Kumhof eliminaría las crisis bancarias y llevaría a una inmediata reducción del endeudamiento público y privado, con el efecto adicional de eliminar la inflación.²² Esta propuesta de un “*narrow banking*” ha sido rechazada en el Reino Unido por el Informe Turner.²³ Es una propuesta ilusoria, retomada por el debate político.²⁴

Por esta razón, vamos a centrarnos en las bases jurídicas para la novedosa propuesta del Anteproyecto. Según dice Piñel: “*La conservación de la propiedad del dinero depositado ya se reconoció en el Código italiano, al establecer en su art. 1834 que en los depósitos de una suma monetaria en un Banco, éste no adquiere su propiedad ...*”. Pero el art. 1834 del Código civil italiano dice justamente lo contrario.

Dada la magnitud del error cometido por el presidente del grupo encargado de redactar el título sobre los contratos financieros en el contrato del depósito de dinero, principal novedad de su propuesta, conviene reproducir el contenido de este artículo. El art. 1834 del Código civil italiano dice lo siguiente: “*Nei depositi di una somma di danaro presso una banca, questa ne acquista la proprietà ed è obbligata a restituirla nella stessa specie monetaria, alla scadenza del termine convenuto ovvero a richiesta del depositante, con l'osservanza del periodo di preavviso stabilito dalle parti o dagli usi.*” Como dice Giuseppe Ferri, el efecto legal típico, expresamente enunciado en el

²⁰ BENES, J. y KUMHOF, M., “The Chicago Plan Revisited”, *IMF Working Paper*, WP/12/202, disponible en <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2012/wp12202.pdf>.

²¹ Véase FISHER, I.: “100% Money and the Public Debt”, *Economic Forum*, núm. abril-junio, 1936, pp. 406-420.

²² BENES, J. y KUMHOF, M., “The Chicago Plan Revisited”, *op. cit.*, pp. 55-56.

²³ FSA, “The Turner Review. A regulatory response to the global banking crisis”, marzo de 2009, p. 95, disponible en http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/turner_review.pdf.

²⁴ De la mano de Antonio Quero (*La reforma progresista del sistema financiero. Un banco ciudadano de depósitos y una tasa sobre el casino financiero*, Madrid, 2014), ha pasado al borrador de programa económico de Podemos, según el cual “*debe estudiarse con detenimiento la posibilidad de crear un banco ciudadano de depósitos con el fin de separar la función de captación de ahorro de la de financiación*” (NAVARRO, V. y TORRES LÓPEZ, J., *Un proyecto económico para la gente*, noviembre de 2014, p. 43, disponible en <https://web-podemos.s3.amazonaws.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/11/DocumentoEconomicoNavarroTorres.pdf>).

art. 1834 del Código civil, es que la banca adquiere la propiedad de las sumas depositadas.²⁵ No dice «non acquisisce la proprietà». Hay un error de traducción.

La doctrina española de Derecho bancario parte de la obra de Joaquín Garrigues sobre “Contratos bancarios”, en la que sigue muy de cerca a la doctrina italiana que ha comentado los artículos sobre esta materia recogidos en su Código civil.²⁶ En este sentido, la doctrina española con Garrigues a la cabeza considera que la banca adquiere la propiedad de dinero recibido en depósito de su clientela.²⁷ Es además el criterio seguido en Derecho comparado. Como dice Ross Cranston, “*moneys in the hands of a bank are its money, not money held as bile, trustee, or agent*”.²⁸ Con mayor claridad otros autores del Reino Unido consideran que “*the funds become the property of the bank*”.²⁹ A su vez, en Derecho francés, François Grua afirma que: “*Le déposant perd la propriété des espèces dès leur remise et ne dispose plus que d’un droit de créance*”.³⁰

7. CONTENIDO

El capítulo dedicado al contrato de depósito de dinero lo componen cinco artículos, el primero dedicado a la noción del contrato, el segundo a su constitución, el tercero al modo de custodiar, el cuarto a la restitución y el quinto al régimen concursal. En este capítulo se cita ocho veces a las entidades de crédito y una a las entidades de pago con el fin de establecer una norma particular o remitir a la legislación especial que se aplica a estos tipos de entidades financieras.

Vamos a analizar su contenido desde la perspectiva del encuadramiento del contrato como contrato financiero, lo cual conlleva que los únicos sujetos que pueden dedicarse a esta actividad mercantil sean las entidades de crédito. Desde esta perspectiva, llegaremos a la conclusión de que la propuesta debe ser rechazada, pues afecta a la seguridad jurídica de la actividad de recepción de depósitos por parte de las entidades de crédito, lo cual compromete tanto la estabilidad bancaria como la debida protección de la clientela depositante.

Con buen criterio, en el Anteproyecto desaparece la previsión del art. 310 del Código de comercio según la cual los depósitos verificados en los bancos “*se regirán, en primer lugar, por los estatutos de las mismas; en segundo, por las prescripciones de este Código, y últimamente, por las reglas del Derecho común, que son aplicables a todos los depósitos*”. Este precepto es contrario a nuestro sistema de fuentes, al otorgar a

²⁵ Voz “Deposito bancario”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XII, Giuffrè Editore, Milán, 1964, p. 278. En el mismo sentido, MOLLE, G., *I contratti bancari*, 2.a ed., Milano, 1981, p. 114, para quien el art. 1834 pone en evidencia “*il passaggio di proprietà del denaro alla banca*”.

²⁶ GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, 2ª ed., Madrid, 1975, pp. 351-388.

²⁷ Véase por todos, con una buena síntesis de las diversas posiciones doctrinales, VALPUESTA GASTAMINZA, E. M., “Operaciones pasivas (Depósitos de dinero)”, en AA.VV., *Contratos mercantiles*, DE LA CUESTA RUTE, J. M. (dir.), tomo II, Barcelona, 2007, pp. 147-161.

²⁸ CRANSTON, R., *Principles of Banking Law*, Oxford, 1997, p. 173.

²⁹ ELLINGER, P., LOMNICKA, E. Y HOOLEY, R., *Modern Banking Law*, Oxford, 2002, p. 173.

³⁰ GRUA, F., *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Paris, 2000, p. 127.

las empresas bancarias capacidad de crear normas jurídicas regulando de forma unilateral los contratos de depósito.³¹

7.1. Noción

El art. 572-1 define el depósito de dinero como aquel contrato en el que el depositante entrega al depositario una suma de dinero con obligación de custodiar su valor nominal y de restituirla al depositante. Frente al depósito mercantil en el que el depositario se obliga a custodiar las cosas que le entregue el depositante, “*reconociendo la consensualidad del mismo*” según dice la exposición de motivos del Anteproyecto, el de dinero es un contrato real que nace con la entrega de la «suma de dinero».

La noción del Anteproyecto residencia la obligación de custodia sobre el «valor nominal», cuando lo cierto es que la custodia sólo puede recaer sobre el dinero. El valor nominal tendrá relevancia a la hora de determinar la obligación de reembolso, pues siendo una deuda de una suma monetaria lo que debe restituir el depositario es dicha suma atendiendo a su valor nominal, pues no es una de deuda de valor en la que habría que entregar el valor actualizado de la suma de dinero recibida.

7.2. Constitución

Frente al depósito mercantil que se limita a regular la documentación de la entrega de la cosa objeto del depósito, el contrato de depósito de dinero exige su formalización por escrito a tenor de lo dispuesto en el art. 572-2. La falta de forma escrita convierte al depositante en prestamista, quedando privado de las acciones que le corresponderían como depositante. La mera declaración no produce los efectos de la entrega, salvo que se acredite la realidad del importe entregado y el derecho a la percepción del mismo. Lo anterior no se compadece con el régimen especial bancario según el cual el banco está obligado a “*entregar al cliente el correspondiente ejemplar del documento contractual en que se formalice el servicio recibido*” (art. 7.1 Orden EHA/2899/2011). Dicho documento contractual, cuando se refiera a depósitos, debe tener el contenido mínimo reglamentado y los demás extremos que establezca el Banco de España (véase art. 7.3 Orden EHA/2899/2011)

Se entenderá entregada la suma por entrega física o por abono en cuenta. Este régimen se realiza sin remisión alguna a la legislación especial bancaria. La referencia al abono en cuenta se recoge sin matizar que sólo las entidades de crédito pueden abrir cuentas de depósito.

7.3. Custodia

La cuestión más debatida en el contrato de dinero es la de la custodia. Si consideramos que estamos ante un depósito en sentido estricto el depositario asume la obligación de

³¹ Véase GARCÍA AMIGO, M., “En torno al artículo 310 del Código de comercio”, *Revista de Derecho Privado*, 1964, pp. 836 y ss.

custodiar el dinero y no disponer de él. Dado que la actividad bancaria consiste en aplicar a la concesión de crédito las sumas recibidas en depósito, esta prohibición resulta contraria a la realidad del tráfico bancario. Este tema es abordado en el Anteproyecto en el art. 572-3. Este artículo exime a los bancos de mantener de forma diferenciada en su patrimonio las sumas depositadas y de la prohibición de utilizar las sumas depositadas para financiar actividades propias o de terceros. En este sentido, la obligación de custodia de las entidades de crédito “*no le impedirá su utilización para realizar operaciones bancarias, conforme a las normas contenidas en la legislación bancaria y a los usos bancarios españoles*” (art. 572-3.2) Este inciso pone en duda que las entidades bancarias puedan dedicarse a invertir con los fondos recibidos en depósito. Además la remisión a los usos bancarios en una cuestión de orden público económico no es apropiada. Es una remisión a los usos españoles en un mercado que está globalizado y con una avanzada integración en el Mercado Único de la Unión Europea. Por lo demás, la desconfianza hacia los usos bancarios se pone de manifiesto en Derecho comparado, por ejemplo, en el *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* italiano que establece, en relación con las obligaciones de información al cliente, que: “*Non può essere fatto rinvio agli usi*”.

7.4. Restitución

Según establece el art. 572-4, el depositante puede exigir la restitución de lo depositado a voluntad en el lugar de constitución, salvo que se hubiera pactado en otros términos. En banca lo habitual es que el ejercicio de derecho al reembolso tenga lugar en la sucursal en la que se abrió la cuenta. La disposición requiere según este artículo del Anteproyecto la “*identificación directa y personal del depositante*”. No obstante, cada vez es más frecuente acceder a distancia mediante los servicios por teléfono o internet. En este sentido, el Anteproyecto que comentamos permite pactar la utilización de estos medios.

7.5. Prelación concursal

Según la Directiva 2014/49/UE, tiene la consideración de “depósito” el saldo acreedor mantenido en cuenta que una entidad de crédito tenga obligación de restituir.³² A su vez según la exposición de motivos de la Directiva 2014/59/UE: “*A fin de proporcionar cierto nivel de protección a las personas físicas y a las microempresas y pequeñas y medianas empresas que sean titulares de depósitos admisibles que rebasen el nivel de los depósitos cubiertos, tales depósitos deben tener un rango de prelación superior al de los derechos de los acreedores ordinarios, no garantizados y no preferentes en*

³² El art. 2.1. (3) de la Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos, define «depósito» como “*cualquier saldo acreedor que proceda de fondos que se hayan mantenido en cuenta o de situaciones transitorias generadas por operaciones bancarias normales y que una entidad de crédito tenga obligación de restituir en las condiciones legales y contractuales aplicables, inclusive los depósitos a plazo fijo y los depósitos de ahorro*”.

virtud de la legislación nacional que rige los procedimientos de insolvencia ordinarios.” Estas previsiones son desarrolladas en el art. 108 de la Directiva, dedicado a la posición de los depósitos en la jerarquía de insolvencia, conforme al cual los depósitos bancarios de personas físicas y pymes, por encima de los 100.000 euros asegurados por el Fondo de Garantía de Depósitos, tienen preferencia sobre los acreedores ordinarios.

Estas normas no son coincidentes con lo dispuesto en el art. 572-5.2, inicial, del Anteproyecto según el cual: *“En el caso de que el depositario sea una entidad de crédito autorizada para captar depósitos del público no podrá satisfacerse obligación alguna sin antes haberse cancelado todos los saldos depositarios con cargo a los activos que presente el balance de la entidad y en proporción a los saldos que presenten sus respectivos depósitos en concepto de principal e intereses, salvo que la normativa sobre resolución de entidades de crédito establezca una jerarquía en función del importe, la naturaleza o el tamaño del depositante.”* Pues la jerarquía de los depósitos en situaciones concursales de entidades bancarias ya está prevista en el art. 108 de la Directiva 2014/59/UE. Luego carece de sentido prever en un tema de tanta trascendencia financiera una alternativa regulatoria, y condicionar la aplicación de las previsiones de la Directiva a que la jerarquía sea *“en función del importe, la naturaleza o el tamaño del depositante”*. El propio Piñel reconoce la necesidad de adaptar el texto del Anteproyecto a la Directiva 2014/49/UE.³³

Según la exposición de motivos del Anteproyecto: *“En materia concursal, al autorizarse a las entidades de crédito a utilizar sus depósitos en sus actividades ordinarias, el derecho de separación del depositante, se transforma en un súper privilegio en caso de concurso, cuyo alcance se ha adaptado a la normativa europea sobre rescate y resolución de las entidades de crédito.”* En el Anteproyecto, el depositante sigue siendo propietario del dinero depositado y como titular del dominio en caso de concurso tendría derecho de separación *ex iure domini*, pero este derecho, se precisa, «se transforma en un súper privilegio» cuando estamos ante un depósito bancario. Pero no hay tal transformación. El banco adquiere la propiedad del dinero depositado, dispone del mismo como propietario y, en situación concursal, se dota a determinados depositantes con una prelación o preferencia en el cobro frente a los demás acreedores. El Anteproyecto interfiere en este régimen creando inseguridad jurídica.

Piñel considera que la exclusión de la prioridad de los depósitos de las grandes empresas que excedan de la cobertura del seguro de depósito tiene lugar *“sin duda por considerar que en ellos no existe esa función de custodia propia del depósito, sino que se trata de una pura inversión financiera.”* Esta afirmación es sorprendente, pues si son depósitos de dinero les resultará de aplicación el capítulo del Anteproyecto dedicado a este contrato según el cual existe una obligación de custodia y el depositante mantiene la propiedad sin perjuicio del empleo bancario de las sumas recibidas. No hay en el régimen proyectado ningún precepto en el cual sustentar que los depósitos de las

³³ PIÑEL LÓPEZ, E., “Contratos financieros”, *op. cit.*, p. 545.

grandes empresas por encima del garantizado tienen otra naturaleza por la cual deban ser calificados de «pura inversión financiera».

Por lo demás, las normas concursales de las entidades están enumeradas como Derecho paraconcursal en la disposición adicional segunda de la Ley Concursal. El Anteproyecto da nueva redacción a este precepto incluyendo el art. 572-5 sobre régimen concursal de los depósitos de dinero en la lista de la legislación especial (Disposición final sexta). Lo cual parece coherente, salvo el matiz de que ese artículo también regula el régimen concursal de depositarios distintos a las entidades de crédito.

8. CONCLUSIONES

Los contratos financieros son servicios profesionales en interés del cliente que se rigen por el régimen de la comisión. Son mandatos mercantiles sometidos a normas de conducta que operan bajo unos mismos principios. Esta materia está regulada por directivas y reglamentos de la Unión Europea, existiendo unas autoridades encargadas de velar por la aplicación armonizada de este régimen en todos los Estados miembros. El Anteproyecto de Código Mercantil parte de la errónea concepción de que los contratos financieros pueden ser realizados por empresas distintas a las entidades financieras. En particular, al desarrollar la figura del depósito de dinero, lo hace desde una perspectiva general, incluyendo algunas excepciones y reglas especiales para las entidades de crédito. Además, desarrolla la figura del depósito de dinero al margen de las normas que rigen la conducta de las entidades bancarias. Esta opción afecta a la protección del cliente y a la integridad del mercado. No consigue el objetivo de aumentar la seguridad jurídica a través de una modernización de la legislación mercantil. Al igual que sucediera con el título dedicado a las «operaciones en el mercado de valores», el capítulo sobre el depósito de dinero debería ser suprimido en su tramitación parlamentaria. Esto no significa que no sea urgente la necesidad de codificar la materia financiera. La dispersión actual dificulta la aplicación de las normas y su correcta comprensión. En este sentido, la reciente refundición de normas bancarias en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y la delegación al Gobierno por Ley 20/2014, de 29 de octubre, para elaborar un texto refundido de la legislación del mercado de valores, son un paso hacia delante. Estas refundiciones deberían constituir los materiales de trabajo para elaborar un Código del Mercado Financiero, que refundiera y clarificara la legislación, tanto de derecho público como contractual, sobre banca, inversión y seguros, incluyendo los servicios de pagos.

VII
DERECHO DE LOS TÍTULOS VALORES

LAS OPERACIONES DE PAGO NO AUTORIZADAS REALIZADAS CON TARJETAS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL Y EN LA LEY DE SERVICIOS DE PAGO

LUCÍA ALVARADO HERRERA*

Resumen

Las siguientes líneas tienen por finalidad realizar una aproximación al régimen jurídico de las operaciones no autorizadas efectuadas con tarjetas en el Proyecto de Código Mercantil, en estrecha conexión con la normativa sobre prestación de servicios de pago. Se analizan los deberes y obligaciones de las entidades emisoras y de los titulares de las tarjetas, así como la atribución del riesgo por las pérdidas originadas como consecuencia de operaciones no autorizadas efectuadas con tarjetas extraviadas o sustraídas.

Contenido

1. Introducción. – 2. Cuestiones previas. – 3. La responsabilidad derivada del uso no autorizado de la tarjeta: Obligaciones y deberes de las partes. – 3.1. Deberes del titular de la tarjeta. – 3.2. Obligaciones y deberes de la entidad emisora. – 4. Régimen general de las operaciones de pago no autorizadas en la LSP. – 4.1. Deber del usuario de notificar las operaciones de pago no autorizadas. – 4.2. Responsabilidad del proveedor de servicios de pago y del ordenante derivada de la ejecución de operaciones de pago no autorizadas. – 5. Régimen de las operaciones de pago no autorizadas derivadas del extravío o sustracción de una tarjeta en la LSP y en el PCM. – 5.1. Atribución del riesgo de pérdida antes de la notificación. – 5.2. Atribución del riesgo de pérdida tras la notificación. – 6. Un caso particular: operaciones de pago no autorizadas derivadas del uso de tarjetas en Internet.

1. INTRODUCCIÓN

El Proyecto de Código Mercantil¹ incluye, entre otras novedades, una regulación de las tarjetas, concretamente en el Título VI (*“De las tarjetas”*) del Libro Sexto (*“De los títulos-valores e instrumentos de pago y crédito”*). No pretende el Código Mercantil ofrecer una regulación exhaustiva de estos instrumentos; así lo manifiesta la Exposición de Motivos al señalar que *“el objeto del Título dedicado a las tarjetas es única y exclusivamente la normativa vinculada con la legitimación para el ejercicio del*

* Profesora Titular de Derecho mercantil. Universidad Pablo de Olavide.

¹ En adelante se utilizará la abreviatura PCM.

derecho documentado”². Se trata, en definitiva, de regular *ciertos* aspectos de *algunas* clases de tarjetas (tarjetas de crédito y de débito) y no de establecer un régimen jurídico completo de estos instrumentos de facilitación de pagos.

Una de las cuestiones que plantea la nueva regulación sobre las tarjetas es la de su relación (y coherencia) con el régimen vigente en materia de prestación de servicios de pago. Este régimen se contiene en la Ley de servicios de pago (y en su normativa de desarrollo) y se aplica, entre otros, a los pagos realizados con tarjetas.

El propósito de estas líneas es el análisis que la regulación proyectada realiza del uso no autorizado de las tarjetas en conexión con las normas previstas en la Ley de servicios de pago. En particular, será objeto de estudio el artículo 663-5 PCM, que establece los deberes de los titulares de las tarjetas y remite, en parte, las consecuencias derivadas de la utilización no autorizada de estos instrumentos a la Ley de servicios de pago. Ello debe ir precedido del tratamiento de algunas cuestiones previas, relacionadas tanto con la Ley de servicios de pago como con el Proyecto de Código Mercantil, tratamiento que facilitará la comprensión de los preceptos de la normativa proyectada.

2. CUESTIONES PREVIAS

La Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago³ (en adelante, LSP), que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la *Directiva sobre servicios de pago en el mercado interior*⁴, estableció por primera vez en nuestro Ordenamiento un régimen jurídico básico para las transferencias, adeudos domiciliados y tarjetas de pago. Concretamente, el Título IV se ocupa de regular los derechos y obligaciones del

² Cfr. Exposición de Motivos VII-30. Sobre la ubicación sistemática del régimen jurídico de las tarjetas dentro del PCM vid. TOMILLO URBINA, J., “Las tarjetas de crédito”, en VV.AA., *Hacia un nuevo Código mercantil*, Madrid, 2014, pp. 620-621.

³ BOE núm. 275, de 14 de noviembre. La Ley 16/2009 ha sido desarrollada por el *Real Decreto 712/2010, de 28 de mayo, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago* (BOE núm. 131, de 29 de mayo). En materia de transparencia en la prestación de servicios de pago vid. la *Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago* (BOE núm. 148, de 18 de junio).

⁴ *Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE, y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE (DOUE L 319, de 5 de diciembre)* (en adelante, *Directiva sobre servicios de pago*). Sobre los antecedentes de la Directiva vid. RAMOS HERRANZ, I., “Las obligaciones y la responsabilidad de las entidades emisoras de tarjetas (y de sus titulares) tras la Directiva y la Ley española de servicios de pago”, *RDM*, núm. 283, enero-marzo, 2012, p. 347. Se encuentra en la actualidad en fase de elaboración una nueva Directiva, que incorporará (y derogará) la Directiva 2007/64 [*Propuesta de Directiva sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE y 2009/110/CE, y se deroga la Directiva 2007/64/CE*, COM(2013) 547 final]. La finalidad de la propuesta es, esencialmente, contribuir al desarrollo de los pagos electrónicos en el mercado interior. La Propuesta de Directiva sobre servicios de pago se completa con la *Propuesta de Reglamento sobre las tasas de intercambio para operaciones de pago basadas en una tarjeta* [COM (2013) 550/3; 2013/0265]. Con la finalidad de promover y estimular el empleo de las tarjetas en los pagos de escasa cuantía por parte de los consumidores, el *Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia* (BOE núm. 163, de 5 de julio) ha adoptado diversas medidas en materia de tasas de intercambio, sin esperar a que la propuesta de Reglamento se haya materializado (vid., al respecto, TOMILLO URBINA, “Las tarjetas de crédito”, *op. cit.*, pp. 622-625).

proveedor de servicios de pago (entidad de crédito, entidad de pago o entidad de dinero electrónico) y del ordenante del pago (ordenante de una transferencia, titular de la cuenta que autoriza la domiciliación, o usuario que utiliza la tarjeta para realizar el pago).

Las transferencias, adeudos domiciliados y tarjetas de pago tienen en común el ser instrumentos de pago, es decir, mecanismos que facilitan la transmisión del ordenante al beneficiario de un medio de pago. Diferenciamos, por tanto, el “medio de pago” (dinero efectivo, dinero bancario o moneda escrituraria, y dinero electrónico) del “instrumento de pago”⁵. La LSP no recoge de forma expresa esta distinción, pero parece hacer referencia a ella en su articulado, aunque utiliza términos algo diferentes. En efecto, la LSP define, de un lado, el instrumento de pago como “*cualquier mecanismo o mecanismos personalizados, o conjunto de procedimientos acordados por el proveedor de servicios de pago y el usuario del servicio de pago, utilizado por éste para iniciar una orden de pago*”⁶. De otro, señala que se entenderá por “fondos” los *billetes y monedas, dinero escritural y dinero electrónico*⁷; los “fondos” serían, por tanto, los “medios de pago” que circulan del transmitente al adquirente por medio de los instrumentos de pago.

El tratamiento unitario que ofrece la LSP de los instrumentos de pago mencionados obedece, en gran medida, a que todos ellos facilitan la realización de pagos mediante una transferencia de fondos (entendida ésta en sentido amplio) del ordenante al beneficiario, transferencia que se produce bien a iniciativa del ordenante (transferencias bancarias) –lo que origina una transferencia de crédito-, bien a iniciativa del beneficiario (adeudos domiciliados y tarjetas) –lo que da lugar a una transferencia de débito-. La transferencia de estos fondos al beneficiario es la finalidad perseguida por el ordenante, a fin de cumplir con su obligación de pago.

A la acción de transferir los fondos la denomina la LSP “operación de pago”⁸, si bien la definición incide en el carácter abstracto de dicha acción, al señalar que la operación de pago es independiente de las relaciones subyacentes entre el ordenante y el beneficiario. Se quiere con ello poner de manifiesto que las entidades no intervienen propiamente en una operación “de pago” (en el sentido de cumplimiento de una obligación) sino en una operación de transferencia de fondos, siendo las entidades ajenas a la finalidad perseguida por las partes con esa transferencia que, en la mayoría de las ocasiones, será la de realizar un pago.

En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo, el destinatario de la regulación contenida en la LSP es el “usuario de servicios de pago”, entendido éste como una *persona física o jurídica que haga uso de un servicio de pago, ya sea como ordenante, como beneficiario o ambos*⁹. El usuario puede ser un “consumidor” (*persona física que,*

⁵ Vid. sobre esta distinción MATEO HERNÁNDEZ, J.L., *El dinero electrónico en Internet. Aspectos técnicos y jurídicos*, Comares, Granada, 2005, pp. 59-61.

⁶ Cfr. art. 2º. 23 LSP. La definición que ofrece la LSP presenta la gran ventaja de su “neutralidad” desde el punto de vista tecnológico; es decir, abarcaría tanto instrumentos de pago hoy conocidos como otros futuros que cumplieran esa función de facilitar los pagos.

⁷ Cfr. artículo 2º.15 LSP.

⁸ Art. 2º. 5 LSP: “Operación de pago: una acción, iniciada por el ordenante o por el beneficiario, consistente en situar, transferir o retirar fondos, con independencia de cualesquiera obligaciones subyacentes entre ambos”.

⁹ Cfr. art. 2º.10 LSP.

en los contratos de servicio de pago actúa con fines ajenos a su actividad económica, comercial o profesional)¹⁰ o no serlo. Cuando el proveedor de servicios de pago contrate con un no consumidor podrá pactar con éste que no se apliquen determinados preceptos, entre ellos los relativos a los derechos y obligaciones relacionados con la utilización de instrumentos de pago¹¹.

Como se indicó anteriormente, la LSP se aplica a las *tarjetas de pago*, expresión que debe entenderse en el sentido de incluir todas aquellas tarjetas que puedan cumplir una función de pago: tarjetas de crédito, tarjetas de débito y tarjetas de prepago. Pues bien, la Ley regula tanto la emisión y adquisición de tarjetas de pago como la ejecución de operaciones de pago mediante estos instrumentos¹² (es decir, lo relativo a su utilización).

El Proyecto de Código Mercantil dedica tres capítulos a las tarjetas de pago. En el capítulo I (*“De las tarjetas en general”*) ofrece una definición y una clasificación de las tarjetas, a los efectos de determinar el ámbito objetivo de aplicación. El PCM define las tarjetas como *“instrumentos materiales que incorporan un dispositivo electrónico, emitidos en ejecución de un contrato con el emisor, cuya presentación y uso conforme a lo establecido en el contrato de emisión permite al titular de la tarjeta efectuar los actos o las operaciones determinados en ese contrato”*¹³, diferenciando, posteriormente, entre tarjetas de crédito y tarjetas de débito¹⁴. El capítulo II (*“Del uso de las tarjetas”*) se centra en la legitimación del titular de la tarjeta, mientras que el capítulo III (*“Del contrato de tarjeta”*), regula, entre otras cuestiones, las obligaciones y deberes de los emisores, contratantes y titulares de tarjetas.

Debe recordarse, como se indicó más arriba, que el alcance de las normas propuestas es limitado, en la medida en que el PCM se refiere única y exclusivamente a la normativa vinculada con la legitimación para el ejercicio del derecho documentado. Cabe preguntarse a qué *“derecho documentado”* se refiere la norma. El tratamiento unitario de las tarjetas de débito y de crédito nos hace pensar que el legislador, sin obviar lo referente a la tarjeta de crédito en cuanto que instrumento de concesión de crédito, se fija fundamentalmente en la tarjeta en tanto que documento que acredita (y

¹⁰ Cfr. art. 2º.11 LSP.

¹¹ Vid. art. 23.1 LSP. En concreto, por lo que a nuestro estudio interesa, las partes podrían pactar la no aplicación de ciertos aspectos del régimen de las operaciones de pago: consentimiento (art. 25); prueba de la autenticación y ejecución (art. 30); y responsabilidad del ordenante en caso de operaciones de pago no autorizadas (art. 32).

¹² El artículo 1º 2 de la LSP enumera los servicios de pago incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley. Por lo que se refiere a las tarjetas, la LSP incluye entre los servicios de pago regulados por ella *“la ejecución de operaciones de pago mediante tarjeta de pago o dispositivo similar [art. 1º.2.c) 2º], y “la emisión y adquisición de instrumentos de pago” [art. 1º.2.e)].* No debe olvidarse que las tarjetas de prepago (también conocidas como tarjetas monedero) tienen la naturaleza de *“dinero electrónico”*, por lo que quedan sometidas, además, a las disposiciones de la *Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico* (BOE núm. 179, de 27 de julio).

¹³ Cfr. art. 661-1 PCM.

¹⁴ Art. 661-2 PCM: *“Tarjetas de débito. Mediante las tarjetas de débito el titular satisface una deuda dineraria o dispone de efectivo con cargo simultáneo a una cuenta con saldo disponible”*; art. 661-3 PCM: *“Tarjetas de crédito. Mediante las tarjetas de crédito el titular dispone de efectivo a crédito o satisface una deuda dineraria que asume el emisor como propia, aplazando el reintegro al emisor conforme a las modalidades pactadas en el contrato de emisión”*. No se aplicarían, por tanto, las disposiciones del PCM a las tarjetas prepago.

legítima al titular para su ejercicio) la existencia del derecho que ostenta el titular de exigir al emisor la realización de pagos por su cuenta¹⁵. Se atiende, por tanto, a la función de ser instrumento de pago (o medio de facilitación de pagos), con independencia de que el pago se realice con los fondos que el titular tiene en su cuenta (tarjeta de débito) o a crédito (tarjeta de crédito)¹⁶. Además, el PCM hace referencia a otros derechos, como el de la retirada de efectivo¹⁷ y, en general, cualquier derecho contemplado en el contrato de emisión de la tarjeta¹⁸.

A modo de resumen puede afirmarse que el PCM regula, al igual que la LSP, determinados aspectos de la emisión y uso de tarjetas de pago¹⁹. Entendemos que cuando la materia regulada por ambas normas sea idéntica, la LSP será de aplicación preferente, ya que se trata de una legislación especial²⁰. Debe tenerse en cuenta, además, que la regulación contenida en la LSP tampoco es exhaustiva, y puede ocurrir que determinados aspectos relacionados con las tarjetas no estén regulados en la LSP y sí en el PCM. En estos casos (es decir, a falta de previsión en la LSP), deberán aplicarse las disposiciones del PCM.

El problema se suscita, a nuestro modo de ver, cuando el usuario-titular de la tarjeta no tiene la condición de consumidor. En estos casos, si las partes no excluyen la aplicación de las normas de la LSP, ésta les será aplicable. En caso contrario (es decir, proveedor y usuario pactan la no aplicación de la LSP), podría entenderse que quedarían sometidas a la regulación contenida en el PCM.

3. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL USO NO AUTORIZADO DE LA TARJETA: OBLIGACIONES Y DEBERES DE LAS PARTES

La LSP se ocupa de las operaciones de pago no autorizadas en el Título IV (*“Derechos y obligaciones en relación con la prestación y utilización de servicios de pago”*), diferenciando dos supuestos distintos: régimen de responsabilidad en caso de

¹⁵ Nos parece relevante en este momento hacer referencia al concepto de tarjeta de crédito ofrecido por NÚÑEZ LOZANO (*La tarjeta de crédito*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1997, p. 27). El autor afirma que la tarjeta de crédito es un documento de legitimación intransmisible, idóneo para identificar a su titular a los efectos de ejercer dos clases de derechos: primero, el derecho a obtener el aplazamiento de los pagos de las deudas de dinero que contraiga en correspondencia con las prestaciones de su emisor propias de su actividad profesional; segundo, el derecho a encomendar a su emisor la realización de pagos. El primero de los derechos sólo estaría presente en la tarjeta de crédito, mientras que el segundo se predica tanto de la tarjeta de crédito como de la de débito.

¹⁶ Así se desprende del contenido de los artículos 661-2 y 661-3 transcritos *supra* en nota núm. 14.

¹⁷ Vid. los artículos 661-2 y 661-3 transcritos *supra* en nota núm. 14.

¹⁸ Art. 661-4 PCM: *“Cuenta de pago: Las tarjetas, sean de débito o de crédito, podrán incorporar la facultad de realizar, en relación con una o varias cuentas de pago, los actos especificados en el contrato de emisión al que el cliente se hubiera adherido”*.

¹⁹ En palabras de TOMILLO URBINA (*“Las tarjetas de crédito”*, *op. cit.*, p. 620), *“el propósito que guía el régimen jurídico de las tarjetas (Título VI) no es otro que el establecimiento de un conjunto de reglas relativas a determinadas cuestiones básicas estrechamente conectadas con la emisión, tenencia y uso de las tarjetas”*.

²⁰ Art. 001-4 PCM: *“Jerarquía de normas. 1. En las materias mercantiles que se rijan por legislación específica en razón de la naturaleza de la persona o de la actividad, serán de aplicación supletoria las disposiciones de este Código”*.

operaciones de pago no autorizadas (régimen general) y régimen de responsabilidad para los supuestos de operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído (régimen especial)²¹. En el caso de operaciones de pago realizadas con tarjetas, el régimen especial se aplicaría en los casos en los que el uso no autorizado fuera precedido de un previo extravío o sustracción de la tarjeta. El general englobaría todos los demás supuestos, es decir, usos no autorizados sin que medie extravío o sustracción de la tarjeta.

El PCM no establece un régimen general de responsabilidad de operaciones de pago no autorizadas, sino que, dado la materia regulada (las tarjetas de crédito y débito) regula exclusivamente los usos no autorizados de tarjetas, en concreto, los que van precedidos de una previa pérdida o sustracción (art. 663-5 PCM).

3.1. Deberes del titular de la tarjeta

El artículo 27 de la LSP impone una serie de deberes a los titulares de tarjetas. En primer lugar, el titular debe utilizar la tarjeta de acuerdo con las condiciones que regulan su emisión y uso, haciéndose hincapié en el deber de tomar todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya provisto. Estas condiciones son establecidas en el contrato de emisión de la tarjeta²²: firmar la tarjeta, mantener en secreto el PIN, abstenerse de anotar el PIN en la tarjeta o en un documento –u objeto- que pueda encontrarse con la tarjeta; evitar que el PIN pueda ser deducido de datos personales del cliente, etc.

En segundo lugar, el usuario debe notificar a su entidad (o a quien ésta designe)²³, sin demoras indebidas, el extravío, sustracción o utilización no autorizada de la tarjeta²⁴. Este deber de notificación nace en el momento en que el usuario *tiene conocimiento* del extravío, sustracción o utilización no autorizada.

El artículo 663-5 del PCM (*Deberes de los titulares de las tarjetas*)²⁵ impone tres deberes fundamentales a los titulares de tarjetas: el deber de custodiarlas, de utilizarlas en los términos establecidos en el contrato y de notificar su pérdida o sustracción, o su utilización por persona no autorizada. Es en la obligación de notificación donde encontramos diferencias sustanciales entre la regulación prevista en

²¹ Vid. *Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España*, 2012, p. 283.

²² El artículo 12.5.a) de la *Orden EHA/1608/2010* (cit. *supra* en nota núm. 3) impone a la entidad emisora de la tarjeta el deber de facilitar al usuario, con carácter previo a la celebración del contrato de emisión de tarjeta, “una descripción de las medidas que el usuario de servicios de pago deberá adoptar para preservar la seguridad de un instrumento de pago...”.

²³ El artículo 12.5.a) de la *Orden EHA/1608/2010* (cit. *supra* en nota núm. 3) impone a la entidad emisora el deber de facilitar al usuario, con carácter previo a la celebración del contrato de emisión de tarjeta, información sobre la forma en que debe realizarse la notificación.

²⁴ Crítica RAMOS HERRANZ (“Las obligaciones y la responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 359) el empleo de la expresión “sin demoras indebidas” por su falta de seguridad jurídica, ya que deja “en las manos de la interpretación jurídica judicial y extrajudicial (incluida claro está la doctrinal-científica) la delimitación del nivel exigido para cumplir con tal obligación”.

²⁵ Resulta acertada la diferencia que establece el PCM entre *obligaciones* del contratante (art. 663-6) y *deberes* del titular de la tarjeta (art. 663-5). Son obligaciones del contratante la de pagar al emisor la cuota o cuotas periódicas establecidas en el contrato y, además, si se trata de una tarjeta de crédito, reintegrar al emisor las cantidades adeudadas por el contratante derivadas del uso de la tarjeta.

la LSP y la recogida en el PCM. En efecto, señala este último que el titular de la tarjeta tiene el deber de “*comunicar sin demora al emisor la pérdida o la sustracción de la tarjeta o su utilización por persona no autorizada*”. No aclara la norma, sin embargo, cuándo surge ese deber, a diferencia de la LSP, que establece expresamente que el deber de comunicación surge en el momento en el que el titular de la tarjeta tiene conocimiento de la pérdida, sustracción o uso no autorizado.

Interesa destacar, además, que el PCM distingue entre dos supuestos distintos que originan del deber de comunicación del titular de la tarjeta: la pérdida o sustracción de la tarjeta, de un lado; y la utilización por persona no autorizada, de otro. Es decir, diferencia, al igual que lo hace la LSP, entre usos no autorizados de la tarjeta que van precedidos de la previa pérdida o sustracción del instrumento de pago de aquellas otras en las que no media la pérdida o sustracción. Lo que sucede es que, como se pondrá de manifiesto más adelante, el PCM, a diferencia de la LSP, únicamente regula (y además parcialmente) las consecuencias derivadas de usos no autorizados de tarjetas previamente sustraídas o extraviadas.

3.2. Obligaciones y deberes de la entidad emisora

El artículo 28 de la LSP enumera, sin diferenciarlos, una serie de obligaciones y deberes que recaen sobre la entidad emisora de la tarjeta

En primer lugar, la entidad tiene la obligación de cerciorarse de que los elementos de seguridad personalizados de la tarjeta (el PIN, claves de coordenadas para el uso de la Banca electrónica, etc.) sólo sean accesibles al titular. Esta obligación se extiende tanto al momento anterior a la comunicación al cliente de estos elementos de seguridad (el precepto establece expresamente que la entidad soportará las pérdidas que puedan derivarse del envío al cliente de la tarjeta o de algún elemento de seguridad personalizado de la tarjeta) como al momento posterior a esa comunicación. Ello no es incompatible con la diligencia que se exige al titular de la tarjeta en la custodia de estos elementos personalizados; lo que significa, entendemos, es que la entidad tiene que adoptar las medidas (técnicas) oportunas para que esos elementos no sea accesibles a terceros no autorizados por el titular. En segundo lugar, la Ley impone a la entidad una obligación de no hacer: abstenerse de enviar tarjetas no solicitadas, salvo en los casos de sustitución. Aclara la Ley que dicha sustitución puede venir motivada por la incorporación a la tarjeta de nuevas funcionalidades no solicitadas expresamente por el titular siempre que se cumplan dos condiciones: primero, que en el contrato marco se hubiera previsto tal posibilidad; segundo, que la sustitución se realice con carácter gratuito para el cliente.

Junto a estas obligaciones, la LSP impone a las entidades el deber de garantizar la disponibilidad en todo momento de medios *adecuados y gratuitos*²⁶ para que el titular

²⁶ La Directiva sobre servicios de pago no hace referencia al carácter gratuito de la notificación, por lo que en este aspecto la Ley española incrementa el nivel de protección del usuario.

pueda notificar el extravío, la sustracción o utilización no autorizada de la tarjeta²⁷. Les atribuye, además, la carga de impedir la utilización de la tarjeta una vez efectuada la notificación de su extravío o sustracción, o el uso no autorizado.

El PCM, por su parte, se ocupa de las obligaciones de la entidad emisora en el artículo 663-2. De entre ellas destaca la de incorporar a la tarjeta medidas de seguridad razonables para impedir el uso indebido de la misma²⁸.

4. RÉGIMEN GENERAL DE LAS OPERACIONES DE PAGO NO AUTORIZADAS EN LA LSP

Según señala el artículo 25.1 de la LSP, una operación de pago se considera autorizada cuando el *ordenante* ha dado el consentimiento para su ejecución; a falta de este consentimiento la operación de pago se considera no autorizada. Según el mismo precepto, “*el ordenante y su proveedor de servicios de pago acordarán la forma en que se dará el consentimiento así como el procedimiento de notificación del mismo*”.

El titular de la tarjeta (ordenante en los términos de la LSP) acordará con la entidad emisora la forma de dar este consentimiento en el contrato de emisión de tarjeta: tecleo del PIN en el TPV (tarjetas dotadas de chip)²⁹; firma de la factura emitida por el establecimiento (tarjetas con banda magnética); facilitación del número de la tarjeta, fecha de caducidad y código de verificación de la tarjeta (operaciones no presenciales); etc.

4.1. Deber del usuario de notificar las operaciones de pago no autorizadas

El artículo 29 de la LSP dispone que cuando el usuario de servicios de pago tenga conocimiento de que se ha realizado una operación de pago no autorizada (que podrá tener origen en un error o en una actuación fraudulenta de un tercero) deberá comunicarlo al proveedor de servicios de pago sin tardanza injustificada (art. 29 LSP). Lo normal es que el usuario del servicio de pago tenga conocimiento de estas operaciones no autorizadas accediendo a los datos de los movimientos de su cuenta (consulta por Internet, comunicación de la entidad por SMS, envío de extracto, etc.).

²⁷ Además, cuando el titular de la tarjeta lo solicite, la entidad deberá facilitarle, también de forma gratuita, medios que le permitan demostrar que ha efectuado dicha comunicación, durante los 18 meses siguientes a la misma.

²⁸ Art. 663-2 PCM: “*De las obligaciones del emisor. Son obligaciones del emisor de la tarjeta: a) La de incorporar a la tarjeta las medidas de seguridad razonables para impedir el uso indebido de la misma. b) La de entregar la tarjeta o tarjetas a la persona con la que contrate o a la persona o personas indicadas por éste. c) La de satisfacer, por cuenta del contratante, en pago de los bienes o de los servicios adquiridos por el titular o titulares de las tarjetas emitidas, los cargos presentados por los empresarios o entidades asociadas a la red constituida por el propio emisor o a la que éste se hubiera adherido. d) La de remitir un resumen detallado de las operaciones realizadas con la tarjeta, mensualmente o con la periodicidad menor que se hubiere pactado, al domicilio o a la dirección electrónica indicados por el contratante o, si se hubiera pactado en el contrato, por el titular o por cada uno de los titulares de las tarjetas*”.

²⁹ En ocasiones, ciertas entidades emisoras no requieren siquiera el tecleo del PIN cuando se trata de pagos de escasa cuantía (normalmente operaciones iguales o inferiores a 20 euros).

Señala más adelante el precepto que esta comunicación deberá producirse en un plazo máximo de trece meses desde la fecha del adeudo o del abono. El establecimiento de este plazo no contradice lo dicho anteriormente, es decir, el usuario no tiene trece meses para notificar a su entidad la operación no autorizada, sino que dicha notificación debe realizarse *sin tardanza injustificada* desde que conoció dicha operación. Ahora bien, al vincular el plazo de la notificación (*sin tardanza injustificada*) al conocimiento, la entidad del usuario queda en una situación precaria, pues habría cargos que podrían ser impugnados incluso años después de haberse producido. Para evitar que esto suceda, la LSP establece el plazo de trece meses máximo para la notificación. Transcurridos trece meses desde que se realizó el cargo o el abono indebido, si el usuario comunica la operación no autorizada aunque sea de forma inmediata desde que tuvo conocimiento del cargo no autorizado, su entidad no será responsable en los términos del artículo 31 LSP³⁰. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que cuando el usuario no sea un consumidor, las partes podrán pactar un plazo inferior al de trece meses.

4.2. Responsabilidad del proveedor de servicios de pago y del ordenante derivada de la ejecución de operaciones de pago no autorizadas

El artículo 31 de la LSP establece que, efectuada la comunicación de la operación no autorizada, el proveedor de servicios de pago del ordenante le devolverá de inmediato el importe de la operación³¹. Es decir, que cuando el usuario niegue haber autorizado la operación, su entidad deberá reintegrarle su importe. Luego son los proveedores y no los usuarios los que deben soportar la pérdida originada³².

A pesar de los términos en que se expresa el precepto, que podrían hacer pensar que basta con que el usuario niegue haber autorizado la operación para que la entidad sin más le devuelva el importe, el proveedor de servicios de pago podrá alegar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia (art. 30.1 LSP).

Interesa señalar que el precepto establece, en su apartado 2, que el registro de la operación por la entidad no basta necesariamente para demostrar que la operación fue

³⁰ Este plazo máximo decae cuando el proveedor de servicios de pago no ha proporcionado o hecho accesible (por ejemplo, a través de los canales de banca a distancia) al usuario la información correspondiente a la operación de pago (art. 29.2 LSP).

³¹ En algunos casos, las condiciones generales concretan, de un lado, que la devolución se realizará a solicitud del cliente y, de otro, la forma en que debe realizarse esa solicitud (por escrito, con copia de la denuncia, en su caso, o adjuntando la documentación que justifiquen su pretensión). El artículo 31 contempla no sólo la devolución del importe de la operación sino que establece, además, que la entidad “restablecerá la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe al estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada”. Ello implica el ajuste de la fecha valor de la cuenta, a efectos de intereses, la anulación de comisiones e intereses por descubiertos originados por la ejecución de operaciones no autorizadas, etc. (vid., en este sentido, LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., *Comentarios a la Ley de servicios de pago*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 578). La Propuesta de Directiva sobre servicios de pago (cit. *supra* en nota núm. 4) señala expresamente que los Estados “(V)elarán asimismo por que la fecha de valor del abono en la cuenta de pago del ordenante no sea posterior a la fecha de adeudo del importe” (art. 65.1).

³² El artículo 12.5.d) de la Orden EHA/1608/2010 (cit. *supra* en nota núm. 3) obliga a la entidad emisora a facilitar al usuario con carácter previo a la celebración del contrato de emisión de tarjeta información sobre la responsabilidad que asume en virtud del artículo 31 de la LSP.

autorizada por el ordenante, ni que éste actúe de forma fraudulenta o incumplió deliberadamente o por negligencia grave las obligaciones del artículo 27.

Ahora bien, se ha señalado, con acierto, que la entidad debe realizar una actividad de comprobación, a fin de probar los hechos anteriormente mencionados, lo que compagina mal con la exigencia legal de que la devolución sea inmediata³³.

Entendemos, además, que la entidad podrá negarse a devolver el importe de la operación no autorizada cuando pruebe que el usuario incumplió con el deber que le impone el artículo 29 de notificar, desde que tuvo conocimiento del hecho, sin tardanza injustificada, las operaciones de pago no autorizadas o, como se indicó anteriormente, cuando han transcurrido trece meses desde la fecha del adeudo o del abono³⁴.

En relación con la aplicación de este precepto a las tarjetas, únicamente resultaría aplicable a aquellos casos en los que el cargo no autorizado no vaya precedido de un previo extravío o sustracción de la tarjeta (por ejemplo, clonación de la tarjeta, captura de datos y utilización de los mismos para la realización de una compra por Internet, etc.). Para los casos de pérdida o sustracción lo que procede es aplicar el régimen *especial* previsto en el artículo 32 de la LSP³⁵.

Queda por determinar que ocurriría si el usuario no comunica a su entidad la operación no autorizada en el plazo máximo señalado en el artículo 29 (trece meses). Pues bien, el primer inciso del artículo 31 (“*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 de la presente Ley*”) nos lleva a concluir que en estos casos el proveedor de servicios de pago queda liberado de la obligación de devolución, quedando ésta sustituida por el deber de hacer lo posible por recuperar los fondos.

Por lo que se refiere a la responsabilidad del ordenante derivada de la ejecución de una operación de pago no autorizada, la regla general viene recogida en el apartado 2 del artículo 32, según el cual el ordenante (en nuestro caso, el titular de la tarjeta) asumirá todas las pérdidas cuando haya actuado de forma fraudulenta o incumpliendo deliberadamente o con negligencia grave sus obligaciones del artículo 27³⁶.

³³ Vid. en este sentido LÓPEZ JIMÉNEZ, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 577. Apunta el autor que la norma debería haber establecido un plazo concreto para el desarrollo de esta actividad, transcurrido el cual la entidad debería de devolver el importe de la operación no autorizada de forma inmediata.

³⁴ Así se deduce del primer inciso del artículo 31 LSP, que establece que “(*S*)in perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 de la presente Ley...”.

³⁵ Así lo entiende el Banco de España: “(*E*)l Servicio viene entendiendo que, en caso de utilización fraudulenta de una tarjeta derivada de una copia del instrumento de pago, no estaríamos en el supuesto contemplado en el artículo 32 de la Ley de Servicios de Pago, que establece ... la responsabilidad del ordenante por las operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído, ya que en estos supuestos el titular de la tarjeta no ha perdido su posesión y, por tanto, el supuesto no tiene encaje en el artículo 32 de la ley, teniendo cabida éste, sin embargo, en el artículo 31 de la ley, en tanto que se trata de una operación de pago no autorizada” (*Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España*, 2012, p. 283).

³⁶ La Propuesta de Directiva sobre servicios de pago (*cit. supra* en nota núm. 4) contempla como novedad las consecuencias derivadas de operaciones de pago no autorizadas cuando se trate de pagos realizados a través de medios de comunicación a distancia. En estos casos, cuando el proveedor de servicios de pago no exija autenticación fuerte, el ordenante sólo soportaría las consecuencias económicas en caso de haber actuado de forma fraudulenta (cfr. art. 66.1, párrafo segundo).

5. RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES DE PAGO NO AUTORIZADAS DERIVADAS DEL EXTRAVÍO O SUSTRACCIÓN DE UNA TARJETA EN LA LSP Y EN EL PCM

El artículo 32 de la LSP se ocupa de las operaciones de pago no autorizadas derivadas de la utilización de tarjetas extraviadas o sustraídas. Cobra aquí especial relevancia, por su incidencia en la atribución del riesgo, la obligación del titular de la tarjeta de notificar el extravío o la sustracción.

En efecto, como se ha señalado previamente, la LSP impone al titular de la tarjeta la obligación de notificar al proveedor de servicios de pago (o a la entidad que éste designe), sin demoras indebidas, el extravío o la sustracción de la tarjeta en cuanto tenga conocimiento de la pérdida o sustracción. El último inciso resulta de particular interés, ya que la notificación “sin demoras indebidas” debe realizarse no desde el acaecimiento del hecho (extravío o sustracción) sino desde que el titular tiene conocimiento del hecho³⁷.

En términos distintos se manifiesta el Proyecto de Código Mercantil. En efecto, el Código no hace depender el nacimiento de la obligación de notificar la pérdida o la sustracción del conocimiento efectivo por el titular de la tarjeta de la pérdida o sustracción; simplemente señala que el titular deberá “*comunicar sin demora al emisor la pérdida o la sustracción de la tarjeta*” (art. 663-5). La redacción del precepto permite afirmar que, cuando se trate de un usuario no consumidor y las partes (cliente-entidad) hayan pactado (a instancias de la entidad) la no aplicación del artículo 32 de la LSP (por ejemplo, insertando una cláusula en el contrato en virtud de la cual la notificación debe realizarse a la mayor brevedad posible desde el acaecimiento de la pérdida o sustracción de la tarjeta), el usuario no consumidor no encontrará una mayor protección en el Código Mercantil. Cuando el usuario sea un consumidor, el contenido del artículo 32 es de aplicación obligatoria, por lo que el deber de notificación surgirá una vez que el titular de la tarjeta haya tenido conocimiento de la pérdida o sustracción.

5.1. Atribución del riesgo de pérdida antes de la notificación

En el período que media entre el extravío o la sustracción y la notificación del titular a la entidad, la LSP atribuye el riesgo al titular de la tarjeta. En efecto, según señala el apartado 1 del artículo 32 LSP, cuando la pérdida tenga se origen en la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído, aquélla será soportada por el titular de la tarjeta (por tanto, incluso aunque su actuación haya sido diligente). Ahora bien, con la finalidad de no hacer excesivamente gravosa la posición del titular de la tarjeta, la LSP limita esta responsabilidad a 150 euros³⁸.

³⁷ Vid., sobre esta cuestión, la STS 16 diciembre 2009 (RJ 2010, 792), comentada, entre otros, por RAMOS HERRANZ en “Las obligaciones y la responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 361-365. Más recientemente, SJM Madrid, 8 septiembre 2011 (AC 2011, 2146).

³⁸ El artículo 12.5.c) de la *Orden EHA/1608/2010* (*cit. supra* en nota núm. 3) obliga a la entidad emisora a facilitar al usuario con carácter previo a la celebración del contrato de emisión de tarjeta información sobre su responsabilidad, de acuerdo con el artículo 32 LSP, con mención del importe correspondiente. La Propuesta de Directiva sobre servicios de pago (*cit. supra* en nota núm. 4) rebaja el límite hasta los 50

El artículo 32.1 LSP establece una excepción al régimen general de responsabilidad en caso de operaciones de pago no autorizadas, régimen general que se contiene básicamente en el artículo 31. Constituye una excepción porque, de aplicar el régimen general señalado anteriormente, el titular no respondería si ha actuado de forma diligente o si, concurriendo negligencia, ésta puede calificarse como leve³⁹. La razón de esta excepción –y, por tanto, de la alteración del régimen general de responsabilidad– parece derivar del deber de custodia que pesa sobre el titular en relación con la tarjeta, deber que en última instancia justificaría la atribución del riesgo (aunque limitado) al titular de la tarjeta. Con ello se consigue que el titular, además de custodiar de forma adecuada el instrumento de pago, notifique de forma inmediata la pérdida o sustracción, a fin de evitar incluso la pérdida de los 150 euros. Por otro lado la entidad, al soportar el riesgo de las pérdidas superiores a 150 euros, procurará incrementar la seguridad del procedimiento de pago.

El titular de la tarjeta soportará el total de las pérdidas cuando haya actuado de forma fraudulenta o incumpliendo, con dolo o negligencia grave, los deberes que le impone el artículo 27 de la LSP (art. 32.2 LSP). El registro de la operación de pago por la entidad no basta para demostrar la actuación fraudulenta ni la existencia de dolo o negligencia grave (art. 30.2 LSP).

Cuando existan operaciones no autorizadas derivadas del uso de tarjetas, pero sin que medie extravío o sustracción, se aplicará el régimen general (por ejemplo, en los casos de clonación de tarjetas, de operaciones realizadas con la tarjeta a través de Internet, etc.)⁴⁰. Es decir, si el titular niega haber autorizado la operación, la entidad deberá devolverle de inmediato su importe (sin perjuicio de que la entidad pueda probar que la operación fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por fallos técnicos u otras incidencias –art. 30.2-). De lo expuesto podemos deducir que el artículo 32 de la LSP resulta aplicable en todos sus apartados a los pagos no autorizados realizados con tarjetas extraviadas o sustraídas, y que su apartado 2 resulta aplicable, además, al resto de operaciones de pago no autorizadas (derivadas de transferencias, domiciliaciones, y pagos con tarjeta en las que no medie extravío o

euros [art. 66.1: “(N)o obstante lo dispuesto en el artículo 65, el ordenante podrá estar obligado a soportar, hasta un máximo de 50 euros, las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado o robado o de la apropiación indebida de un instrumento de pago”].

³⁹ Así se deduce, además, del primer inciso del apartado 1 del artículo 32, que señala expresamente lo siguiente: “No obstante lo dispuesto en el artículo 31...”; es decir, a pesar de que con carácter general el riesgo por operaciones de pago no autorizadas se imputa al proveedor de servicios de pago (entidad emisora de la tarjeta), en caso de pérdida o sustracción de una tarjeta el riesgo recae sobre el titular de la misma (vid., en este sentido, LÓPEZ JIMÉNEZ, *Comentarios...*, op. cit., p. 599). Refuerza el contenido de esta interpretación el *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago en el mercado interior, y del Reglamento n° 24/2009, relativo a los pagos transfronterizos en la Comunidad* [COM(2013) 549, de 24 de julio de 2013], punto 3.4.2.

⁴⁰ En este sentido se manifiesta el Servicio de Reclamaciones del Banco de España (*Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España*, 2012, p. 283), cuando afirma que dentro del artículo 31 de la LSP deben incluirse “las operaciones de pago no autorizadas que se hubieran efectuado con tarjeta en las que su titular no ha perdido la posesión de aquella, esto es, en los aquellos casos en los que se ha llevado a cabo una copia de la tarjeta, o bien la realización de operaciones de pago no autorizadas realizadas a través de Internet, tales como compras, transferencias, etc.”.

sustracción). Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el contenido del artículo 32 es disponible para las partes en los casos en los que el usuario no sea un consumidor⁴¹.

El PCM no se pronuncia, a nuestro modo de ver acertadamente, sobre las consecuencias derivadas del uso no autorizado de la tarjeta antes de la comunicación, remitiendo expresamente a la LSP.

5.2. Atribución del riesgo de pérdida tras la notificación

Tras la notificación del extravío o de la sustracción a la entidad emisora (o a la entidad que ésta haya designado), el titular de la tarjeta no sufrirá pérdida alguna derivada de su utilización (salvo, claro está, en los casos que exista una actuación fraudulenta) (art. 32.3 LSP). La notificación marca, pues, el momento en el que cesa la responsabilidad del titular de la tarjeta. Si el titular no puede notificar la pérdida o sustracción debido a que la entidad emisora no tiene medios disponibles para ello, ésta asumirá íntegramente las pérdidas (art. 32.3 LSP).

La prueba de la notificación corresponde al titular de la tarjeta. Precisamente, para facilitar su cumplimiento, la LSP impone al proveedor de servicios de pago la obligación de facilitar al usuario, cuando éste lo solicite y de forma gratuita⁴², medios que le permitan demostrar que ha efectuado dicha notificación. Esta obligación tiene, no obstante, un límite temporal: dieciocho meses desde que se produjo la notificación.

En términos parecidos se manifiesta el PCM, al señalar que “*(L)a utilización no autorizada de la tarjeta por un tercero no producirá efecto alguno desde que se hubiera comunicado la pérdida o sustracción al emisor en la forma establecida en el contrato*” (art. 663-5.2). El contenido de este apartado adquiere especial relevancia cuando el usuario-titular de la tarjeta no tiene la calificación de consumidor. En efecto, al ser el artículo 32 de la LSP materia disponible para las partes cuando el usuario no es un consumidor, las partes (a instancias de la entidad) podrían pactar que las pérdidas ocasionadas por operaciones realizadas con la tarjeta una vez efectuada la notificación deberán ser soportadas por el titular de la tarjeta. Cabría preguntarse sobre la viabilidad de tal pacto, si entendemos que resulta aplicable el artículo 663-5.2 PCM, y que éste tiene carácter imperativo. Es decir, podría interpretarse que el PCM pretende que, aun en los casos en los que el titular de la tarjeta no sea un consumidor, las pérdidas ocasionadas por la utilización de la tarjeta tras haberse comunicado el extravío o la sustracción no podrían imputarse a éste. Esta interpretación parece encontrar apoyo en el hecho de que el PCM no regula las consecuencias de los usos no autorizados antes de la notificación, sino que remite, como se dijo anteriormente, a la legislación sobre servicios de pago. No actúa de igual manera con la utilización no autorizada una vez realizada la comunicación, ya que señala expresamente que dicha utilización no producirá efecto alguno.

⁴¹ Vid. nota núm. 11.

⁴² La Directiva no establece el carácter gratuito de esta medida, por lo que la entidad podría cobrar al cliente los gastos derivados de su cumplimiento. La LSP, de forma parecida a lo que ocurre con la notificación del extravío, sustracción o utilización no autorizada, impone el carácter gratuito.

6. UN CASO PARTICULAR: OPERACIONES DE PAGO NO AUTORIZADAS DERIVADAS DEL USO DE TARJETAS EN INTERNET

Aunque la práctica bancaria ha generado diversas soluciones de pago adaptadas específicamente a los pagos realizados a través de Internet, es cierto que aún se sigue utilizando la tarjeta “física” para realizar este tipo de operaciones. El Proyecto de Código Mercantil no se refiere expresamente a esta posibilidad, pero parece tenerla en cuenta cuando, al regular el deber de comprobación de la legitimación del portador de la tarjeta que recae sobre el establecimiento, señala que “(E)n los casos de presentación material de la tarjeta, la persona a la que se presente tiene el deber de comprobar la legitimación del portador en la forma que hubiera sido establecida...”⁴³. Es decir, el deber de comprobación se exige en los casos en los que puede ser cumplido –cuando la operación es presencial y hay una “presentación material” de la tarjeta-; no se exigirá, por tanto, en los supuestos en los que no exista presentación material porque la operación de pago se realiza a distancia (por ejemplo, por teléfono o en forma electrónica).

Más allá de esta referencia implícita, el Proyecto de Código Mercantil no se ocupa de regular estos supuestos, por lo que quedaría subsumido en el más general de usos no autorizados de la tarjeta sin que medie previa pérdida o sustracción que tampoco regula el Proyecto de Código Mercantil.

Podríamos preguntarnos, llegados a este punto, cuál sería el régimen jurídico aplicable a una operación de pago no autorizada realizada en el ámbito de Internet (es decir, en el marco de una contratación no presencial). La cuestión no tiene una fácil respuesta, en la medida en que el supuesto tendría encaje tanto en la LSP como en el TRLGDCU.

En efecto, el artículo 112 del TRLGDCU⁴⁴ se ocupa del pago mediante tarjeta en los contratos a distancia y, más concretamente, de los supuestos en que se ha producido un cargo fraudulento o indebido utilizando el número de la tarjeta. Pues bien, en estos casos el titular de la tarjeta podrá exigir la inmediata anulación del cargo⁴⁵. No aclara la norma a quién debe dirigirse el titular de la tarjeta para solicitar esta anulación. Lo más razonable sería entender que el titular de la tarjeta debe dirigirse a su entidad, de forma que ésta procediera a realizar el abono del importe cargado de manera fraudulenta o

⁴³ Cfr. art. 662-2 PCM. Sobre esta cuestión vid., más ampliamente, TOMILLO URBINA, “Las tarjetas de crédito”, *op. cit.*, pp. 625-627.

⁴⁴ Téngase en cuenta que el TRLGDCU ha sido modificado recientemente por la *Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre* (BOE núm. 76, de 28 de marzo). Mediante esta Ley se traspone al derecho interno la *Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores* (DOUE L 304, de 22 de noviembre), afectando, entre otras materias, al régimen jurídico de los contratos a distancia, que pasan a estar regulados en los artículos 92 a 113, de forma conjunta con los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Como consecuencia de esta modificación, el antiguo artículo 106 (*Pago mediante tarjeta*) ha pasado a ser el 112 (*Pago del contrato a distancia mediante tarjeta*).

⁴⁵ Art. 112 TRLGDCU, apartado 1, primer inciso: “(C)uando el importe de una compra o de un servicio hubiese sido cargado fraudulenta o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago, el consumidor y usuario titular de ella podrá exigir la inmediata anulación del cargo...”.

indebida. Seguidamente, la entidad del titular procederá, por ella misma o a través de la entidad del empresario, a adeudar la cuenta de éste. Y es que, en última instancia, el riesgo por el pago indebido o fraudulento se impone al empresario, tal y como se deduce del texto del artículo 112 TRLGDCU: “(E)n tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del empresario y del consumidor y usuario titular de la tarjeta se efectuarán a la mayor brevedad”⁴⁶.

Ahora bien, desde el punto de vista de la LSP, el supuesto descrito sería una operación de pago no autorizada al que le sería aplicable el régimen general para las operaciones no autorizadas descrito anteriormente (art. 31 LSP), o el régimen especial (art. 32 LSP), en el caso de que hubiera mediado una previa sustracción o extravío de la tarjeta. En estos casos, el riesgo por las pérdidas se hace recaer sobre el proveedor de servicios de pago (es decir, sobre la entidad emisora de la tarjeta), que deberá devolver de inmediato al titular el importe de la operación o sobre el titular de la tarjeta (art. 32 LSP), si bien con los límites establecidos en la propia norma.

Que la entidad emisora pueda, a su vez, reclamar el importe al establecimiento dependerá de lo pactado entre ellos, sin que la LSP regule el contenido del contrato entre la entidad emisora y el establecimiento⁴⁷. EL TRLGDFCU, sin embargo, al imponer el riesgo al establecimiento sí que incide en estas relaciones, si bien únicamente cuando la relación subyacente sea un contrato a distancia.

La distorsión se produce debido a que la Ley de Servicios de Pago no derogó el artículo 106 del TRLGDCU (ahora, tras la reforma operada en marzo de 2014, artículo 112) ni el artículo 46 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, como sí hizo con el artículo 12 de la Ley de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros con Consumidores, apartándose así de lo previsto en la Directiva sobre servicios de pago. En efecto, esta Directiva derogó los preceptos de las Directivas sobre contratos a distancia con consumidores y sobre comercialización a distancia de servicios financieros, ya que en la Directiva se ofrecían normas más detalladas sobre el uso fraudulento de las tarjetas de pago⁴⁸. Ello implicaba la derogación del artículo 46 LOC, del artículo 106 TRLGDCU y del artículo 12 LCDSFC. Pues bien, como se ha indicado, únicamente este último fue derogado por la LSP⁴⁹. Recientemente se ha subsanado en parte el problema existente, ya que la Ley que modifica el TRLGDCU ha derogado el régimen de las ventas a distancia contenido en la LOCM (arts. 39 a 48)⁵⁰ y, en consecuencia, la regulación que ésta contenía de los pagos con tarjetas en las ventas a

⁴⁶ Cfr. art. 112 TRLGDCU, apartado 1, segundo inciso. Apunta MARIMÓN DURÁ (“El uso no autorizado de la tarjeta en Internet tras la Ley de servicios de pago”, en *Estudios de Derecho del Mercado Financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universitat de Valencia, Valencia. 2010, p. 482) que “las entidades de crédito no suelen plantear grandes problemas para llevar a cabo estas operaciones, sabedoras de que, en virtud de los pactos contenidos en el contrato de adhesión al sistema con los comerciantes, van a tener una posición bastante cómoda para repercutir en ellos las cantidades devueltas”.

⁴⁷ Vid. MARIMÓN DURÁ, “El uso no autorizado de la tarjeta...”, *op. cit.*, p. 490.

⁴⁸ Vid. MARIMÓN DURÁ, “El uso no autorizado de la tarjeta...”, *op. cit.*, p. 483. En concreto, son los artículos 89 y 90 de la Directiva sobre servicios de pago los que suprimen, respectivamente, los artículos 8 de las Directivas 97/7/CE y 2002/5/CE.

⁴⁹ Vid. Disposición Adicional Novena LSP.

⁵⁰ Vid. Disposición Derogatoria única 1.

distancia. A nuestro modo de ver, cuando se modifique (o derogue) la LSP como consecuencia de aprobación de la nueva Directiva sobre servicios de pago, el legislador español debería derogar el artículo 112 TRLGDCU, de forma que la ejecución de pagos con tarjeta, ya se trate de pagos presenciales o pagos a distancia, quede subsumida íntegramente en la normativa sobre servicios de pago.

EL EJERCICIO ANTICIPADO DE LA ACCIÓN CAMBIARIA POR RESULTADO INFRUCTUOSO DEL EMBARGO DE BIENES DEL LIBRADO EN LA LEY CAMBIARIA Y EN EL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

PEDRO JESÚS BAENA BAENA *

Resumen

La ausencia de toda referencia en el Proyecto de Código Mercantil a la especialidad contenida en la vigente Ley cambiaria, por la que se permite al tenedor de la letra de cambio el ejercicio de la acción de regreso antes del vencimiento del título en caso de resultado infructuoso del embargo de bienes del librado, lleva a plantearnos la razón de ser de esta posibilidad y la conveniencia o no de su inclusión en el Código proyectado. La exposición del tema nos conduce colateralmente a reflexionar sobre el ejercicio anticipado de la acción directa y sobre si en el caso de embargo infructuoso de los bienes del librado resulta necesario el protesto para el ejercicio de la acción cambiaria de regreso, tanto a la vista de la vigente Ley cambiaria como a la del Código Mercantil propuesto.

Contenido

1. Planteamiento. – 2. El ejercicio anticipado de las acciones cambiarias de regreso y directa en la Ley cambiaria y en el Proyecto de Código Mercantil. – 3. La necesidad de levantamiento de protesto para el ejercicio de la acción de regreso en caso de embargo infructuoso de bienes del librado en la Ley cambiaria y en el Proyecto de Código Mercantil. – 4. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO

El Proyecto de Código Mercantil, informado positivamente por el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014, pretende regular en su artículo 634-15¹ dos supuestos en los que se permite al tenedor el ejercicio anticipado² de la acción de regreso de la letra de

*Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla.

¹ El texto propuesto es el siguiente:

“Artículo 634-15. Ejercicio anticipado de la acción de regreso.

1. Cuando el librado hubiere denegado total o parcialmente la aceptación, el tenedor podrá ejercitar la acción de regreso antes del vencimiento de la letra de cambio, salvo que la presentación de la letra a la aceptación hubiera sido prohibida.

2. Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, el tenedor de una letra de cambio cuya presentación a la aceptación hubiera sido prohibida podrá ejercitar la acción de regreso antes del vencimiento de la letra cuando el librador hubiera sido declarado en concurso de acreedores”.

² Resulta más oportuno referirnos a un *ejercicio anticipado de la acción* que al *vencimiento anticipado de*

cambio: de un lado, cuando el librado hubiere denegado total o parcialmente la aceptación del título, salvo que la presentación a la aceptación hubiera sido prohibida; y, de otro, cuando la presentación a la aceptación hubiera sido prohibida y el librador hubiera sido declarado en concurso de acreedores.

Por otra parte en el artículo 638-7 del Proyecto de Código Mercantil³ se establece que para ejercitar la acción de regreso al momento del vencimiento de la letra de cambio (o del pagaré) en caso de concurso de acreedores del librador de una letra de cambio no sujeta a aceptación (o del firmante o librador de un pagaré) o del librado, haya o no aceptado la letra, será suficiente la presentación del testimonio del auto de declaración de concurso (no bastando con la mera demostración de la existencia del procedimiento concursal)⁴, aunque dicho auto aún no sea firme. Lo cual supone la no necesidad de acreditación de la falta de pago del título mediante protesto notarial (dispensa del protesto) o declaración del librado o domiciliario (fecha y escrita en el propio título o cámara de compensación —igualmente fechada—) realizadas dentro de los mismos plazos establecidos para el protesto notarial (art. 638-4.1 del Proyecto de Código Mercantil).

Por el contrario en el Proyecto de Código Mercantil no se contiene referencia alguna a la posibilidad de que el tenedor ejerza la acción de regreso anticipadamente al vencimiento del título en los casos de declaración de concurso del librado o de resultado infructuoso del embargo de los bienes del librado, según se permite en el apartado *b)* del párrafo segundo del artículo 50 de la vigente Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque (en lo sucesivo, Ley cambiaria o LCCH), en la nueva redacción dada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en lo sucesivo, Ley Concursal o LC). Precepto

la obligación, pues el legislador no determina que en tales casos la obligación cambiaria venza antes de la fecha fijada en el título sino que tan sólo concede al tenedor la facultad para el ejercicio anticipado de la acción cambiaria, quien puede hacer uso de esta facultad o no, sin que esta última opción se vea afectada en cuanto al plazo de ejercicio de una posterior acción por la anticipación del vencimiento de la obligación cambiaria, pues éste no se produce automáticamente cuando se dan las circunstancias previstas por la ley. En el mismo sentido, entre otros, v. PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio, “Las acciones cambiarias”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (dirección), *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Madrid, 1986, p. 680; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, y BAENA BAENA, Pedro Jesús, “Las crisis cambiarias. Las acciones cambiarias, causales y de enriquecimiento”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, y DÍAZ MORENO, Alberto, *Derecho Mercantil*, vol. 4.º, *Títulos valores y otros instrumentos del tráfico empresarial*, 15.ª edic., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2013, p. 175; MONGE GIL, Ángel Luis, “El ejercicio anticipado de las acciones de regreso en la Ley Cambiaria y del Cheque”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Valencia, 1995, pp. 2362-2364; y SERRANO MASIP, Mercedes, *El Juicio Ejecutivo Cambiario*, Barcelona, 1997, p. 241, nota 673.

³ Cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 638-7. *Especialidad en caso de concurso de acreedores.*

En caso de concurso de acreedores del librador de un pagaré, del librador de una letra de cambio no sujeta a aceptación, o del librado, haya o no aceptado la letra, la presentación de testimonio del auto de declaración de concurso, aunque no sea firme, será suficiente para ejercitar la acción de regreso al momento del vencimiento”.

⁴ Al respecto, entre otros, v. SANZ ACOSTA, Luis, “La acreditación de la letra no atendida (I): el protesto”, en GARCÍA-CRUCES, José Antonio (director), *Estudios de jurisprudencia cambiaria*, Valladolid, 2007, p. 271, quien recuerda que el proceso concursal puede estar pendiente, para el dictado del auto que declare formalmente el concurso, de la subsanación de defectos de la solicitud o de la documentación que la acompaña en los supuestos de concursos voluntarios (art. 13.2 de la LC) o de los trámites de audiencia del deudor en el caso de los concursos necesarios (art. 15.2 de la LC).

que tiene por antecedente el artículo 42, párrafo 3.º, 2, de la Ley Uniforme de Ginebra⁵, y que resulta también aplicable al pagaré (art. 96, párr. 5.º de la LCCH, pues frente al firmante lo que procede es la acción directa, al no efectuar una orden de pago sino una promesa de pago). En el Derecho proyectado tampoco se dispensa expresamente de protesto en caso de embargo infructuoso de bienes si llegado el vencimiento se opta por el ejercicio de la acción de regreso.

La diferencia de regulación apuntada entre el Proyecto de Código Mercantil y la Ley vigente nos lleva a plantear la cuestión del fundamento de la posibilidad de ejercicio anticipado de la acción de regreso en el caso de la declaración de concurso del librado y en el del embargo infructuoso de bienes del librado, así como la de la conveniencia o no de la inclusión de estos supuestos en el Código proyectado; y junto a ello a esbozar nuestra opinión sobre la posibilidad del ejercicio anticipado de la acción directa contra el aceptante y su avalista.

Como complemento al estudio de estas cuestiones también nos acercaremos, entre otros temas colaterales, al debate doctrinal sobre si en caso de embargo infructuoso de bienes resulta necesario el protesto para el ejercicio de la acción de regreso, respecto al que ofreceremos nuestro criterio.

2. EL EJERCICIO ANTICIPADO DE LAS ACCIONES CAMBIARIAS DE REGRESO Y DIRECTA EN LA LEY CAMBIARIA Y EN EL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

Conforme a lo dispuesto en la Ley cambiaria la acción de regreso puede ejercerse, tanto en un procedimiento judicial declarativo como en el proceso especial cambiario⁶, antes

⁵ V. el Convenio estableciendo una ley uniforme referente a las letras de cambio y pagarés a la orden, firmado en Ginebra el 7 de junio de 1930, disponible en NACIONES UNIDAS, *Registro de textos de convenciones y otros instrumentos relativos al Derecho mercantil internacional*, vol. I, Nueva York, 1971, pp. 157-182

http://www.uncitral.org/pdf/spanish/publications/sales_publications/Registro_textos_vol_I.pdf,

que recoge la traducción del *Diccionario de Legislación*, Aranzadi, t. X, 1951, p. 655 y ss.

El texto del art. 43 de dicha Ley Uniforme es el siguiente:

“El portador puede ejercitar sus acciones contra los endosantes, el librador y los demás obligados:

Al vencimiento.

Si no ha tenido lugar el pago.

Aun antes del vencimiento:

1. Si hubo denegación total o parcial de aceptación.

2. En los casos de quiebra del librado, aceptante o no; de cesación en sus pagos, aunque no esté acreditada en juicio, o de embargo de sus bienes con resultado negativo.

3. En los casos de quiebra del librador de una letra no aceptable”.

Recuérdese que dicho Convenio fue firmado pero no ratificado por España, si bien su contenido se incorporó a nuestro Ordenamiento en lo esencial por medio de la Ley cambiaria, como reconoce expresamente la Exposición de Motivos de ésta, apdo. II, *in fine*, y a cuya superioridad técnica se alude en el párr. 1.º de su apdo. III de la misma.

También puede citarse como antecedente el art. 481 del Código de comercio de 1885, aunque la regulación contenida en este artículo es notablemente diferente.

⁶ En este sentido, entre otros, v. SERRANO MASIP, *El Juicio Ejecutivo...*, *op. cit.*, pp. 240-241, para quien la voluntad del legislador es proteger al acreedor cambiario, ante ciertas circunstancias que determinan una inseguridad en el pago, concediéndole la facultad de dirigirse, bien a través de un proceso

del vencimiento en tres supuestos: de un lado [art. 50, párr. 2.º, *a*)], cuando se hubiere denegado total o parcialmente la aceptación; de otro [art. 50, párr. 2.º, *b*)], cuando el librado, sea o no aceptante, se hallare declarado en concurso o hubiere resultado infructuoso el embargo de sus bienes; y, de un tercero [art. 50, párr. 2.º, *c*)], cuando el librador de una letra de cambio, cuya presentación a la aceptación haya sido prohibida (prohibición que no tendrá efecto respecto a las letras a un plazo desde la vista y las letras pagaderas en el domicilio de un tercero o en una localidad distinta de las del domicilio del librado –art. 26, párr. 2.º de la LCCH–), se hallare declarado en concurso⁷. Si bien en los supuestos referidos en los apartados *b*) y *c*) los demandados podrán obtener del juez un plazo para el pago que en ningún caso podrá exceder del día de vencimiento de la letra (art. 50, párr. 3.º de la LCCH)⁸.

Se trata de tres casos en los que la confianza en que el librado atenderá el pago al vencimiento resulta defraudada: bien por la negativa a asumir éste la obligación cambiaria absolutamente o en la cuantía total fijada en el título; bien porque el librado haya sido declarado en concurso o no tenga bienes para atender ejecuciones singulares sobre su patrimonio; bien porque, ante la prohibición de recabar el compromiso cambiario del librado (mediante la aceptación del título), quien se había comprometido a pagar el efecto de comercio a su vencimiento, tras el previo intento de cobro al librado, haya sido declarado en concurso.

La falta de convicción en que el librado pagará el título a su vencimiento o la inseguridad del pago (*periculum crediti*⁹), cuando se da alguno de los tres supuestos dispuestos por la Ley, hace razonable liberar al tenedor del título de la espera al vencimiento para intentar su cobro, pues la concesión de crédito (aplazamiento de pago) que conlleva toda orden de pago con un vencimiento posterior a la fecha de su libramiento ha de estar fundada en la confianza en que el librado pagará cuando llegue

de declaración bien de ejecución, frente a los obligados cambiarios en regreso antes del vencimiento de la obligación.

En contra v. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (“El nuevo juicio ejecutivo cambiario”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (dirección), *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Madrid, 1986, p. 876), para quien lo que permite la ley es sólo el ejercicio de acciones declarativas y no el de la acción ejecutiva, pues en su opinión lo que la ley quiere es fijar los hechos (que no ha habido aceptación, que el librador está en quiebra, que el librado no tiene bienes suficientes, etc.) y la declaración del derecho, lo que le permitirá posteriormente al tenedor, en su caso, ejercitar la acción ejecutiva sin pasar por declaraciones previas ajenas a la propia obligación y ajenas a la esencia del juicio ejecutivo.

⁷ V. la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1963 (*RJ* 3465), referida a la regulación previa contenida en el Cco de 1885.

⁸ Respecto a la solicitud al juez de aplazamiento del pago contemplada en el párr. 3.º del art. 50 de la LCCH, entre otros, v. SERRANO MASIP, *El Juicio Ejecutivo...*, *op. cit.*, pp. 244-247, quien estudia esta posibilidad presente también en el Derecho francés (art. L511-38, II, del *Code de commerce* francés, que reproducimos, *infra*, en nota 17), aunque no en la Ley Uniforme de Ginebra ni en el Derecho italiano o el alemán.

También v. MONGE GIL, “El ejercicio anticipado...”, *op. cit.*, pp. 2380-2381; y CARBAJO CASCÓN, Fernando, “Acciones cambiarias y extracambiarias”, en GARCÍA-CRUCES, José Antonio (director), *Estudios de jurisprudencia cambiaria*, Valladolid, 2007, p. 339, quien considera que la posibilidad de solicitar al juez un aplazamiento tiene poco sentido en situaciones concursales, si bien advierte que pudiera tenerlo en aquellos casos de embargo infructuoso de bienes que se correspondieran a un período de simple falta de liquidez del librado.

⁹ Al respecto, entre otros, v. TOMILLO, Jorge, “Disposición final 17.ª. Reforma de la Ley Cambiaria y del Cheque”, en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid 2004, p. 3215.

el día fijado por el librador y falla cuando el crédito del librado desaparece¹⁰. Se introduce así una excepción legal especial a la norma general, conforme a la cual cuando se ha señalado un día cierto para el cumplimiento de una obligación ésta sólo será exigible cuando ese día llegue (arts. 61 y 62 del Cco y 1.125 del Cc).

Por lo demás evidentes razones de equidad llevan a que el ejercicio de la facultad¹¹ concedida al tenedor de anticipar el día de la exigibilidad del crédito cambiario tenga su oportuna consecuencia sobre el importe a reclamar, al cual se ha de aplicar el correspondiente descuento (que se calcula al interés legal del dinero vigente al día en que la acción se ejercite aumentado en dos puntos —art. 58, párr. 2.º, de la LCCH—, interés que es el mismo al establecido para el caso de acciones ejercidas tras el vencimiento del título —art. 58, párr. 1.º, apdo. 2, de la LCCH—), reducción del importe que podría ser evitada por el tenedor no haciendo uso de la posibilidad que la Ley le concede.

La deseable protección de la posición de jurídica del titular del crédito cambiario, la cual incide positivamente en la concesión de crédito (aplazamiento en los pagos) y en la financiación comercial de los deudores (históricamente, cuando los títulos cambiarios eran sólo empleados por los comerciantes, éstos; en nuestros tiempos, los comerciantes y también los consumidores), y por ende en el desarrollo del comercio y de la economía, lleva al legislador a permitir al tenedor del título evitar la espera establecida por el librador (comúnmente a consecuencia del previo *pactum de cambiando* entre el librador y el librado, para dar una vía cambiaria al cumplimiento de la obligación fundamental que les une) al fijar un vencimiento con fecha distinta a la del libramiento, cuando se producen circunstancias que inducen razonablemente a pensar que el librado no pagará el importe del título a su presentación el día previsto para ello¹². Tales hechos quedan fijados en el artículo 43 de la Ley Uniforme de Ginebra¹³, seguido por nuestra vigente Ley cambiaria (art. 50, párr. 2.º) y los principales Ordenamientos de nuestro entorno como el italiano¹⁴, el alemán¹⁵ o el francés¹⁶, en los supuestos de: 1) denegación total o

¹⁰ Por todos, v. GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 7.ª edic., revisada con la colaboración de Alberto BERCOVITZ, Madrid, 1976, p. 913.

¹¹ En el mismo sentido de catalogarla como una facultad concedida por la Ley al tenedor, por todos, v. PÉREZ DE LA CRUZ, “Las acciones...”, *op. cit.*, p. 680; y DE EIZAGUIRRE, José María, *Derecho de los títulos valores*, Madrid, 2003, p. 298.

¹² Sobre el semejante fundamento teórico de este supuesto y el de la cláusula *rebus sic stantibus*, que permitirían al tenedor ejercitar las acciones de regreso alegando un cambio en las condiciones económicas de su adquisición de la letra, por todos, v. GARRIGUES, *op. cit.*, p. 913.

Por lo demás, conforme a lo dispuesto en el párr. 1.º del art. 43 de la LCCH dicha presentación al pago deberá realizarse (cuando se trate de letras de cambio pagaderas en día fijo o a un plazo a contar desde la fecha o desde la vista) en el día de su vencimiento o en uno de los dos días hábiles siguientes. Por su parte las letras de cambio a la vista deberán presentarse dentro del año siguiente a su fecha, y este plazo puede ser acortado o alargado por el librador y acortado por los endosantes, e incluso el librador puede disponer la prohibición de su presentación antes de determinada fecha (art. 39 de la LCCH).

¹³ Cuyo texto se ha reproducido *supra* en la nota 6.

¹⁴ Según el art. 50 de la *Legge cambiaria* italiana:

“*Il portatore può esercitare il regresso contro i giranti, il traente e gli altri obbligati: alla scadenza, se il pagamento non ha avuto luogo; anche prima della scadenza:*

1) *se l'accettazione sia stata rifiutata in tutto o in parte;*

2) *in caso di fallimento del trattario, abbia o non abbia accettato; di cessazione dei pagamenti, ancorchè non constatata con sentenza; di esecuzione infruttuosa sui suoi beni;*

3) *in caso di fallimento del traente di una cambiale non accettabile”.*

parcial de la aceptación, 2) declaración de concurso del librado o embargo infructuoso de sus bienes y 3) declaración de concurso del librador en los casos en que se haya prohibido en el título la presentación de éste a la aceptación.

Por el contrario, frente al Derecho vigente en la materia expuesto, en el Proyecto de Código Mercantil no se recogen entre los supuestos que facultan al tenedor para el ejercicio anticipado de la acción cambiaria de regreso ni la declaración de concurso del librado ni el embargo infructuoso de sus bienes. Omisión que sorprende porque se aleja del Derecho vigente en España y en los principales Estados de nuestro entorno, que siguen lo establecido en la Ley Uniforme de Ginebra, y porque supone no valorar adecuadamente la gran probabilidad de que en tales casos el librado no abone el título cuando se produzca su vencimiento y sea presentado al pago por el tenedor. Y extraña más, si acaso, que la posibilidad del ejercicio anticipado de la acción de regreso se niegue en el supuesto concreto del concurso del librado cuando se contempla expresamente para el caso paralelo del concurso del librador de la letra cuya presentación a la aceptación haya sido prohibida (art. 634-15.2 del Proyecto de Código Mercantil¹⁷).

En la doctrina, entre otros, v. ASCARELLI, Tullio y BONASI-BENUCCI, Eduardo, voz “Cambiale”, en *Novissimo Digesto Italiano*, dirigido por Antonio AZZARA y Ernesto EULA, 3.ª edic., t. II, Turín, 1958, p. 730; y PAVONE LA ROSA, Antonio, *La cambiale*, 2.ª edic., Milán, 1994, pp. 557-562 (se ha editado una versión traducida al español por Osvaldo J. MAFFÍA de la 1.ª edic., titulada *La letra de cambio*, Buenos Aires, 1982 –v. pp. 572-577–).

¹⁵ De acuerdo con el art. 43 de la *Wechselgesetz*:

“(1) *Der Inhaber kann gegen die Indossanten, den Aussteller und die anderen Wechselverpflichteten bei Verfall des Wechsels Rückgriff nehmen, wenn der Wechsel nicht bezahlt worden ist.*

(2) *Das gleiche Recht steht dem Inhaber schon vor Verfall zu,*

1. *wenn die Annahme ganz oder teilweise verweigert worden ist;*

2. *wenn über das Vermögen des Bezogenen, gleichviel ob er den Wechsel angenommen hat oder nicht, das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist oder wenn der Bezogene auch nur seine Zahlungen eingestellt hat oder wenn eine Zwangsvollstreckung in sein Vermögen fruchtlos verlaufen ist;*

3. *wenn über das Vermögen des Ausstellers eines Wechsels, dessen Vorlegung zur Annahme untersagt ist, das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist”.*

En la doctrina, por todos, v. HUECK, Alfred y CANARIS, Claus-W., *Derecho de los títulos-valor*, traducción de Jesús ALFARO, Barcelona, 1988, pp. 178-179.

¹⁶ Conforme al art. L511-38 del *Code de commerce* francés:

“I.- *Le porteur peut exercer ses recours contre les endosseurs, le tireur et les autres obligés:*

1° *A l'échéance, si le paiement n'a pas eu lieu;*

2° *Même avant l'échéance :*

a) *S'il y a eu refus total ou partiel d'acceptation;*

b) *Dans les cas de redressement ou de liquidation judiciaires du tiré, accepteur ou non, de cessation de ses paiements même non constatée par un jugement, ou de saisie de ses biens demeurée infructueuse;*

c) *Dans les cas de redressement ou de liquidation judiciaire du tireur d'une lettre non acceptable.*

II.- *Toutefois, les garants contre lesquels un recours est exercé dans les cas prévus par le b et le c du I peuvent, dans les trois jours de l'exercice de ce recours, adresser au président du tribunal de commerce de leur domicile une requête pour solliciter des délais. Si la demande est reconnue fondée, l'ordonnance fixe l'époque à laquelle les garants sont tenus de payer les effets de commerce dont il s'agit, sans que les délais ainsi octroyés puissent dépasser la date fixée pour l'échéance. L'ordonnance n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel”.*

En la doctrina, por todos, v. ROBLOT, René, *Les effets de commerce*, París, 1975, pp. 311-313 y 316, quien comenta el Derecho francés vigente en aquel momento (pero no alterado en esencia por el *Nouveau Code de commerce*), la Ley Uniforme de Ginebra y otros Ordenamientos como el belga.

¹⁷ Reproducido *supra* en la nota 2.

En nuestra opinión el mismo fundamento de protección del crédito presente en la concesión al tenedor de la facultad del ejercicio anticipado de la acción cambiaria de regreso se da tanto en situaciones concursales del librador (cuando la presentación a la aceptación haya sido prohibida), como en las situaciones concursales del librado (en supuestos en los que la presentación no haya sido prohibida) o incluso en los casos en que se haya seguido un procedimiento judicial de ejecución singular de bienes del deudor y éste haya tenido un resultado infructuoso (al no lograr una satisfacción íntegra de las pretensiones del acreedor por insuficiencia de bienes o al haberse suspendido o abandonado como consecuencia de un hecho que haya demostrado la inutilidad o no conveniencia de proseguirlo)¹⁸. En todos estos supuestos de inicio de ejecución colectiva o de fracaso de ejecución singular concurren indicios suficientemente significativos para llegar a la conclusión de que es previsible que el librado no pagará el importe librado al vencimiento del título. Por ello, una vez defraudada la confianza en el pago que tenía el tenedor del título (bien el inicial tomador, bien los sucesivos titulares de dicho crédito cambiario) que justifica el aplazamiento de pago estipulado en la letra de cambio (o en el pagaré), no hay razón para no abrir la vía de la exigibilidad de su crédito, si es que no se quiere perjudicar gravemente los intereses legítimos de los acreedores cambiarios, en particular, y del interés del tráfico, en general.

Por lo demás, somos partidarios de admitir el ejercicio anticipado de la acción directa contra el aceptante y sus avalistas (no así, claro es, contra el mero librado y sus avalistas) en los casos previstos en el párrafo 2.º del artículo 50 de la Ley cambiaria. Al respecto el Tribunal Supremo¹⁹ y parte de la doctrina²⁰ se han pronunciado

¹⁸ Al respecto GARCÍA LUENGO, Ramón, y SOTO VÁZQUEZ, Rodolfo (v. *El nuevo régimen jurídico de la letra de cambio en la doctrina y la jurisprudencia*, Granada, 1986, pp. 229-230) mantienen que la simple aportación del testimonio de la diligencia negativa de embargo no será suficiente, y que no puede calificarse de tal el resultante de un primer intento fallido acreditado en diligencia negativa, ni lo constituye necesariamente el que no se encuentren bienes libres de trabas. Y afirman que habrá de entenderse por embargo infructuoso de bienes todo procedimiento ejecutivo que se haya desarrollado sin procurar a los acreedores una satisfacción íntegra de sus pretensiones o que se haya suspendido o abandonado como consecuencia de un hecho que haya demostrado la inutilidad o no conveniencia de proseguirlo.

Además recuerda CARBAJO CASCÓN, Fernando —v. “Acciones cambiarias y extracambiarias”, en GARCÍA-CRUCES, José Antonio (director), *Estudios de jurisprudencia cambiaria*, Valladolid, 2007, p. 339—, entre otros, que el embargo infructuoso de bienes bien podría calificarse como una situación de concurso potencial o inminente, de acuerdo con lo previsto en el art. 2 de la LC.

¹⁹ V. la sentencia del Tribunal Supremo 101/2002, de 8 de febrero, en la que además de alegarse antecedentes históricos (el derogado art. 510 del Código de comercio de 1885, que la admitía) se exponen otros analógicos: “con la misma razón que le es exigible ese pago en vía de regreso a los avalistas del librador y demás obligados en vía de regreso, lo ha de ser, en el ejercicio de la acción directa, contra el avalista del principal del pago obligado de la letra”.

²⁰ Sobre la acción directa anticipada y el ejercicio de dicha acción contra el avalista del aceptante, y la especial exigibilidad anticipada disciplinada en el párr. 2.º del art. 50 de la LCCH frente a la regulación de Derecho común del supuesto de vencimiento anticipado en caso de insolvencia sobrevenida no garantizada del art. 1.129, 1.º, del Cc, entre otros, v. PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, op. cit., pp. 557-560 (y pp. 572-574, de la traducción citada); ROJO, Ángel, “El aval”, en MENÉNDEZ, Aurelio (Dirección), *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Madrid, 1986, pp. 588-593, con un sobresaliente estudio de Derecho comparado; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, y BAENA BAENA, Pedro Jesús, “El aval y la cesión de la provisión”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, y DÍAZ MORENO, Alberto, *Derecho Mercantil*, vol. 4.º, *Títulos valores y otros instrumentos del tráfico empresarial*, 15.ª edic., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2013, p. 142; FERNÁNDEZ-ALBOR, Ángel, “El aval cambiario”, Madrid, 1992, p. 282; MONGE GIL, “El ejercicio anticipado...”,

positivamente respecto al avalista del aceptante, considerando aplicable analógicamente a la aceptación lo dispuesto en dicho precepto en los casos de que la obligación estuviere vencida, referido expresamente sólo a la acción de regreso, si bien existen más dudas respecto al propio aceptante²¹. Posibilidad que no es tampoco contemplada explícitamente ni en la Ley Uniforme de Ginebra ni en el Proyecto de Código Mercantil, el cual debiera reconocerla para hacerse eco de las apuntadas posiciones favorables. Y es que, frente a posturas que defienden, con sólidos fundamentos *de lege lata*, que la peculiaridad de la exigibilidad anticipada cambiaria de la acción de regreso en los supuestos previstos en el párrafo 2.º del artículo 50 de la Ley cambiaria no resulta extensible a la acción directa²², no nos parece adecuado negar el ejercicio anticipado de la acción cambiaria contra quien es el deudor directo del crédito (y contra su avalista, que sigue su misma suerte, pues responde de igual manera que el avalado –art. 37, párr. 1.º, de la LCCH) cuando se reconoce su ejercicio contra quienes son sólo garantes de que la letra sea pagada (librador, endosantes y sus avalistas)²³ habida cuenta del carácter solidario de la responsabilidad asumida por todos estos obligados cambiarios (art. 57, párr. 1.º, de la LCCH), por lo que, *de lege ferenda*, apoyamos su contemplación expresa futura.

Ahora bien ha de advertirse que en el caso concreto de que el aceptante fuera declarado en concurso antes del ejercicio de la acción directa, las acciones cambiarias declarativas y las que se inicien en procesos especiales cambiarios contra él sufrirán los efectos propios del concurso sobre los acreedores, que llevan a la integración del acreedor cambiario en la masa pasiva y a importantes consecuencias sobre las acciones individuales y los créditos (arts. 49 a 60 LC)²⁴. Así podrán iniciarse ante el juez del

op. cit., pp. 2383-2384; TOMILLO URBINA, Jorge Luis, *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*, Madrid, 1996, pp. 160-164, “Vencimiento y exigibilidad anticipada del crédito cambiario en la quiebra”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, Madrid, 1996, pp. 3633-3636, y “Disposición final 17.ª...”, *op. cit.*, pp. 3213 y 3216-3218; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, “Disposición Final 17.ª. Reforma de la ley Cambiaria y del Cheque”, en SÁNCHEZ-CALERO, Juan, y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, *Comentarios a la Legislación concursal*, t. IV, Valladolid, 2004, pp. 3785-3786; CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén, “El ejercicio anticipado de la acción directa contra el avalista del aceptante por declaración de concurso del aceptante de una letra de cambio”, en *Estudios sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia Ruiz*, t. III, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 2567-2571; PERDICES HUETOS, Antonio B., “La acción directa anticipada contra el avalista del aceptante quebrado”, en *Estudios sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia Ruiz*, t. III, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 3087-3100; y MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio, v. “El aval”, en GARCÍA-CRUCES, José Antonio (director), *Estudios de jurisprudencia cambiaria*, Valladolid, 2007, pp. 250-251.

²¹ Al respecto, entre otros, v. la exposición de las principales posturas contrarias en PERDICES HUETOS, “La acción directa...”, *op. cit.*, p. 3089, quien resume el argumento en la consideración de que la falta de seguridad en el pago prevista en la LCCH no permite, como regla de principio, ejercitar anticipadamente la acción directa contra el aceptante, sino únicamente la de regreso contra el resto de obligados; y quien concluye (p. 3099) que a falta de norma expresa no hay razón para agravar aún más la posición del avalista del aceptante permitiéndose el ejercicio anticipado de la acción directa contra él.

²² Por todos v. PERDICES HUETOS, “La acción directa...”, *op. cit.*, pp. 3088-3099.

²³ En este sentido, entre otros, v. PÉREZ DE LA CRUZ, “Las acciones...”, *op. cit.*, p. 673; y TOMILLO URBINA, “Vencimiento y exigibilidad...”, *op. cit.*, pp. 3633-3636.

²⁴ Al respecto, por todos, v. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso y VÁZQUEZ CUETO, José Carlos, “Efectos de la declaración del concurso (y II): efectos sobre la actividad del deudor”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, y DÍAZ MORENO, Alberto, *Derecho Mercantil*, vol. 10.º, *Derecho concursal*, 15.ª edic., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014, pp. 263-279.

concurso (art. 50.1 de la LC) y proseguir hasta la firmeza de la sentencia (art. 51.1 de la LC) las acciones correspondientes a nuevos juicios declarativos, pero no las que pretendan nuevas ejecuciones singulares (art. 55.1 de la LC), que ven negado su inicio, como también se produce la paralización de las ya iniciadas hasta la aprobación del convenio o la conclusión del concurso²⁵. Restricciones que no encontraría el acreedor si dirigiese su acción contra el avalista del aceptante declarado en concurso²⁶ o si la dirigiese contra el aceptante y el hecho habilitante para la exigibilidad anticipada del título fuese el resultado infructuoso de la ejecución sobre los bienes del aceptante en aquellos casos en que no fuese la antesala del concurso, que llevaría a la declaración del crédito cambiario como crédito concursal.

3. LA NECESIDAD DE LEVANTAMIENTO DE PROTESTO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REGRESO EN CASO DE EMBARGO INFRUCTUOSO DE BIENES DEL LIBRADO EN LA LEY CAMBIARIA Y EN EL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

En el párrafo 2.º del artículo 50 de la Ley cambiaria, al que se ha hecho referencia, no se establece expresamente nada sobre si resulta necesario el cumplimiento de alguna carga para el ejercicio anticipado de la acción de regreso (supuesto especial), lo cual conduce a la aplicación analógica de lo dispuesto para la acción de regreso en su artículo 51 (supuesto general), en el que se estatuye la necesidad de protesto, salvo dispensa o sustitución del mismo por una declaración de efecto equivalente, en los casos de falta de aceptación o de pago, si bien no se regulan explícitamente los supuestos asimilados a la falta de pago.

Efectivamente, en nuestra vigente Ley cambiaria el ejercicio de la acción de regreso queda condicionado (*conditio iuris*) a la acreditación de los hechos que legalmente facultan a ello²⁷. Dicha prueba se practica en el sistema cambiario necesariamente mediante protesto notarial levantado conforme a lo previsto legalmente (arts. 51 a 54 de la LCCH), salvo que el legislador dispense de su realización, y es una carga cuyo cumplimiento pesa sobre el acreedor. Tal dispensa *legal* se da cuando las situaciones de crisis que habrían de acreditarse con el protesto resultan de otros

²⁵ Otras consecuencias a destacar son el vencimiento anticipado de los créditos aplazados, producida no con la declaración del concurso sino con la apertura de la fase de liquidación (art. 146 de la LC), y el cómputo del valor del crédito (concursal) a la fecha de la declaración del concurso, lo que conlleva su actualización al tipo de interés legal del dinero en ese momento (art. 88.4 de la LC). Al respecto v. PERDICES HUETOS, “La acción directa...”, *op. cit.*, pp. 3098.

²⁶ Se trataría, por lo demás, de una acción especialmente beneficiosa para el tenedor por permitirle alejarse del procedimiento concursal y obtener la íntegra satisfacción de su crédito. En este sentido, entre otros, v. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Disposición Final 17.ª...”, *op. cit.*, pp. 3784-3785.

²⁷ Comúnmente, como certeramente observan URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio, y PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio (v. “El protesto y la reclamación judicial del crédito cambiario”, en URÍA, Rodrigo, y MENÉNDEZ, Aurelio, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, 2.ª edic., Madrid, 2007, p. 839), el protesto tiene la finalidad de demostrar la diligencia del tenedor en procurar el pago por la vía ordinaria, algo que deja de ser un objetivo significado cuando la situación concursal del librado hace imposible que la letra sea pagada a su vencimiento. Respecto a ésta y otras significaciones del protesto, por todos, v. GARRIGUES, *op. cit.*, pp. 898-899.

documentos o instrumentos públicos, o cuando la permanencia de la situación de crisis que impide su levantamiento hace aconsejable prescindir de él²⁸. Así se establece para los casos: de la declaración de concurso del librado o del librador, en los que la intervención del secretario judicial que da fe del auto por el que el juez declara el concurso hace innecesaria la actuación notarial (art. 51, párr. 6.º, de la LCCH); de previo protesto por falta de aceptación que exonera de la carga de presentación al pago y de la del levantamiento de protesto por falta de pago (art. 51, párr. 5.º, de la LCCH); y de la concurrencia de fuerza mayor, cuando ésta haya hecho imposible levantarlo y persista después de transcurridos treinta días a partir de la fecha del vencimiento (art. 64, párr. 3.º, de la LCCH). Además de ello la Ley contempla la posibilidad de que la dispensa sea expresada en el título por el librador, el endosante o los avalistas de ambos (dispensa *voluntaria*) por medio de cláusula de *devolución sin gastos o sin protesto* escrita en el título y firmada (art. 56 de la LCCH)²⁹.

De esta manera, salvo cláusula expresa y formal que lo dispense, para el ejercicio anticipado de la acción de regreso, a diferencia del de la acción directa (que no requiere de protesto, art. 49, párr. 1.º, de la Ley cambiaria), es necesario el protesto en caso de falta de aceptación (protesto ordinario) y de embargo infructuoso de los bienes librado (protesto especial, asimilable al protesto por falta de pago), salvo que sean sustituibles por una declaración equivalente escrita en la letra, la cual es admisible, en principio, tanto en los casos de falta de aceptación como de falta de pago (o asimilables a ésta, como el embargo infructuoso de bienes del librado), siempre que el librador no haya exigido expresamente en la letra el levantamiento del protesto notarial *en el espacio reservado por la normativa aplicable a las cláusulas facultativas* (art. 51, párr. 2.º, de la LCCH)³⁰.

Podría propugnarse que la prueba del resultado infructuoso del embargo de bienes del librado debiera dispensar del protesto como lo hace el auto que declara el

²⁸ Al respecto, entre otros, v. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, y BAENA BAENA, Pedro Jesús, “El protesto y la comunicación de la falta de aceptación o de pago”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, y DÍAZ MORENO, Alberto, *Derecho Mercantil*, vol. 4.º, *Títulos valores y otros instrumentos del tráfico empresarial*, 15.ª edic., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2013, p. 168.

²⁹ No nos detendremos ahora en la interesante discusión sobre si es necesaria o no una segunda firma del librador en el caso de que sea él quien haya insertado la cláusula *sin gastos*. Sobre ella, entre bastantes otros, v. ROJO, “El aval”, *op. cit.*, p. 593; JIMÉNEZ SÁNCHEZ y BAENA BAENA, “El protesto...”, *op. cit.*, p. 168; y SANZ ACOSTA, “La acreditación...”, *op. cit.*, pp. 271-274. También v. la sentencia del Tribunal Supremo 864/2005, de 27 de octubre; la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 11 de julio de 1988; y la sentencia de la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de mayo de 2001.

³⁰ V. la sentencia del Tribunal Supremo 533/2011, de 24 de marzo, según la cual: “*debe considerarse correcta la doctrina de que la cláusula que condiciona el aval de un título cambiario a que éste sea protestado debe entenderse en el sentido de que el protesto debe levantarse con los requisitos establecidos en la LCCH y, por consiguiente, por medio de notario, aun cuando dichos requisitos no se hagan constar expresamente; y no se cumple esta exigencia mediante la declaración prevista en el artículo 51.2 LCCH, aunque produzca todos los efectos cambiarios del protesto*”, pues a pesar de la identidad de efectos entre el protesto y la declaración equivalente los requisitos de ambos son distintos, ya que “*el protesto notarial aporta una mayor garantía que deriva de la aplicación de unos trámites más rigurosos, acreditados mediante la fe pública notarial, consistentes en la comunicación mediante cédula al librado y el otorgamiento a éste en determinado plazo de la facultad de pagar la letra o hacer manifestaciones congruentes con el protesto, las cuales pueden tener interés desde el punto de vista de los derechos del avalista*”.

concurso de éste³¹. Se daría de este modo idéntico trato al resultado negativo en la satisfacción de un crédito seguido en un procedimiento judicial de ejecución singular de bienes del deudor, practicado a instancia del acreedor³², y al inicio de un procedimiento de ejecución colectiva, pues respecto de ambas situaciones existen argumentos para entender que la confianza en el pago en la fecha de vencimiento que tenía el tenedor del título ha sido defraudada (inseguridad del pago). Es más, podría, con razón, afirmarse que el embargo infructuoso de los bienes del librado al que se debe referir la norma (aquel que no logre una satisfacción íntegra de las pretensiones del acreedor por insuficiencia de bienes o el que se suspenda o abandone como consecuencia de un hecho que haya demostrado la inutilidad o no conveniencia de proseguirlo)³³ certifica la inexistencia del sustrato económico necesario con el que hacer frente al pago a su vencimiento, mientras el auto declarativo del concurso de acreedores que la Ley requiere para dispensar del protesto en caso de ejercicio de la acción cambiaria de regreso puede en algunos casos ser revocado, pues no adquiere firmeza hasta una vez resueltos los posibles recursos de apelación o de reposición, aunque sí sea ejecutivo desde que es dictado (art. 21.2 de la LC)³⁴. Si bien ha de reconocerse que el hecho del embargo infructuoso no produce el elenco de efectos sobre los acreedores vinculado a la declaración de concurso (arts. 49-61 de la LC: integración de los acreedores en la masa pasiva, efectos sobre las acciones individuales y efectos sobre los créditos en particular), pero es un hecho presuntivo de la insolvencia³⁵ en el que podrá fundarse la solicitud por un acreedor de la declaración de concurso (art. 2.4 de la LC), cuya resolución por el juez será dictada el primer día hábil siguiente a su presentación *inaudita parte* (art. 15.1 de la LC)³⁶.

Tal vez la clave de estas diferencias de disciplina esté en la dificultad de probar el embargo infructuoso de bienes, concepto por lo demás confuso dada la ambigüedad del término *infructuoso*³⁷, habida cuenta de que el legislador cambiario no prevé para ello un instrumento (declaración judicial) análogo al auto declarativo de concurso, cuya demostración puede hacerse mediante testimonio de esta resolución judicial o mediante

³¹ Al respecto CARBAJO CASCÓN (v. “Acciones cambiarias...”, *op. cit.*, p. 339) apunta que, como la Ley cambiaria no contiene ninguna previsión para el caso del embargo infructuoso de los bienes del librado, queda la duda de si en caso de embargo infructuoso de los bienes del librado bastará con presentar la documentación judicial acreditativa de esa situación en el juicio ejecutivo o si será necesario levantar protesto notarial acreditativo de esta situación.

³² Por lo demás adviértase, como hace SERRANO MASSIP (v. *El Juicio Ejecutivo...*, *op. cit.*, p. 244), que es ea acreedor a quien se le impone la carga económica de hallar los bienes del deudor que puedan ser embargados.

³³ V. lo apuntado al efecto por GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ, que se recoge, *supra*, en la nota 19.

³⁴ Con relación a la posibilidad de que dicho auto sea recurrido, entre otros, v. MONGE GIL, “El ejercicio anticipado...”, *op. cit.*, p. 2379.

³⁵ V. lo apuntado al respecto por CARBAJO CASCÓN, de lo que se da cuenta, *supra*, en la nota 19.

³⁶ Sobre esto, por todos, v. VÁZQUEZ CUETO, José Carlos, “Los presupuestos materiales del concurso”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, y DÍAZ MORENO, Alberto, *Derecho Mercantil*, vol. 10.º, *Derecho concursal*, 15.ª edic., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014, p. 147.

³⁷ En este sentido, por todos, v. CORTÉS DOMÍNGUEZ, “El nuevo juicio...”, *op. cit.*, p. 876; y SERRANO MASIP, *El Juicio Ejecutivo...*, *op. cit.*, p. 243, para quien el resultado negativo puede darse tanto por no existir bienes para embargar; por ser insuficientes; por estar los existentes ya embargados en proporción que haga presumir la imposibilidad de obtener, a través de su realización forzosa, la totalidad de la cantidad debida; o por no haber hallado otros que los exceptuados por la ley de embargo.

la exhibición del documento en el que se refleje de manera fehaciente la publicidad dada a dicha declaración judicial, conforme a lo dispuesto en los arts. 23 y 24 de la Ley concursal³⁸. Esta ausencia de regulación especial obliga al intérprete al estudio de la legislación procesal general y la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 584 a 633) del que sólo se infiere que la existencia o inexistencia de bienes se reflejará en el acta de la diligencia de embargo (art. 587.1 de la LEC)³⁹, siendo precisamente el testimonio de dicha diligencia el medio de prueba suficiente del embargo infructuoso de bienes, que acredita la imposibilidad del librado o del aceptante de satisfacer el crédito cambiario, la que permite al tenedor el ejercicio anticipado de la acción cambiaria⁴⁰.

Efectivamente en el artículo 50, párrafo 2.º, b), de la Ley cambiaria se da el mismo trato a ambos supuestos (concurso y embargo infructuoso de bienes) a efectos del ejercicio anticipado de la acción cambiaria de regreso, pero en el artículo 51, párrafo 6.º, de la propia Ley cambiaria se alude sólo a la prueba de situaciones concursales (entiéndase hoy al concurso, si bien en el texto legal se mantienen las referencias a la suspensión de pagos y a la quiebra⁴¹) como supuesto de dispensa del protesto para el ejercicio de las acciones de regreso cambiario. Criterio también seguido en su antecedente, el párrafo 6.º del artículo 44 de la Ley Uniforme de Ginebra⁴², cuyo texto se ha incorporado a los principales Ordenamiento jurídicos de nuestro entorno, como el artículo 51, párrafo 5.º, de la *Legge cambiaria* italiana⁴³, el artículo 44.5 de la *Wechselgesetz* alemana⁴⁴ y el artículo L511-39, párrafo 6.º, del *Code de commerce* francés⁴⁵. De manera que, a pesar de la identidad de *ratio*, el legislador no ha decidido

³⁸ Por exhibición del documento publicado en Boletín Oficial del Estado o en el medio donde se haya dado la publicidad complementaria acordada por el juez, o por certificación del registro oportuno (Registro Público Concursal, Registro Civil, Registro Mercantil u otros registros públicos). Al respecto, sobre la base de la legislación previa, v. SERRANO MASIP, *El Juicio Ejecutivo...*, *op. cit.*, pp. 242-243.

³⁹ Al respecto v. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Disposición Final 17.ª...”, *op. cit.*, pp. 3784-3785.

⁴⁰ En este sentido, entre otros, v. SERRANO MASIP, *El Juicio Ejecutivo...*, *op. cit.*, p. 243.

⁴¹ Efectivamente, con la entrada en vigor de la Ley concursal carece de sentido la referencia a la providencia por la que se tenga por solicitada la suspensión de pagos y al auto declarativo de la quiebra contenida en párr. 6.º del art. 51 de la LCCH, pues en dicha Ley se unifican todos los procedimientos concursales en uno, el concurso, cuya declaración se realiza por auto judicial. Esta unificación sí se refleja, por contra, en la nueva redacción dada al art. 50 de la LCCH por la disp. final 17.ª de la LC. En este sentido, entre otros, v. CARBAJO CASCÓN, “Acciones cambiarias...”, *op. cit.*, p. 339, nota 59.

⁴² Al respecto, entre otros, v. SERRANO MASIP, *El Juicio Ejecutivo...*, *op. cit.*, pp. 186-187, quien ofrece un somero panorama de la incorporación de la regla apuntada de la Ley Uniforme de Ginebra en los Ordenamientos italiano, alemán y francés, y manifiesta que en el caso de la ejecución infructuosa falta una confirmación judicial de la insolvencia que dé certeza a ésta, y cita en su apoyo doctrina italiana, alemana y francesa.

El texto del art. 44, párr. 6.º, de la Ley Uniforme es el siguiente: “*En caso de declaración de quiebra del librado, aceptante o no, así como en caso de declaración de quiebra del librador de una letra no aceptable, la declaración judicial de la quiebra es suficiente para permitir al portador ejercer sus acciones*”.

⁴³ Conforme al art. 51, párr. 5.º, de la *Legge cambiaria* italiana: “*In caso di cessazione di pagamenti del trattario, abbia o non abbia accettato, o in caso di esecuzione infruttuosa sui suoi beni, il portatore non può esercitare il regresso che dopo aver presentato la cambiale al trattario per il pagamento e dopo aver levato protesto*”.

⁴⁴ Según el art. 44.5 de la *Wechselgesetz*: “*Hat der Bezogene, gleichviel ob er den Wechsel angenommen hat oder nicht, seine Zahlungen eingestellt, oder ist eine Zwangsvollstreckung in sein Vermögen fruchtlos verlaufen, so kann der Inhaber nur Rückgriff nehmen, nachdem der Wechsel dem Bezogenen zur Zahlung vorgelegt und Protest erhoben worden ist*”.

⁴⁵ De acuerdo con el art. L511-39, párr. 6.º, del *Code de commerce* francés: “*En cas de redressement ou*

dispensar expresamente de protesto a los supuestos de embargo infructuoso de bienes del librado⁴⁶, sin que nos parezca que haya de admitirse la extensión analógica de la excepción de la regla de la exigencia del protesto al supuesto apuntado; al contrario, la seguridad jurídica debe prevalecer y las excepciones a las reglas han de ser interpretadas restrictivamente.

Ahora bien, pese a nuestra opinión desfavorable a extensiones analógicas de excepciones somos partidarios *de lege ferenda* a una ampliación de los supuestos en los que se dispensa del protesto. El legislador debería aprovechar la ocasión que le ofrece la reforma en la materia para fortalecer la posición jurídica del tenedor cambiario dispensándole de levantar protesto, una vez intentado infructuosamente el embargo de los bienes del librado, para poder ejercer la acción cambiaria de regreso anticipadamente. Determinación que tendría que completarse con la precisión de que el hecho habilitante (el embargo infructuoso de sus bienes) debiese constar en una declaración judicial, para lo cual sería necesario también la oportuna reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se trata, por lo demás, de una regulación que no sería incompatible con la legislación uniforme sobre la letra de cambio, no ratificada por España pero sí incorporada sustancialmente a nuestro Ordenamiento⁴⁷. Al respecto ha de recordarse que el artículo 50, párr. 2.º, b), de la Ley cambiaria es trasunto del artículo 42, párr. 3.º, 2, de la Ley Uniforme de Ginebra; y el artículo 51, párr. 6.º de la Ley cambiaria tiene su antecedente en el artículo 43, párr. 6.º de la Ley Uniforme de Ginebra. Es más si, frente al criterio defendido, el texto del Proyecto de Código Mercantil se convirtiese en Ley se

de liquidation judiciaire du tiré accepteur ou non ainsi qu'en cas de redressement ou de liquidation judiciaire du tireur d'une lettre non acceptable, la production du jugement déclaratif suffit pour permettre au porteur d'exercer ses recours".

⁴⁶ Con la misma opinión v. MONGE GIL, "El ejercicio anticipado...", *op. cit.*, pp. 2376 y 2379-2380; y SERRANO MASIP, *El Juicio Ejecutivo...*, *op. cit.*, pp. 185-186 y 244, quien cita en su apoyo la solución del art. 510 del Código de comercio de 1885, que permitía levantar protesto por falta de pago antes del vencimiento en los casos en que la persona a cuyo cargo se giró la letra se constituyere en quiebra. También v. CALAVIA MOLINERO, José Manuel y BALDÓ DEL CASTAÑO, Vicente, *Letra de cambio. Estudio sistemático de la Ley Cambiaria de 16 de julio de 1.985*, Barcelona, 1985, pp. 350-351. Para un estudio más completo de dicho art. 510, entre otros, v. GARRIGUES, *op. cit.*, p. 913; OLIVENCIA RUIZ, Manuel, "La acción cambiaria declarativa en el Derecho español", *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, t. I, pp. 280-282; y TOMILLO URBINA, "Vencimiento y exigibilidad...", *op. cit.*, pp.3630-3632; y MONGE GIL, "El ejercicio anticipado...", *op. cit.*, pp. 2359-2360.

Por el contrario PÉREZ DE LA CRUZ (v. "Las acciones...", *op. cit.*, p. 687) afirma que en caso de embargo infructuoso de bienes se faculta al tenedor para el ejercicio de las acciones de regreso, sin aguardar al vencimiento, presentación y protesto de la letra. No obstante, en el caso de que el tenedor no haya ejercido tal acción anticipadamente, en su opinión, debería quedar sujeto a los actos que la ley exige para este momento como regla general, si bien advierte que los argumentos en sentido contrario son también dignos de estima.

⁴⁷ Precisamente esta falta de ratificación por parte del Estado español de los Convenios de Ginebra de 1930 y 1931 es alegada en el apdo. VII-10 de la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Mercantil para afirmar que permite que este Código pueda modernizar sin dificultad ese régimen legal incorporando algunas normas sobre la Convención de letras de cambio y pagarés internacionales aprobada en 1988 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/538/37/IMG/NR053837.pdf?OpenElement>) y simplificando su régimen (citando al efecto entre las novedades que persiguen este último objetivo la supresión de las normas sobre copias de la letra de cambio, y la eliminación de las figuras de la intervención y de la cesión de la provisión de fondos, quedando esta última sometida a las reglas generales de la cesión de créditos).

produciría la eliminación de dos de los supuestos de acción de regreso anticipado reconocidos en la Ley Uniforme de Ginebra (art. 42, párr. 3.º, 2): el del concurso del librado y el del embargo infructuoso de los bienes del librado; sin que una regulación favorable a la dispensa del protesto en este último caso nos parezca contraria al espíritu de la Ley Uniforme, favorable al fortalecimiento de la posición jurídica del acreedor cambiario⁴⁸.

4. CONCLUSIONES

El Proyecto de Código Mercantil contiene algunas reformas respecto al Derecho vigente que no son adecuadas para la necesaria protección del crédito, como la no contemplación del regreso cambiario anticipado en caso de embargo infructuoso de bienes del librado, por lo que el texto proyectado debería rectificarse en su tramitación para volver a incluir dicha posibilidad, presente en la Ley Uniforme de Ginebra y en los principales Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

También sería oportuno que la tramitación prelegislativa y legislativa del Proyecto en cuestión sirviese para declarar expresamente que en los supuestos de insolvencia y embargo infructuoso de los bienes del aceptante el tenedor pudiera ejercer anticipadamente la acción directa, para dispensar de protesto a los efectos del ejercicio de la acción de regreso en caso de embargo infructuoso de bienes y para regular la resolución judicial que declare dicho hecho (lo que debiera también reflejarse convenientemente en la Ley de Enjuiciamiento Civil). Con ello se disiparían las dudas que actualmente existen sobre estos temas, lo cual redundaría positivamente en favor de la seguridad jurídica.

⁴⁸ V. el apdo. IV de la Exposición de Motivos de la LCCH.

LA REPRESENTACIÓN CAMBIARIA. EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE Y DE LA REGULACIÓN PREVISTA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL

NICOLÁS DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO*

Resumen

En este trabajo en homenaje al prof. Rafael Illescas se pretende analizar la situación actual del controvertido tema de la representación cambiaria, que ha dado lugar a diferentes posturas tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, especialmente en las sentencias dictadas por las audiencias Provinciales. Lo haremos a la luz de las recientes sentencias dictadas por nuestro Tribunal Supremo para la unificación de doctrina, a partir de la sentencia de 5 de abril de 2010 y como el rigor de ésta se ha ido matizando en resoluciones posteriores. Igualmente, se estudian las novedades previstas en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil en materia de representación cambiaria, como son la ausencia de mención a la presunción de autorización de los administradores de compañías y por otro, el reconocimiento expreso que se hace de la ratificación en materia de representación cambiaria.

Contenido

1. Introducción. – 2. Requisitos de la representación cambiaria. – 2.1. Poder. – 2.2. Forma. – 2.2. Reflejo cartular de la representación. La *contemplatio domini*. – 2.3. Debate doctrinal y jurisprudencial. – 2.3.1. Aceptación. – 2.3.2. Pagaré. – 3. Régimen de responsabilidad del art. 10 LCCH. – 4. Examen de la ausencia de presunción de autorización de los administradores de compañías. – 5. La ratificación.

1. INTRODUCCIÓN

Nos encontramos ante una figura jurídica, como es la representación cambiaria, cuyo régimen legal, así como sus requisitos han sido muy debatidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia dado el gran número de reclamaciones judiciales planteadas al respecto como consecuencia de la innumerable casuística y de la postura variable seguida por nuestros tribunales al respecto. Como trataremos de exponer en este breve trabajo, cuya finalidad es examinar estos temas a luz de la más reciente jurisprudencia y de la normativa prevista en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

* Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

La representación cambiaria es un tema de gran actualidad no solo por los debates doctrinales y jurisprudenciales suscitados al respecto, sino por su importancia económica, ya que, cada vez más, las condiciones técnicas y socio-económicas, así como la celeridad del tráfico mercantil requieren la realización de las declaraciones cambiarias a nombre de otro. Todas estas circunstancias unidas a que la regulación contenida en Ley Cambiaria y del Cheque es excesivamente parca¹, ha dado lugar a un gran número de sentencias de nuestras Audiencias Provinciales con criterios jurídicos diferentes a la hora de interpretar las exigencias legales de la representación cambiaria². Esta diversidad de pareceres jurídicos seguidos por la denominada jurisprudencia menor produjo que el Tribunal Supremo entrará a conocer de esta problemática por vía del recurso de casación para la unificación de doctrina, pero la paradoja, como intentaremos exponer en este trabajo, es que una vez fijada una doctrina uniforme por nuestro Alto Tribunal tuvo que inmediatamente matizarla para fijar una especie de “reunificación” doctrinal acorde a las exigencias de la realidad jurídica requeridas por el tráfico económico.

2. REQUISITOS DE LA REPRESENTACIÓN CAMBIARIA

A la hora de examinar el régimen de la representación cambiaria recogida en la normativa vigente, en concreto en los artículos 9 y 10 de la LCCH, debemos precisar, aunque sea brevemente, algunos aspectos relevantes de los elementos que han de concurrir para la eficacia y validez de la declaración cambiaria emitida por representante.

2.1. Poder

Los postulados básicos del derecho común al regular la representación precisan la concurrencia de poder para a válida y eficaz actuación en nombre de otro. En este sentido, las declaraciones cambiarias no suponen un régimen especial que conlleve la derogación de la normativa general contenida al respecto en el Código Civil. Por tanto, las declaraciones cambiarias no tienen un carácter personalísimo como la gran mayoría de las declaraciones de voluntad, en consecuencia, conforme a los principios generales

¹ Vid. ALONSO ESPINOSA, J., *Representación cambiaria: presupuestos y eficacia*, Tecnos, Madrid, 1995 págs 9 y ss quien critica esta regulación en especial art. 9 al que considera que no es una verdadera norma jurídica sino un mero recordatorio/advertencia a los firmantes y, en todo caso, incompleta y sectorial. En sentido similar, bajo el régimen del Cco, LANGLE, E., *Manual de Derecho Mercantil Español*, T. II, Barcelona, 1954, pág. 200 calificaba de exiguas reglas.

² Los diferentes criterios jurisprudenciales, sobre todo, en las sentencias de las Audiencias Provinciales colleva una gran inseguridad jurídica, cfr. por todos, IRACULIS ARREGUI, N., "La representación cambiaria: omisión de la *contemplatio domini*", *RDBB*, 120, 2010, pág. 252; LA CASA GARCIA, R., "Mercado financiero y mercado de valores. Cuestiones controvertidas en torno a la expresión documental de la *contemplatio domini* en el ámbito de la representación cambiaria", en AA. VV. *Estudios de derecho mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*; Cuñat Edo, V. (dir.), Massaguer Fuentes, J. (dir.), Alonso Espinosa, F. J. (dir.), Gallego Sánchez, E. (dir.), M. V. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 1445.

del derecho de obligaciones, pueden ser emitidas válidamente tanto por sí, como por medio de representante, toda vez que las disposiciones cambiarias en esta materia no suponen un derecho especial que modifica o deroga el régimen general de la representación, ni menos aún prohíba la representación en su ámbito (arts. 8 a 10 LCCH y 96 LCCH)³.

Por tanto, la declaración cambiaria, como toda declaración de voluntad, emitida en nombre ajeno exige que la persona que interviene tenga poder de representación de aquel por quien lo hace⁴. Ahora bien, esta representación cambiaria podrá revestir singularidades, según quien sea el sujeto jurídico representado. En caso de que el representado sea una persona física debemos considerar que la emisión de declaraciones cambiarias suponen, dadas las consecuencias que conllevan, un acto de estricto dominio con arreglo al 1712 Cc, requiriendo apoderamiento de manera expresa y especial en aplicación del art. 1713 Cc⁵. Si es una compañía mercantil, como el texto legal reconoce expresamente, este requisito queda mitigado ya que se trataría de un mero acto de administración que recae en dentro de la esfera competencial de sus gestores por el hecho de ser administradores de una sociedad mercantil⁶. No obstante, a pesar de la literalidad del art. 9 LCCH, consideramos que la diferencia expuesta en cuanto a la forma de representación tiene su razón de ser en la diferencia de persona física o jurídica, pero, en este último caso, no resulta tan precisa la diferenciación según sea empresario social u otra modalidad de persona jurídica. No parece que sea el carácter mercantil del representado el que le atribuya ciertas singularidades a la forma de la representación, sino la consideración de que la persona física que actúa por la persona jurídica dentro de sus competencias y lo hace como órgano de la misma, a través de la denominada representación orgánica⁷. Esta mención, como veremos se omite en el Anteproyecto que no establece distinción entre sujetos a la hora de la representación cambiaria por lo que habrá que estar, en el caso de las personas jurídicas a regulación legal y estatutaria que determinen la competencia y facultades de su órgano de

³ Vid. GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, T. II, Madrid, 1955 pág. 276; ALONSO ESPINOSA, F.J., *Representación...*, op. cit., págs. 12 y 13; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., "Las declaraciones cambiarias", en VV. AA., *Derecho cambiario*, E. M. (dir.), Senés Motilla, M. C. (dir.), Campuzano Laguillo, A. B., (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 65 y 66; VELASCO SAN PEDRO, L.A. *La representación cambiaria*, Lex Nova, Valladolid, 1990, págs. 11 y ss.; EIZAGUIRRE, J. M. de, *Derecho de los Títulos-Valores*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 135.

⁴ En este sentido, la STS 20 de mayo de 2009 consideraba que *el apoderamiento conforma un acto jurídico por medio del cual el principal concede voluntariamente al apoderado poder y facultades de representación para llevar a cabo las funciones y actividades que constituyen el objeto del encargo, proyectándose en lo externo en cuanto relaciona al representado con los terceros, siempre que el apoderado-representante actúe dentro de los límites del poder. (...) el mandato debe ser conferido por actos de carácter unívoco y concluyente; que debe acreditarse cuando se trata de ejercitar las facultades del mandato frente a terceras personas; y que no es suficiente el otorgamiento de una escritura notarial para acreditar las facultades y representación que dice ostentar el mandatario si no se cumple el requisito de aportar los documentos de los cuales surge la representación"*,

⁵ Vid. STS de 6 de junio de 1959.

⁶ Ya que para el comerciante la firma de un título valor es un acto de mera administración, vid. ALONSO ESPINOSA, J., *Representación...*, op. cit., pág. 13; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., "Las declaraciones...", op. cit. pág. 66.

⁷ En sentido contrario, la STS 9 de diciembre de 2005; en la doctrina CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., "Las declaraciones...", op. cit. págs. 66 y 67.

representación y la consideración de la emisión de obligaciones cambiarias como un acto propio de su actividad cualquiera que sea su naturaleza.

2.2. Forma

EL artículo 9 LCCH exige en que todos los que pusieren firmas a nombre de otro en letras de cambio deberán hallarse autorizados para ello con poder de las personas en cuya representación obraren, expresándolo claramente en la antefirma⁸, redacción que prácticamente sigue el Anteproyecto, cuyo artículo 610-7 recoge en el prf. 1 que el que firmare a nombre de otro un título-valor deberá tener poder suficiente de representación, y mencionarlo claramente en la antefirma. Prácticamente, salvo alguna corrección de estilo, la gran diferencia estriba en sustituir el término autorización por la expresión de mayor rigor jurídico, tener poder suficiente de representación, así como la generalización de esta figura a todos título-valores de manera expresa sin tener que acudir a interpretaciones analógicas. El art. 9 LCCH es un precepto literalmente referido a la letra de cambio, sin referencia ni precepto análogo en la regulación del cheque, ni del pagaré. Además, recoge en su párrafo segundo, la presunción de autorización, término que carece de verdadero rigor jurídico en el derecho privado, en referencia exclusiva a los "administradores" de Compañías, es decir a "los encargados a la gestión social" (art. 120 del Código de Comercio), según la clase de sociedad (colectiva, en comandita, anónima o de responsabilidad limitada) de que se trate⁹.

La literalidad del art. 9 conllevaría que en los casos en que el representado no sea un empresario social, no habría presunción de hallarse autorizado, por lo que debería otorgarse poder al efecto, siendo necesario y especial para firmar letras de cambio. Se trataría de la aplicación régimen del derecho común que requiere poder especial por conforme a lo previsto en el art. 1713 del Cc, toda vez que teniendo en cuenta la naturaleza de las obligaciones que se derivan de la firma de una cambial no puede considerarse que la firma de las obligaciones cambiarias sea como un acto de mera administración propio de su tráfico económico sino que debería entenderse como un acto de riguroso dominio que excede los límites de la simple administración y por ello requiere poder expreso y especial, como hemos visto. Pero esta presunción desaparece en el texto del Anteproyecto.

⁸ Este precepto es una transcripción casi literal del art. 447 del Cco de 1885 por cuya relevancia transcribimos: Todos los que pusieren firmas a nombre de otro en letras de cambio, como libradores, endosantes o aceptantes, deberán hallarse autorizados para ello con poder de las personas en cuya representación obraren, expresándolo así en la antefirma. Los tomadores y tenedores de letras tendrán derecho a exigir a los firmantes la exhibición del poder. Los administradores de Compañías se entenderán autorizados por el solo hecho de su nombramiento.

Este precepto omite la declaración cambiaria de aval.

⁹ La reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de octubre de 2014 ha reconocido la responsabilidad de la sociedad aunque formalmente D. J. no era administrador de L. C. SA, pues no cabe duda de que actuaba como factor notorio de dicha sociedad: siempre había sido su representante en anteriores relaciones comerciales con la actora y siguió comportándose como tal, sin advertir que ya había cesado su representación legal, pero firmando igualmente los pagarés por una deuda que era de la sociedad y que se emitían contra una cuenta bancaria titularidad de la misma sociedad, siendo la responsabilidad de ésta la forma adecuada -y admitida por la jurisprudencia- de proteger la apariencia, la buena fe y la seguridad del tráfico .

2.2. Reflejo cartular de la representación. La *contemplatio domini*

Ahora bien, a pesar de que, como hemos señalado, existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial en cuanto a la exigencia de poder, o disposición legal en caso de representantes legales, para efectuar declaraciones cambiarias en nombre de otro, son numerosísimas las veces en que se omite el reflejo cartular de este requisito, dando lugar a una enorme casuística y, en consecuencia, a un amplio volumen de controversias judiciales¹⁰. La actuación por representación, a tenor de lo dispuesto en el art. 9 de la LCCH, no solo precisa la existencia de poder, expreso, o presunto por ser inherente a la actividad organica del representante, sino que en cualquier caso no es suficiente tener poder conferido para actuar en nombre de otro, se precisa que la cambial refleje la representación, esto es la *contemplatio domini*.

La LCCH requiere que se exteriorice la *contemplatio domini* mediante su reflejo en el texto de la letra, pero no precisa el modo en que debe llevarse a cabo el reflejo cartular, solo menciona que su constancia deba ser de manera clara en la antefirma¹¹.

La *contemplatio domini* requiere desde la perspectiva formal, con arreglo al art. 9 LCCH, que tanto la constancia cartular del carácter representativo, como la identidad del dominus y la firma del representante¹², lo que tiene trascendencia para el representante y para el tercero, al primero le concede atribuye eficacia representativa a sus actos y al tercero le permite la individualización subjetiva del negocio a celebrar, haciendo reconocible el sujeto destinatario de los efectos que puedan derivarse del negocio realizada por el representante.

2.3. Debate doctrinal y jurisprudencial

El art. 10 LCCH, modificando el régimen del derecho común recogido en el art. 1259 Cc dispone que si el representante no tiene poder, la firma de una letra de cambio como

¹⁰ Así, entre otros, VELASCO SAN PEDRO, L. A., *La representación...*, op. cit., págs. 195 y ss.; MAIRATA, J., "*Contemplatio domini* y relación causal en la letra de cambio", *RDBB*, núm. 65, 1997, págs. 183 y ss.; DE EIZAGUIRRE, J. M., *Derecho...*, op. cit. pág. 136, IRACULIS, N., "*La representación...*", op. cit. pág. 254.

¹¹ En este sentido, el *alieno nomine agere* debe expresarse en el propio título cambiario, por exigencia del principio de literalidad, si bien no necesariamente, en determinados casos y en relación con alguno e incluso con los dos extremos que la integran (esto es, indicación de que la suscripción se realiza en nombre de otro y consignación de la identidad de dicho *dominus negotii*), junto a la firma del representante, cfr. LA CASA GARCIA, R., "*Mercado financiero...*", op. cit. pág. 1448.

En la jurisprudencia, la STS de 9 de junio de 2010 de la que fue ponente Ferrándiz Gabriel, cuyos hechos fueron que la entidad financiera en la posición de tenedora legítima de dos pagarés de los llamados de cuenta corriente, interpuso demanda de juicio cambiario contra quien aparecía como firmante, por constar en ellos, en el lugar destinado al librador, su nombre y apellidos seguidos de una rúbrica, Doña M. negó que la firma que aparecía en cada uno de los títulos, junto a su nombre y apellidos, fuera auténtica, en ella se consideró que "*este mandato se funda en el principio de formalidad de la letra de cambio y atiende a la seguridad del tráfico mercantil, el cual exige que quienes participan en el giro conozcan con precisión la identidad de quienes intervienen en una letra de cambio y el concepto en que lo hacen*".

¹² En este sentido, ALONSO ESPINOSA, F. J., *Representación...* op. cit., pág. 12 señala que la exigencia de reflejo del poder del art. 9 procede de la transcripción del antiguo art. 435 del Código de 1829 que requería poder especial, pero el art. 447 ya no exigió poder especial sino general, pero no modificó la redacción de su texto.

representante de una persona sin poder para ello (falso representante), o excediéndose de sus poderes (abuso de facultades) implicará que el firmante quede obligado personalmente en virtud de la letra, y si la pagare, tendrá los mismos derechos que hubiera tenido el supuesto representado¹³. Pero, a pesar de esta dicción, el mayor problema jurídico radica en concretar las consecuencias que conlleva el incumplimiento del reflejo cartular de la *contemplatio domini*.

El problema más controvertido y que ha generado amplios debates doctrinales y jurisprudenciales, es que, a pesar del rigor con que está redactado el art. 9 LCCH, es si la ausencia de alguno de estos presupuestos puede afectar a la validez de la declaración cambiaria, en términos más precisos, si se trata de requisitos *ad solemnitatem*, o meramente *ad probationem*¹⁴.

En la primera concepción, si la expresión de la *contemplatio domini* es un requisito *ad solemnitatem*, su omisión conllevaría un defecto que afectaría a la validez de la declaración del representante, este sector doctrinal más formalista sostiene que a tenor de lo dispuesto en el art. 10, en la letra de cambio, no es suficiente tener la atribuida la facultad de actuar o decidir por cuenta de otro de manera extracambiaria, la representación tiene que hacerse constatar en el propio texto de la letra de cambio como elemento de validez inherente al cumplimiento de los principios básicos de nuestra normativa cambiaria como son: los principios de literalidad y abstracción¹⁵. En este línea, el cumplimiento del art. 9 LCCH, supone expresar cartularmente la representación y de manera clara en la antefirma, dejando plena libertad en cuanto a la materialización de esta constancia cartular que podrá ser con expresiones como pp, po, pr, u otras análogas.

La segunda postura, supone una concepción de la *contemplatio domini* como un elemento formal de la letra de cambio pero a efectos meramente probatorios, y por ello, su omisión no afectaría a la validez de la declaración efectuada por el representante, permitiendo que la representación, cuyo reflejo cartular se ha obviado, pueda

¹³ El régimen del art. 10 LCCH es más favorable para el acreedor cambiario que el previsto en el 1259. 2Cc que era la norma aplicable antes de la aprobación de la LCCH al carecer el CCo de normativa específica, pues el falso representante no tenía responsabilidad cambiaria y el tercero debería acudir al régimen de responsabilidad aquiliana del 1902Cc para reclamar por los daños y perjuicios causados, cfr. en el mismo sentido, GARRIGUES, J., *Tratado...*, op. cit. pág. 278; VAZQUEZ BONOME, A., *Tratado...*, op. cit. pag. 158; MOXICA ROMAN, J., *Ley Cambiaria y del Cheque. Análisis de doctrina y jurisprudencia*, Pamplona, 1990, pág. 112; EIZAGUIRRE, J. M. de, *Derecho ...*, op. cit. págs. 135 y ss.; IRACULIS ARREGUI, N., "La representación...", op. cit. pág. 254.

Por su parte, GARCIA LUENGO, R. y SOTO VAZQUEZ, R., *El nuevo régimen jurídico de la Letra de Cambio en la doctrina y en la jurisprudencia*, Comares, Granada, 1986, pág. 25 y 32 defienden que art. 10 añade una precisión en cuanto al exceso de poder que no estaba prevista en el art. 8 de la Ley Uniforme de Ginebra pero tampoco abarca todos los supuestos pues deja fuera la representación necesaria de menores e incapaces y no puede quedar comprendido en dicho artículo dada su referencia a la representación voluntaria.

¹⁴ No obstante cualquiera que fuere la solución, la omisión de la *contemplatio domini* no es un vicio invalidante de la letra, no obstante VAZQUEZ BONOME, A., *Tratado de Derecho Cambiario*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 1997, pag. 160 matiza que siempre que cosnte la firma del que emite la letra, librador.

¹⁵ Por todos, GARRIGUES, J., *Tratado...*, op. cit. pág. 277 quien considera que si existiendo poder este no se refleja en la letra lo que no está en la letra no esta en el mundo por lo que el representante queda obligado personalmente.

acreditarse por cualquier medio admitido en derecho aunque no esté recogido expresamente en la letra¹⁶.

Esta dualidad de criterios también ha tenido reflejo en nuestra jurisprudencia, pues si bien, tradicionalmente se ha manifestado partidaria de atribuir a la *contemplatio domini* el carácter *ad solemnitatem* de la referencia cartular de la representación, como veremos, recientemente se muestra favorable el carácter flexible de esta interpretación cartular¹⁷.

La jurisprudencia sostiene que si hay reflejo cartular del representante y del representado, pero no se recoge en el título el nexo representativo entre ambos, esto es, consta en la letra la persona del representante y la del representado pero no la relación de representación que los une. En este supuesto de concurrencia de firma del representante y la mera referencia al representado mediante su estampilla o sello comercial, pero sin mencionar se actúa por representación. La doctrina jurisprudencial, en relación a las declaraciones de libramiento y endoso de la letra, así como en el caso de emisión del pagaré, ha considerado que la *contemplatio domini* queda perfectamente acreditada y la omisión cartular carece de relevancia a efectos jurídicos, toda vez que la vinculación representativa se constata por la simple mención del sello estampillado perteneciente a la compañía representada¹⁸, con ello se visualiza plenamente frente a terceros la *contemplatio domini*, sin que aporte ninguna trascendencia jurídica la consignación cartular de expresiones como "por poder", "p.p." o similares¹⁹. Desde la perspectiva jurisprudencial, parece claro que la estampación del sello hace prueba suficiente de la identidad del representado, pero esta doctrina no puede aplicarse por extensión en aquellos casos en que del conjunto de las menciones cambiarias no pueda obtenerse un principio de prueba de la identidad del representado²⁰.

¹⁶ La doctrina tradicionalmente se ha inclinado por el carácter *ad probationem*, como una mención documental que sólo opera a efectos, de manera que su efectiva existencia podrá demostrarse a través de cualquier otro medio admitido en Derecho, así por todos: PAZ-ARES, C., "Las excepciones cambiarias..." cit., pág. 295; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 1.583; IRACULIS, N., *op. cit.*, pág. 257; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., "Las declaraciones...", *op. cit.* págs. 78 y 79; LA CASA GARCIA, R., "Mercado financiero...", *op. cit.* pág. 1449; MARTINEZ-MOYA FERNANDEZ, M.: "La omisión de la *contemplatio domini* en la emisión de pagaré por administrador de sociedad de capital", en AA. VV. *Estudios de derecho mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*; V. (dir.), J. (dir.), F. J. (dir.), E. (dir.), M. V. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1449 y ss. De una manera mucho más matizada, ALONSO ESPINOSA, F. J., *Representación...* *op. cit.*, págs. 28 y 29.

¹⁷ En este sentido, vid. ALONSO ESPINOSA, F. J., *Representación...* *op. cit.*, págs. 33 y ss.

Por su parte, LA CASA GARCIA, R., "Mercado financiero...", *op. cit.* pág. 1449 afirma que el Tribunal Supremo no ha llegado a formular un planteamiento general sobre la materia, pues se ha limitado a la fijación de una doctrina jurisprudencial de corte eminentemente casuístico.

¹⁸ La STS de 6 de septiembre de 2013 admitió la existencia de la *contemplatio domini* incluso en los casos en que la lectura de la estampilla sea difícil. Por su parte, la STS de 24 de marzo de 2014 de la que fue ponente Salas Carceller y cuyos hechos son la mercantil Y. O. SL presentó demanda contra E. A. SL por razón de un pagaré, la demandada se opone alegando la ausencia de representación en el título aunque los firmantes sean sus administradores, precisó el valor de la "estampilla" como identificativa de la sociedad que resultaba obligada, pero ello no implica la imposibilidad de que tal obligación se produzca incluso en casos en que no figure tal expresión en el título.

¹⁹ En tal sentido, lo ha declarado expresamente, la STS de 19 de mayo de 2009.

²⁰ Vid. CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., "Las declaraciones...", *op. cit.* págs. 66 y 67 la existencia de poder o representación de quien pone su firma en el título puede ser conocida de acuerdo con las restantes indicaciones o menciones contenidas en él, la representación será perfectamente válida. Así, la antefirma

Criterio análogo ha sostenido la doctrina, en relación con los supuestos en que se da esta omisión en la aceptación pues en aval y libramiento es poco frecuente en la práctica²¹, ha admitido la *contemplatio domini* si el representante tiene poder del representado aunque no se haya reflejado en la cambial, pero lo puede acreditar extracambiariamente, en especial en los casos en que figura como librado el representado y el firmante tiene poder del librado²².

2.3.1. Aceptación

Así, en relación con la declaración de aceptación de la letra de cambio en caso de omisión de toda idea de representación y de la mención del representado, se pueden resaltar varias posturas, una primera, la de quienes defienden que estas omisiones acarrear por exigencias de la seguridad jurídica, la buena fe y el principio de literalidad de los títulos valores que el firmante ha de asumir las obligaciones que se deriven de su firma como verdadero aceptante²³.

Por otro lado, quienes argumentan que la mera firma no puede valer para vincular al simple firmante como aceptante so pena de la excepción cambiaria prevista en el art. 67.2.2 LCCH. El representante, en este caso, podría responder, no como aceptante, pero sí como avalista, salvo que su firma esté precedida por la expresión acepto o si figura en el espacio reservado a la aceptación, en esta hipótesis que considerar la responsabilidad del firmante como aceptante por intervención al amparo de 71 LCCH²⁴.

se ha entendido implícita cuando en el mismo título aparece que la firma se hace en nombre de una persona jurídica: "cuando el librado de una letra de cambio es una persona jurídica, la firma que figure en el lugar destinado al acepto debe presumirse que es la de su representante legal, pues la antefirma que exige el párrafo primero del artículo 9.º de la Ley Cambiaria va implícita cuando en la misma letra aparece que la firma se hace en nombre del librado que es una persona jurídica" (SSTS 5 de abril de 2010; 25 de febrero de 1991).

²¹ Así, PAZ-ARES, C., "Las excepciones cambiarias", *Derecho cambiario. Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, dir. Menéndez, Madrid, 1986, págs. 251 y ss., señala que la omisión de la representación en el libramiento y en el aval son supuestos raros en la práctica. Por su parte, GARRIGUES, Tratado, op. Cit. II, pág. 277 considera que el el libramiento y en el aval que da obligado el representante pues nada se deduce de la Letra de cambio. Aunue de producirse debería aplicarse lo dispuesto en el art. 9 LCCH al no haber distinción.

²² Así, PAZ-ARES, C., "Las excepciones cambiarias", *Derecho cambiario. Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, dir. Menéndez, Madrid, 1986, págs. 295 y 296; IRACULIS ARREGUI, N., "La representación...", op. cit. pág. 257.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 8 de marzo de 1993 admitió la existencia de *contemplatio domini* en el acepto de una letra hecha por el hijo del librado pues la firma se produjo dentro del ámbito representativo tácito que el mencionado hijo tenía atribuido, pues afirmó que desde la sentencia del T.S. de 12 de octubre de 1908 es doctrina pacífica la de que según el verdadero sentido y alcance del antiguo art. 447 del Código de Comercio (reproducido, sin variación trascendente, en el artículo 9, párrafo primero, de la actual Ley Cambiaria, de 16 de julio de 1985), no es indispensable que sea personalmente el librado quien acepte la letra de cambio, pudiendo realizarlo válidamente cualquiera que tenga mandato o autorización de aquél.

²³ Esta fue la postura seguida por la STS de 28 de octubre de 1988 y compartida por numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales.

²⁴ Así, MENÉNDEZ, A., "La aceptación", en MENÉNDEZ (Dir.), *Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 534; VELASCO SAN PEDRO, L. A., *La representación...* op. cit., págs. 67 y ss.; y ROJO, A., "El aval", en MENÉNDEZ (Dir.), *Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 570 y ss.

Otra postura, con arreglo a la cual no cabría imponer responsabilidad cambiaria al firmante, ya que hay aceptación por el librado en su condición de *dominus*, pues existe la *contemplatio domini* de manera tácita siempre que se pueda demostrar la representación por el tenedor que dirige su acción contra el librado como aceptante pues el representante que firmó como aceptante lo hizo con poder suficiente del librado *dominus* aunque no lo reflejó en la cambial²⁵: Lo que impide que los tenedores pudieran dirigir su acción directa como aceptante contra el representante, sin que pueda considerarse que se trataría de aval o aceptación por intervención, pues como aval no podría ser porque firma en el espacio reservado para la aceptación y no es un supuesto del art. 36.II, tampoco aceptación por intervención ya que el art. 76.II LCCH dispone que a aceptación por intervención se hará constar e la LC por lo que debería constar expresamente en el título por ir acompañada de las formulas por “por intervención”, “por honor” “a favor de...” o cualquier otra equivalente²⁶.

La jurisprudencia ha sido vacilante a este respecto²⁷. La variedad de criterios judiciales hizo necesaria la unificación de la doctrina jurisprudencial que estableció que la omisión por parte de quien firma el acepto de una letra de cambio (lo que también es aplicable al pagaré en virtud del art. 97 LCCH), de antefirma o de otra referencia al hecho de actuar por poder o por representación o como administrador de la entidad o sociedad que figura como librada en la letra no libera a éstas de responsabilidad como aceptante, excepto cuando el firmante del acepto carece de dicho poder o representación; y, a su vez, quien acepta la letra en tales condiciones no se obliga personalmente, sino que obliga a la entidad o sociedad que aparece como librado si

En relación a la consideración de avalista al firmante en representación del avalado, parece un supuesto más teórico que práctico, cfr. LA CASA GARCIA, R., “Mercado financiero...”, op. cit. pág. 1456, ya que la consideración de la firma del representante del librado como aval, en lugar de aceptación, sólo sería susceptible de plantearse, en abstracto, en relación con una hipótesis verdaderamente inusual en la práctica, esencialmente definida por la mera firma de dicho representante, sin indicación adicional alguna (ni de la voluntad de aceptar, ni del carácter representativo de la actuación llevada a cabo), puesta en cualquier lugar del anverso de la letra, siempre que no pudiera reputarse referida a la aceptación en razón de su ubicación.

²⁵ Entre otros, PAZ-ARES, C., “Las excepciones...” cit., págs. 295 y ss, y ALONSO ESPINOSA, F. J., *Representación...*, op. cit., pág. 32.

²⁶ En este sentido, PAZ-ARES, C., “Las excepciones...”, op. cit., pág. 296; ROJO, A., “El aval”, op. cit. pág. 571; VELASCO SAN PEDRO, L., *La representación...*, op. cit., pág. 70; LA CASA GARCIA, R., “Mercado financiero...”, op. cit. pág. 1456. Por su parte, MENÉNDEZ, A., “La aceptación...”, op. cit. pág. 534 señaló que la aceptación por intervención sólo se admite en situaciones de crisis cambiaria por haberse abierto la vía de regreso antes del vencimiento, y debe hacerse constar así con la finalidad de determinar cuál es la responsabilidad del aceptante interviniente.

²⁷ Vid. bajo un criterio formalista imponían la responsabilidad personal del firmante las SSAP de Cáceres 30 de enero de 1990, Castellón de 6 de febrero de 1992, Salamanca de 24 de febrero de 1998. En cambio, para otras Audiencias Provinciales, la omisión de la antefirma en la que se exprese que se actúa por poder constituye una irregularidad que no impide la responsabilidad del librado-- aceptante que actúa por representación, así, SSAP Madrid, de 7 de abril de 1992, de Segovia, 20 de febrero de 1995, Zaragoza de 8 de marzo de 1993, Audiencia Provincial de Madrid de 20 de febrero de 2001, Toledo de 29 de febrero de 2012. En este sentido es clara la

La SAP de Palma de Mallorca de 23 junio de 2006 precisó que la variada fenomenología que deriva sólo puede recibir una solución congruente con la exigencias del tráfico y razonable desde el punto de vista sistemático, si se parte de la premisa de que la consignación en la letra de la *contemplatio domini*, que demanda el art. 9 I LC, no constituye un requisito de forma que afecta a la validez de la actuación representativa en materia cambiaria, sino una mención documental que sólo opera a efectos de prueba.

efectivamente ostenta poder o representación de ella²⁸, ya que lo relevante a efectos jurídicos es que exista identidad material de sujetos no la identidad formal²⁹. Pero, esta doctrina tuvo que ser matizada en cuanto a su extensión, precisando que no tiene cabida cuando sea imposible deducir de las menciones de la letra o pagaré que se actúa como representante o apoderado de una sociedad o entidad, ya que debería presumirse que la mención de la representación era sencilla y no se hizo y no puede derivarse del resto de menciones, ya que de lo contrario se podría ver afectada la seguridad jurídica³⁰. *En consecuencia*, el firmante de una letra de cambio quedará obligado en nombre propio cuando no haga mención expresa en el título al poder o representación con que actúa o no conste junto a su firma la estampilla de la razón social de la persona jurídica en cuyo

²⁸ Esta unificación de doctrina fue fijada en la importante STS de 5 de abril de 2010, de la que fue ponente Xiol Ríos, y cuyos hechos corresponden a la aceptación de una cambial hecho por el administrador de una sociedad sin expresar que lo hace por poder. Esta sentencia inicia el criterio de unificación de doctrina estableciendo con claridad que la omisión por parte de quien firma el acepto de una letra de cambio de antefirma o de otra referencia al hecho de actuar por poder o por representación o como administrador de la entidad o sociedad que figura como librada en la letra no libera a éstas de responsabilidad como aceptante, excepto cuando el firmante del acepto carece de dicho poder o representación; y, a su vez, quien acepta la letra en tales condiciones no se obliga personalmente, sino que obliga a la entidad o sociedad que aparece como librado si efectivamente ostenta poder o representación de ella y *se funda en los siguientes argumentos*: a) *Del artículo 33 en relación 25 y 29 LCCH, se desprende que el único de los intervinientes en la letra de cambio que puede aceptarla es el librado. Únicamente puede darse una excepción en el caso de aceptación por intervención, la cual solo se admite en situaciones de crisis cambiaria por haberse abierto la vía de regreso antes del vencimiento y debe hacerse constar así con la finalidad de determinar cuál es la responsabilidad del aceptante interviniente (artículo 71 LCCH). Por consiguiente, la existencia de una firma en la casilla de acepto sin más indicaciones pone de manifiesto que quien la estampa actúa en su condición de apoderado o representante de la entidad o sociedad que figura como librado en la letra de cambio, cuya mención es esencial según el artículo 1.3.º LCCH.* b) *El que firma como representante de otra persona solo queda obligado en su nombre si carece de poder y los tomadores y tenedores de letras tendrán derecho a exigir a los firmantes la exhibición del poder (10 LCCH) Se presumirá que los administradores de compañías están autorizados por el solo hecho de su nombramiento (artículo 9 II LCCH). De esta regulación se desprende que para la LCCH resulta sustancial la existencia o no de poder, susceptible de comprobación, para determinar si el firmante se obliga personalmente u obliga a la entidad o sociedad librada. La expresión en la antefirma de que se actúa por poder constituye un requisito formal encaminado a poner de manifiesto este carácter frente a los tomadores y tenedores de la letra. Sin embargo, no puede interpretarse rigurosamente en aquellos casos en los cuales la actuación como apoderado o representante por quien pone su firma en el acepto ocupando el lugar que corresponde a la sociedad librada resulta evidente para los tomadores de la letra y estos no pueden, por ende, desconocer una representación que deriva de las menciones de la letra y de la necesidad de las personas jurídicas de actuar por medio de representantes.* c) *Esta interpretación no afecta a la seguridad del tráfico cambiario, por cuanto la designación de la sociedad librada en la casilla correspondiente despeja toda duda acerca de que quien firma la casilla de acepto no puede ser sino quien actúa en su representación, cuya existencia puede ser comprobada por el librador exigiendo la presentación del poder, y, en consonancia con ello, solo responderá personalmente en el caso de inexistencia de poder o representación.* d) *Por el contrario, la conclusión opuesta obligaría a entender que la ausencia de antefirma por parte del aceptante no solo obligaría personalmente a éste, sino que comportaría el efecto adyacente de liberar a la sociedad librada de los efectos de la aceptación, a pesar de haberse podido comprobar la existencia de poder o representación en favor de quien firma en el acepto.* e) *En el caso de que la letra sea presentada al cobro por el librador, esta conclusión resulta reforzada por el principio de acuerdo con el cual el obligado puede oponer al tenedor de la letra que participó en el negocio causal las excepciones personales que tenga contra él (artículo 20 LCCH)".*

²⁹ Así, las SSAP de Madrid de 20 de febrero de 2001, y Palma de Mallorca de 23 junio de 2006 han afirmado que esa identidad no es una identidad formal (o identidad entre la designación del librado y la firma del aceptante), sino una identidad material (o identidad en el orden jurídico entre el sujeto librado y el sujeto que queda comprometido por la aceptación).

³⁰ La STS de 9 de junio de 2010 consideró que estimar lo contrario comportaría un menoscabo de la seguridad del tráfico cambiario.

nombre interviene³¹, por ser imposible interpretar del resto de declaraciones cambiarias recogidas en el título que lo hace como representante o apoderado de una sociedad, aunque extracambiariamente ostente dicha cualidad³².

2.3.2. Pagaré

En relación con el pagaré, la jurisprudencia ha declarado que la doctrina de que el firmante de un pagaré queda obligado en nombre propio si no hace constar el poder o representación con que actúa o, al menos, la mención de la estampilla de la razón social en cuya representación actúa, dado que resulta imposible deducir de las menciones del pagaré que actúa como representante o apoderado de una sociedad o entidad aunque ostente esta condición respecto de una o varias³³. La obligación del representante firmante del pagaré es de naturaleza cambiaria concretamente la misma que la del emisor del pagaré en base al art. 97. 1 de la LCCH, y esto es porque "*resulta imposible deducir de las menciones del pagaré que actúa como representante o apoderado de una sociedad o entidad aunque ostente esta condición respecto de una o varias*". Pero, además, la tácita representación como puede ser el señalar la entidad bancaria y el número de cuenta contra la que se emite el pagaré, no constituye un elemento que permita deducir, ni siquiera indiciar, la actuación representativa del firmante, "*porque el momento a tener en cuenta es el del libramiento, no el del impago, y entonces no tenía por qué saber el acreedor que la cuenta no era la del firmante como librador*" y la ausencia de librado elemento esencial de la letra de cambio³⁴.

La más reciente jurisprudencia sostiene la necesidad de que concurren de tres requisitos: que la reclamación se mantenga en el ámbito de la relación causal, que conste en el proceso, sin distinción de medio de prueba, el carácter de deudora de la sociedad y la condición de representante de quien estampó su firma en el título. De concurrir

³¹ Compartimos con LA CASA GARCIA, R., "Mercado financiero...", op. cit. pág. 1453 su crítica en el sentido de que no puede entenderse que la estampilla sea el único modo admisible de dar cumplimiento a la exigencia legal de constancia documental de la *contemplatio domini*. Por el contrario, debe considerarse que el Tribunal Supremo ha querido referirse nuevamente al supuesto paradigmático, esto es, al modo más frecuentemente utilizado en la práctica (*id quod plerumque accidit*), sin cerrar el paso a la validez de cualquier otra fórmula por cuyo medio pueda indicarse la identidad del *dominus*, particularmente a través de su consignación manuscrita.

³² Así lo recoge la STS 12 de diciembre de 2011.

Esta doctrina es aplicable igualmente al pagaré dado que el artículo 96 LCCH establece que serán aplicables al pagaré, mientras no sean incompatibles con la naturaleza de este título, entre otras, las disposiciones relativas a la letra de cambio en materia de las consecuencias de la firma puesta en las condiciones mencionadas en los artículos 8 y 9 LCCH; de firma de una persona que actúe sin poderes o rebasando sus poderes; de vencimiento; de pago; y de acciones por falta de pago. Estas materias comprenden, entre otros, los artículos 8, 9, 10, 20 y 67 LCCH. El artículo 97 LCCH establece que el firmante de un pagaré quede obligado de igual manera que el aceptante de una letra de cambio. Del conjunto de estos preceptos se infiere que las disposiciones en relación con los efectos de la firma sin hacer constar el poder o representación, a que se refiere el artículo 10 LCCH, son aplicables al firmante de un pagaré, como expresamente señalan las SSTS de 9 de junio de 2010, 7 de mayo de 2012 y 9 de abril de 2012.

³³ STS de 9 de junio de 2010, seguida por las SSTS de 12 de diciembre de 2011; de 9 de abril de 2012; y de 7 de mayo de 2012.

³⁴ STS de 12 de diciembre de 2011; seguida por las SSTS de 9 de abril de 2012; y de 7 de mayo de 2012.

estos requisitos debemos atribuir a la sociedad la condición de deudora y obligada al pago de la cantidad por la que el título se emitió³⁵.

3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ART. 10 LCCH

En suma, el riguroso régimen de responsabilidad previsto en el art. 10 LCCH al imponer al firmante de una letra de cambio, como representante de una persona sin poderes para obrar en nombre de ella, de quedar obligado personalmente en virtud de la letra, no puede extenderse al supuesto de quien teniendo poderes para actuar en nombre de otro no lo hace constar en la letra de cambio o pagaré, pues el art. 10 LCCH impone un régimen sancionador especial diferente al fijado en el derecho común y recogido en el art. 1259.2 Cc cuya aplicación extensiva no debería producirse³⁶. Sería materialmente injusto sancionar con un régimen tan riguroso a quien es verdadero representante aunque no lo haya hecho constar en el texto de la LC³⁷. Al firmante que no exprese cartularmente su representación, no le quedan frente al tenedor otras excepciones personales que las basadas en su relación personal con el tomador³⁸. En fin, frente a la regla general sentada en el artículo 1259, párr. 2º, Cc, el art. 10 LCCH consagra una responsabilidad cuasinegocial basada en la apariencia en aras de la debida salvaguarda de la seguridad del tráfico mercantil³⁹. En la medida de lo posible la justicia material exige la concordancia de lo reflejado en la letra de cambio con la realidad extracambiaria como salvaguarda de la seguridad del tráfico mercantil.

³⁵ Así, SSTS de 12 diciembre de 2013, 31 marzo de 2014, 2 abril de 2014, 22 de octubre de 2014 y 4 de diciembre de 2014.

³⁶ LA CASA GARCIA, R., "Mercado financiero...", op. cit. pág. 1462 muchas dudas suscita la aplicación extensiva que, por vía analógica, se termina realizando de una norma de naturaleza especial (como es la establecida en el art. 10 LCCH, que se aparta de lo previsto con alcance general en el art. 1.259, párr. 2º, Cc).

³⁷ Por todos, PAZ-ARES, C., "Naturaleza jurídica de la letra de cambio", en MENÉNDEZ (Dir.), *Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 172 y ss.; LA CASA GARCIA, R., "Mercado financiero...", op. cit. pág. 1461.

³⁸ A tal efecto, la jurisprudencia más reciente SSTS, de 17 de abril de 2006, 9 de junio de 2010; y de 19 de julio de 2012, manifiestan que debe tenerse presente que la relación causal o subyacente entre el firmante y el tomador del pagaré, así como en las posteriores transmisiones del título, ha de ser propiamente calificada como relación de valor o valuta (y no como relación de provisión de fondos, que es la que media entre el librador y el librado de la letra de cambio), según ha tenido oportunidad de poner de manifiesto reiteradamente el si bien debe reseñarse que la errónea calificación como relación de provisión de fondos, en la que han incurrido en ocasiones algunos firmantes, no impide por sí sola el examen de la procedencia de las excepciones basadas en las relaciones causales eventualmente alegadas frente a la acción directa ejercida por el tenedor.

Pues bien, en las mencionadas resoluciones se señala también que la inexistencia de causa que justifique la emisión (o la ulterior transmisión) del pagaré ha de ser probada por quien la alegue como excepción (véase igualmente, SSTS de 2 julio de 2012, en consonancia con un anterior pronunciamiento del Tribunal Supremo, según el cual la falta de provisión de fondos debe demostrarse por quien invoca su inexistencia, STS de 20 de noviembre de 2003, al que suele asignarse un valor paradigmático en lo concerniente a la carga de la prueba en el ámbito de las excepciones extracambiarias.

Finalmente, ha de recordarse la ilimitada oponibilidad de excepciones basadas en las relaciones personales en el juicio cambiario, según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 23 de diciembre de 2010; 18 de enero de 2011; 4 de junio de 2012; y de 5 de diciembre de 2012).

³⁹ VELASCO SAN PEDRO, L. A., *La representación...* op. cit., págs. 111-115, y PAZ-ARES, C., "Las excepciones..." op. cit., págs. 290-291.

Ahora bien, la jurisprudencia favorable a la extensión del reconocimiento de la *contemplatio domini* más allá del estricto reflejo cartular, no es general, se limita en función de la naturaleza del representado, se restringe al caso en que los representados sean estrictamente sociedades mercantil⁴⁰. Esta interpretación, como vimos, es excesivamente restrictiva en cuanto al resto de personas jurídicas, sostenemos que la consideración de la *contemplatio domini* no debe quedar acotada a las sociedades mercantiles sino en general a las personas jurídicas que actúan por medio de sus representantes legítimos⁴¹.

Diversa es la situación cuando son personas físicas quienes se encuentran a ambos lados de la relación de representación. En este caso, parece exigirse que concurren los dos requisitos: mención de la actuación representativa y la denominación del representado. Sin esta concurrencia, no habría *contemplatio domini* y quedaría obligado cambiariamente el representante y no el representado dada la ausencia de dicho requisito y las consecuencias del principio de literalidad de los títulos valores que impone la responsabilidad a quien firma sin mención de la representación⁴². Ahora bien, la interpretación amplia de la *contemplatio domini* que hemos expuesto y que admite la jurisprudencia en relación a las personas jurídicas debe extenderse al caso de ser dos personas físicas las que intervienen en la declaración cambiaria objeto de la

⁴⁰ Tal se así que la STS de 19 de mayo de 2009 sostuvo que el criterio flexible sentado en relación con la constancia cartular de la *contemplatio domini* viene *exclusivamente* referido al ámbito societario.

Sería suficiente que el representante o administrador de una sociedad o entidad estampe en la antefirma el sello de la misma con datos suficientes para identificarla, "*cuando un librador o endosante de una cambial (o de un pagaré) es una sociedad resulta suficiente, y cumple el trámite normal, la firma del representante de ella, juntamente con la mención de la estampilla de la razón social en cuya representación actúa aquél*" (SSTS 5 de abril de 2010; 19 de mayo de 2009). En la misma línea se había pronunciado la jurisprudencia, bajo el régimen del derogado art. 447 del Código de Comercio señalado que "...sin que sea necesario que los administradores de las compañías hagan mención del poder, ya que va unido a su cargo, de ahí que baste expresar en la antefirma el nombre de la entidad ("*contemplatio nomine*") para hacer visible la relación representativa frente a todos los posibles poseedores de la letra. (SS. 24 de abril de 1970; 12 de diciembre de 1985 "*a contrario sensu*"; 22 de junio de 1991; y 11 de septiembre de 2003), doctrina que puede mantenerse con la actual LCCH; toda vez los arts. 9 y 10, y por remisión en sede de pagaré el art. 96, no contiene ninguna novedad trascendente al respecto.

⁴¹ En igual sentido, MOXICA ROMAN, J., *Ley Cambiaria...*, op. cit. págs. 157 y 158, LA CASA GARCIA, R., "Mercado financiero...", op. cit. págs. 1452 y ss. En cambio, CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., "Las declaraciones...", op. cit. págs. 66 y 67 parece limitarlo a los empresarios.

Por su parte, VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.; LLORENTE, C. y SÁNCHEZ LERMA, G. A., *Práctica cambiaria*, Bosch, Barcelona, 2000, págs. 48 y 49 admiten la legitimación pasiva por firma de representante con constancia de antefirma, a la Comunidad de bienes y comunidad de propietarios págs. 65 y 66.

En esta línea, podemos resaltar la STS de 22 de junio de 1991 que admitió la aceptación de una letra de cambio, librada contra un Ayuntamiento, por su propio alcalde, que se limitó a estampar junto a su firma el sello de la propia alcaldía, estimando que fue el Ayuntamiento en cuestión quien quedó obligado cambiariamente como aceptante.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 11 de junio de 1988, admitió la responsabilidad de una comunidad de vecinos en un cambial firmada por su presidente si actúa dentro de sus atribuciones.

⁴² No obstante algún sector doctrinal entiende que la suscripción del firmante sería nula, sin perjuicio de la responsabilidad extracambiaria que hubiere podido contraer por los daños y perjuicios a terceros por tal circunstancia ex art. 1902Cc con la posibilidad que el tenedor que se hubiera relacionado directamente con el representante podrá dirigir acción cambiaria contra el dominus demostrando el carácter representativo de la suscripción realizada, así LA CASA GARCIA, R., "Mercado financiero...", op. cit. pág. 1453; VELASCO SAN PEDRO, L. A., *La representación cambiaria...* op. cit., págs. 71 y ss.

representación⁴³. Aunque, en caso de que la reclamación se efectue por un tercero de buena fe al firmante, éste no le podrá oponer la relación de representación porque ha creado una apariencia jurídica de ser titular de la declaración, por la omisión de la constancia de su representación, que ha hecho que el tercero considere que se relaciona con el firmante quien lo hizo en su propio nombre dada la literalidad del título.

En resumen, la doctrina sostiene una línea preferentemente formalista de la *contemplatio domini* frente a terceros, y más flexible entre las partes inmediatas del contrato de entrega, reduciendo inter partes la representación a una relación extracambiaria, o sea tendrían un carácter causal inter partes y abstracto respecto a terceros de buena fe⁴⁴.

4. EXAMEN DE LA AUSENCIA DE PRESUNCIÓN DE AUTORIZACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE COMPAÑÍAS

El artículo 9.II de la LCCH dispone que se presumirá que los administradores de Compañías están autorizados por el solo hecho de su nombramiento. En base a esta presunción, cuando el representado sea un empresario social, el representante no precisa la atribución de facultad expresa para obligar cambiariamente. Esta consideración tiene su razón de ser en el hecho de que las declaraciones cambiarias forman parte de los actos ordinarios de comercio y por ello se trataría de un acto de mera administración para el representante quien por su propio nombramiento tiene asignadas las facultades representativas para los actos ordinarios del comercio siempre que formen parte del giro o tráfico de la empresa,⁴⁵ pues el administrador, por el hecho de serlo no pierde su

⁴³ Cfr. ALONSO ESPINOSA, F. J., *Representación...* op. cit., págs. 31 y 32.

⁴⁴ Cfr. EIZAGUIRRE, J.M., *Derecho...*, op. cit. págs. 136 y 140; VELASCO SAN PEDRO, L., *La representación...*, op. cit. págs. 56 y ss.; ALONSO ESPINOSA, A., *Representación...*, op. cit. págs. 27 y ss.; PAZ-ARES, C., "Las excepciones...", op. cit. pág. 298; IRACULIS ARREGUI, N., "La representación..." op. cit. pág. 259 y 260; MUÑOZ MARTÍN, N., "Representación cambiaria y falta de contemplatio domini. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 13 de abril de 1991", *RDBB*, 53, 1994, pág. 204.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de septiembre de 1996 señaló que el principio de literalidad, la Ley obliga a que la *contemplatio domini* conste en el propio texto de la letra de cambio. Sabido es, no obstante, que cuando los derechos cambiarios se ejercitan entre quienes fueron parte de las relaciones subyacentes a las letras, la literalidad debe ceder a favor de la configuración de derechos y obligaciones que resulte de esas relaciones subyacentes.

⁴⁵ Cfr. PAZ-ARES, C., "Las excepciones...", op. cit. pág. 292 quien señala que el aval suele tratarse de operaciones extrañas al objeto social y por ello no habría responsabilidad de la compañía. Por su parte, en relación con el aval, ROJO, A., "El aval", *Derecho cambiario. Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, dir. Menéndez, Madrid, 1986, págs. 559 más allá del objeto social se requiere que los estatutos confieran esa facultad de avalar fuera del objeto social o un acuerdo en tal sentido de la Junta general, pero está no podrá otorgar tal facultad si los estatutos lo prohíben y por tanto son eficaces frente a terceros las limitaciones de las facultades de los administradores si están fuera del objeto social y han sido inscritas en el Registro Mercantil.

En este sentido, la reciente STS de 7 de octubre de 2014 declaró que *se presumirá que los administradores de compañías están autorizados por el sólo hecho de su nombramiento*". Esta presunción alcanza a las declaraciones cambiarias emitidas, en nombre de la sociedad, por los administradores titulares del poder de representación (orgánica). En este caso, la titularidad del poder de representación venía atribuida al consejo, que debía ejercerlo colegiadamente. Propiamente, el firmante, aunque era presidente del consejo de administración, no tenía atribuido ni legal, ni

actividad particular, sigue conservando su esfera propia de actuación de la que no puede ser privado, además habría la posibilidad de que pudiera actuar por varias empresas⁴⁶.

Ahora bien, esta presunción es una excepción al régimen general del derecho común que precisa el otorgamiento de un poder expreso y especial por lo que debe ser interpretada de modo restrictivo a los "administradores" de Compañías, es decir a "los encargados a la gestión social" (art. 120 del Código de Comercio), según la clase de sociedad (colectiva, en comandita, anónima o de responsabilidad limitada) de que se trate⁴⁷, pero no exime de la obligación de hacer constar la *contemplatio domini* con arreglo al art. 9. I LCCH⁴⁸.

Si el representado no es una compañía, la participación y consiguiente firma de las declaraciones cambiarias no puede considerarse como un mero acto de administración, por lo que será preciso poder especial para firmar letras de cambio. Un poder conferido en términos generales sería insuficiente y no permitiría la realización de declaraciones cambiarias a nombre de otro, dadas las consecuencias que conlleva la firma de una letra de cambio, por lo que sería un acto de riguroso dominio, que exige poder expreso por aplicación de la regulación general del derecho civil (art 1713 Cc)⁴⁹.

estatutariamente, ni por acuerdo de delegación de facultades del consejo, el poder de representación de la sociedad, razón por la cual no podía operar la previsión que se denuncia infringida del art. 1259Cc.

En el mismo sentido, la SAP de Toledo de 29 de febrero de 2012 sostuvo, con apoyo en el art. 129 LSA y 9 de la Primera Directiva, que el poder de representación que se confiere a los órganos sociales no es ilimitado, sino que el objeto social sigue siendo el ámbito inderogable externamente de las facultades de los administradores-representantes.

⁴⁶ Cfr. EIZAGUIRRE, J. M. de, *Derecho...*, op. cit. pág. 137; VELASCO SAN PEDRO, L. A., *La representación...*, op. cit. pág. 56 quien además añade la posibilidad de que el representante lo pueda ser de varias personas y sus actuaciones vayan dirigidas a afectar solo a alguna de ellas, IRACULIS ARREGUI, N., "La representación...", op. cit. pág. 254.

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 20 de noviembre de 2001 destacó que "admitir que el administrador queda obligado sin necesidad de hacer constar en la autofirma la cualidad con la que interviene, sería tanto como reconocer el absurdo de que los mismos no pueden nunca obligarse en nombre propio o, lo que es aún peor, concederles una facultad de opción para responder como tal administrador o como particular, según le conviniera, lo que es evidente que resulta inadmisibles, amén de ir ello contra la seguridad del tráfico mercantil y contra la buena fe del tenedor del título que puede haber aceptado el efecto teniendo en cuenta la persona libradora del mismo, si bien también es cierto que la jurisprudencia ha paliado el formalismo atendiendo como suficiente, a los efectos aludidos, la firma del representante junto con la mención de la estampilla de la razón social de la entidad en cuya representación actúa aquél (véase, entre otras muchas, STS de 24 de abril de 1970)".

Hay que destruir la posibilidad de que el firmante aceptante administrador de una compañía ha podido querer vincularse personalmente en lugar de la sociedad de la que se administra sobre todo en casos de dificultades económicas de la sociedad, en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 de julio de 2012 que consideró que la declaración cambiaria la emitió en nombre propio y para vincularse personalmente a la obligación que generó el título, y así se preceptúa en los artículos 8 y 9 de la L.C.CH. (aplicable a los pagarés a tenor de lo dispuesto en el art. 96 de la citada Ley), y ello va dirigido a proteger la buena fe del poseedor del título que puede haber aceptado el mismo teniendo en cuenta la situación patrimonial del firmante y no de la mercantil a quien se suministró las mercancías origen de los mismo, y dicho razonamiento se compadece con el hecho de que posteriormente T. S.L. fuera declarada en concurso. Igualmente debe precisar la sociedad por la que firma cuando ostenta la representación de varias, pues no podría derivarse del título por cual lo hace, vid. SAP de Palma de Mallorca de 23 junio de 2006.

⁴⁷ Vid. GARRIGUES, J., *Tratado...*, op. cit. pág. 277 considera que con la presunción del art. 447 hoy 9.II se eluden todos los problemas derivados de la interpretación de los estatutos sociales.

⁴⁸ Cfr. GARRIGUES, J., *Tratado...*, op. cit. pág. 277 en relación con la presunción del art 447 Cco, hoy 9.II LCCH.

⁴⁹ Así, CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., "Las declaraciones...", op. cit. pág. 66.

La regulación del art. 9.II tiene su fundamento jurídico mercantil en el artículo 286 Cco, en virtud del cual lo hecho por el factor notorio dentro del giro o tráfico de la empresa se entenderá efectuado por cuenta del empresario aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlo⁵⁰, y la amplitud del poder de representación de los administradores de sociedades de capital que les atribuye el art. 234 LSC. Todo ello conlleva que la firma del administrador de una compañía puesta en la letra o pagaré para pago de una obligación de la sociedad, se debiera entender hecha por cuenta de la misma, salvo que se pruebe ser otra la voluntad del firmante que quiso asumir personalmente la deuda.

Lógicamente, las letras, pagarés o cheques firmados por administradores de sociedades de capital en nombre de éstas, se regirán por las normas societarias sobre el ámbito del poder de representación del órgano de administración, con el consiguiente efecto protector de los terceros con arreglo art. 234 LSC⁵¹.

En sentido similar, la DGRN señala que el alcance de las facultades representativas de los administradores de las sociedades mercantiles, en concreto el consejero-delegado, se fundamenta por el derecho positivo en los artículos 21, 281 y siguientes del Código de Comercio, artículo 9.2 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque; 128 y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas y 63 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 9 y 124 del Reglamento del Registro

⁵⁰ Cfr. STS de 9 de febrero de 1984.

⁵¹ Cfr. DIAZ MORENO, A. y NUÑEZ LOZANO, P. L., “Las declaraciones cambiarias”, en VV. AA., *Derecho cambiario*, E. M. (dir.), Senés Motilla, M. C. (dir.), Campuzano Laguillo, A. B., (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 85 y ss.

La STS de 16 de junio de 1998 estaca esta situación al considera que es evidente que el aludido representante, D. J.I.M.F., tenía poderes bastantes para firmar el contrato de opción de compra, pero, en todo caso, siendo como era Administrador de la Sociedad obligada a la misma al cumplimiento de lo pactado en relación con quienes actuaban de buena fe (art. 129 LSA), por lo que debe concluirse que existió por parte de la sociedad y de sus socios, consentimiento suficiente para que les obligue el contrato de opción de compra firmado. Indubitado el carácter de Consejero-Delegado de A S.A. de don E.L.M.A., quien en nombre de la sociedad avaló las letras de cambio representativas del pago del precio aplazado de la compraventa, sin que en ningún momento se haya alegado y, menos aún, probado la existencia de mala fe en el vendedor cuyo derecho al cobro del precio así se garantizaba, viene obligada la sociedad avalista a soportar las consecuencias de su declaración cambiaria, sin perjuicio de las acciones que puedan asistirle frente a su representante legal.

Mercantil y 1715 y siguientes del Código Civil⁵². Igualmente tiene su apoyo en el artículo 9 de la Primera Directiva Comunitaria en materia de sociedades⁵³.

El Anteproyecto en el art. 610-8 sobre firma sin poder o con poder insuficiente hace la más mínima referencia a esta presunción⁵⁴. Esta omisión tiene justificada su razón de ser ya que no aporta nada, siendo una mera reproducción de los preceptos generales aplicables en materia de representación mercantil. Se trata de un precepto que reproduce literalmente el art. 447 del Cco de 1885 y nos es más que un reflejo de normas del derecho común o generales del derecho de sociedades, 234 LSC, y cuya redacción que no aporta nada y carece de referente en la Ley Uniforme de Ginebra⁵⁵, por lo que aún en ausencia del mismo el principio de rigor formal de las declaraciones cambiarias la solución no diferiría en nada⁵⁶.

5. LA RATIFICACIÓN

La novedad más importante de la actual redacción del Anteproyecto en materia de representación en los títulos valores es haber introducido en el artículo 610-8. 2 la institución de la ratificación, reconociendo de manera literal que la ratificación por parte del representado de la firma efectuada por el representante sin poder o con poder

⁵² Cfr. Las resoluciones de la DGRN de 28 de noviembre de 2003 con referencia a las de 1 de julio de 1976, 2 de octubre de 1981, 31 de marzo de 1986, 12 de mayo de 1989 y la más reciente de 3 de octubre de 1994.

⁵³ El artículo 9 de la Primera Directiva del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (68/151/CEE) (DOCE, L 65, DEL 14) señala que la sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos excedan los poderes que la ley atribuya o permita atribuir a estos órganos. No obstante, los Estados miembros podrán prever que la sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social, si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba. Las limitaciones a los poderes de los órganos de la sociedad, resultantes de los órganos competentes, no se podrán oponer frente a terceros, incluso si se hubieran publicado. Si la legislación nacional previera que el poder de representación de la sociedad puede atribuirse, no obstante la regla legal en la materia, por los estatutos a una o a varias personas que actúen conjuntamente, esta legislación podrá prever la oponibilidad de esta disposición de los estatutos frente a terceros, a condición de que se refiera al poder general de representación; la oponibilidad de tal disposición estatutaria frente a terceros estará regulada por las disposiciones del artículo 3.

⁵⁴ El art. 610.8 del Anteproyecto recoge que el que sin poder o con poder insuficiente firme en nombre de otro un título que documente una obligación de pago quedará obligado como si hubiera obrado en nombre propio y, si hiciera frente a esa obligación, tendrá los mismos derechos que tendría el supuesto representado. Si el poder fuera insuficiente, el representado quedará obligado dentro de los límites del poder.

2. La ratificación por parte del representado de la firma efectuada por el representante sin poder o con poder insuficiente retrotraerá los efectos a la fecha de la suscripción. La ratificación deberá ser expresa y realizarse en el propio título o en un suplemento.

⁵⁵ Así, GARCIA LUENGO, R. y SOTO VAZQUEZ, R., *El nuevo régimen...*, op. cit. pág. 25.

⁵⁶ Cfr. EIZAGUIRRE, J. M. de, *Derecho...*, op. cit., pág. 135 y 137, considera que se trata de un precepto superfluo; por su parte, ALONSO ESPINOSA, F. J., *Representación...*, op. cit., pág. 10 destaca que el art. 9.II se evidente y no aporta nada.

En cambio, GARRIGUES, J., *Tratado...*, op. cit. pág. 277 considera que con la presunción del art. 447 hoy 9.II se eluden todos los problemas derivados de la interpretación de los estatutos sociales.

insuficiente retrotraerá los efectos a la fecha de la suscripción y, desde el punto de vista formal, dispone que ha de ser expresa y realizarse en el propio título o en un suplemento.

La ratificación supone una declaración de voluntad, unilateral y recepticia del supuesto representado que puede ser expresa o tácita y se integra con las declaraciones previamente efectuadas por su representante sin poder, con poder insuficiente o no acreditado y el tercero con quien contrató, perfeccionando el negocio jurídico celebrado por éstos y asumiendo sus consecuencias⁵⁷.

Nuestro derecho, actualmente, no regula de forma expresa esta figura jurídica, ni en el Código Civil ni el Código de Comercio la figura de la ratificación⁵⁸, aunque la era admitida por la doctrina⁵⁹. La ratificación, desde la perspectiva del derecho común, puede realizarse a través de representante y ser expresa o tácita. Igualmente, la jurisprudencia señala que puede ser expresa o de hechos concluyentes para que pueda convalidar el negocio jurídico nulo efectuado por el apoderado ex art. 1259 del Código Civil⁶⁰. La ratificación tácita será cuando el mandante acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización, poniendo de manifiesto con ello su consentimiento a lo que se realizó excediéndose⁶¹, o si el mandante se aprovecha de los actos celebrados por el mandatario extralimitándose de las facultades conferidas por el mandato; así como en aquellos otros en los que la ratificación se desprende de sus actos concluyentes o inequívocos⁶², por lo que el contrato no puede reputarse como inexistente y queda de esta forma dotado de validez.

El texto del Anteproyecto omite la ratificación tácita, e impone que debe ser realizada en el propio título. La ratificación expresa, desde la consideración del derecho común, deberá realizarse con sometimiento a los mismos requisitos de forma que requiera el negocio a ratificar. Pero, nuestra legislación de títulos valores no es excesivamente formalista y hay declaraciones cambiarias que no requieren de especiales formalidades. Por ello se ha sostenido que si lo pretendido es suplir a posterior la ausencia de poder bastará con cumplir las formalidades del poder no del negocio

⁵⁷ Sobre la institución de la ratificación en derecho común, vid. DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Ed. Civitas reimpresión, Madrid, 1979, pp. 220 y ss.

⁵⁸ Como referencias a la ratificación, podemos mencionar en el Código Civil, el artículo 439 en relación con la posesión, el artículo 1259 en materia de contratos en general, el artículo 1727 para el mandato el artículo 1892 respecto a los cuasicontratos. En el Código de Comercio se hace referencia la ratificación en el art. 144 en relación a los daños a las compañías por un socio. El art. 343 respecto las cantidades entregadas en señal de un contrato de compraventa. Los arts. 561 y 562 sobre auto judicial en caso de robo, hurto o extravío de los títulos. La LCCH carece de referencia a la ratificación. Sí, en cambio, el actual Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, así el artículo 236, en relación con la ausencia de exoneración de responsabilidad de los administradores, el artículo 409 sobre suscripción de las obligaciones y el artículo 526 respecto al ejercicio del derecho de voto por administrador en caso de solicitud pública de representación.

⁵⁹ Cfr. Por todos, SANCHEZ CALERO, F.; “Las excepciones cambiarias”, *RDBB*, 1988, pág. 49; VELASCO SAN PEDRO, L. A., *La representación ...*, op. cit., págs. 103; PAZ-ARES, C., *Las excepciones...*, op. cit. pág. 291.

⁶⁰ Cfr. STS 27 de diciembre de 1999, con referencias a las sentencias de 20 de junio de 1894, 7 de mayo de 1897, 26 de junio de 1905, 23 de enero de 1943, 4 de julio de 1944, 4 de enero de 1947, 13 de diciembre de 1965.

⁶¹ Vid. SSTS de 5 de abril 1950; 27 mayo 1958; 10 octubre 1963; 25 octubre 1975; 10 de mayo 1984; y 2 de octubre de 1995, entre otras.

⁶² SSTS de 14 de junio de 1974, 23 de octubre de 1990, 27 de diciembre de 1999, 13 de junio de 2002.

principal⁶³. Consideramos con arreglo a lo expuesto anteriormente para la representación, pues la ratificación es una representación *ex post*⁶⁴, que no tendría razón jurídica admitir la representación tácita con carácter general, al amparo de lo previsto en el actual art. 9 LCCH y que reproduce el texto del Anteproyecto y no dar validez a la ratificación hecha de manera tácita o por actos concluyentes.

Permitir la ratificación tácita supone mejorar la posición del acreedor cambiario, es la postura acorde con lo establecido para *contemplatio domini*, además se reconoce la ratificación tácita en el derecho común art. 1727 Cc, no parece que el Anteproyecto pretenda establecer en materia de representación cambiaria un régimen especial que derogue al régimen general del Cc, pues no tendría lógica suprimir la presunción del art. 9.II por ser superfluo y no añadir nada al derecho común al que se remite, y en cambio, no permitir la ratificación hecha de manera tácita⁶⁵. La jurisprudencia reciente reconoce validez a la ratificación tácita en el ámbito de la representación cambiaria. En este sentido, la STS de 7 de octubre de 2014 va más allá y considera el mero silencio como equivalente a la ratificación tácita eficaz, declarando que sin perjuicio de que los actos posteriores, en concreto el que el órgano de administración de la sociedad no hubiera manifestado nada en contra de este aval, pese a conocerlo, ni se hubiera opuesto cuando se interpuso en el juicio cambiario puedan considerarse concluyentes de una ratificación tácita⁶⁶.

Desde el punto de vista formal, la ratificación se somete a los mismos requisitos de forma del poder, puesto que viene a suplir a posteriori la previa inexistencia de poder y producirse dentro del término señalado en el negocio que se trata de consolidar o, en otro caso, será tiempo hábil el que transcurra hasta tanto no sea revocado el negocio por la otra parte contratante y, en general, el tiempo debe ceñirse al que racionalmente resulte suficiente en cada supuesto y no procederá una vez trabada la litis entre el acreedor y el pretendido representante. En el ámbito, cambiario parece acertado que la ratificación se podrá efectuar hasta el momento de entablarse las acciones cambiarias pues de lo contrario se podría perjudicar al tomador, salvo que este voluntariamente acepte la ratificación intempestiva por considerarla más favorable para sus intereses⁶⁷.

La ratificación perfecciona el negocio jurídico celebrado por el gestor y el tercero. Esta perfección tiene eficacia retroactiva, aunque se carezca de base legal

⁶³ Así, para el derecho común, DÍEZ PICAZO, L., *La representación...*, op. cit. pág. 226.

⁶⁴ Así, en el ámbito de la representación cambiaria, PAZ-ARES, C., *Las excepciones...*, op. cit. pág. 291 declara que la relación de poder que faltaba en el momento de la suscripción se constituya posteriormente por medio de la ratificación art. 1259 Cc; VELASCO SAN PEDRO, L. A., *La representación...*, op. cit., págs. 103.

⁶⁵ Vid. VELASCO SAN PEDRO, L. A., *La representación...*, op. cit., págs. 104 admite expresamente la ratificación tácita bajo el régimen de la LCCH.

⁶⁶ Los hechos de la STS de 7 de octubre de 2014 corresponden a una sociedad cuyo órgano de administración adopta la forma de consejo de administración, y la atribución del poder de representación se rige por la regla prevista en la letra d) del art. 233 LSC prevé que pueda haber una delegación de facultades por parte del consejo a uno o varios miembros: "cuando el consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación". Pero el presidente no había recibido el poder de representación mediante una delegación de facultades por parte del consejo.

⁶⁷ En este sentido, VELASCO SAN PEDRO, L. A., *La representación...*, op. cit., págs. 105 considera que una vez entabladas las acciones la ratificación perjudicará más que beneficiará al tomador.

concreta, es decir que el negocio se tiene por válido y eficaz desde que se celebró. Acaso se puede encontrar apoyo esta conclusión en el supuesto del art. 1120 C.C., que guarda analogía con el problema que contemplamos. Esta regla general puede quedar modificada como consecuencia de la voluntad expresa de las partes o del proceso de interpretación del negocio⁶⁸. El principal puede, a posteriori, aceptar la actuación del gestor o asumir sus consecuencias. La actuación del gestor se transforma entonces en actuación plenamente representativa y despliega, en el orden de la representación, todos los efectos que son propios de ésta la obligación del pseudo representante tiene como finalidad proteger o tutelar al portador del título, por lo que mal puede de ella derivarse la imposibilidad de una ratificación que, en la generalidad de los casos, favorecerá al acreedor cambiario⁶⁹.

El efecto propio de la ratificación consiste en hacer que las cosas discurran entre mandante y mandatario, así como entre el mandante, representado y terceros, como si la actuación realizada por el mandatario hubiese sido realizada dentro de los estrictos límites conferidos por el mandato y, en su caso, actuando en representación del mandante. En tal sentido, la ratificación salva las carencias de la actuación anómala del representante, tanto la ausencia de poder de representación (art. 1259 Cc), como el exceso o extra-limitación en el mandato (art. 1727 Cc), así como la inexistencia del mismo e incluso la falta de utilidad en la gestión de negocio ajenos sin mandato (arts. 1892 y 1893 Cc)⁷⁰.

En igual sentido, la jurisprudencia afirma que el principal efecto de la ratificación es la consideración del negocio como válido y eficaz con lo que el negocio concluido en nombre del representado sin poder de representación, o con extralimitación de poder, puede ser ratificado por la persona a cuyo nombre se otorgó, de tal manera que dicha ratificación confiere plena eficacia a un negocio que se celebró con falta de un elemento esencial, pero que puede aparecer «a posteriori», cual es el consentimiento del principal o representado⁷¹. Igualmente, creemos que es posible ratificar por el representado lo realizado por el representante en caso de ausencia de la *contemplatio domini* ya que si es posible ratificar lo actuado sin poder o incluso con poder pero insuficiente, parece evidente que lo realizado por el firmante que ostenta representación pero no lo hace constar en el título valor también deber ser susceptible de ratificación. La retroacción será al momento de la suscripción de la obligación cambiaria efectuada por el representante que es acto que subsana la ratificación posterior⁷².

Pero, la ratificación no perjudica los derechos adquiridos por terceros durante el

⁶⁸ Reiteradas veces ha venido diciendo la jurisprudencia que la ratificación opera retroactivamente: SSTS 22 de diciembre de 1977, 10 de mayo de 1979, 23 de octubre de 1980, entre otras.

⁶⁹ No olvidemos que el preámbulo de la LCCH IV y V señalan que sus fines son fortalecer la posición jurídica del acreedor cambiario y mayor rigor con el deudor.

⁷⁰ Cfr. GORDILLO CAÑAS, *Comentario del CC*, T. II, art. 1727, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1569.

⁷¹ Vid. entre otras, las SSTS de 14 de diciembre de 1940, 7 de julio de 1944, 10 de octubre de 1963 y 27 de diciembre de 1966.

⁷² Así, bajo el régimen del art. 9 LCCH, SANCHEZ CALERO, F.; “Las excepciones cambiarias”, *RDBB*, 1988, pág. 49; VELASCO SAN PEDRO, L. A., *La representación...*, op. cit., págs. 104.

tiempo que media entre la celebración del negocio y la ratificación⁷³, en consecuencia tiene una retroacción absoluta, salvo lo que resulte de aplicar las reglas generales de protección de terceros, por cuya razón encontraremos supuestos en que la retracción no podrá ser eficaz frente a tales terceros. Sus efectos no se producen desde que se realiza la ratificación sino desde que fue puesta la firma en el título valor por el representante sin poder o con poder insuficiente, esto es con carácter retroactivo⁷⁴, ahora bien la eficacia retroactiva no puede perjudicar los derechos adquiridos por terceros durante el tiempo que media entre la celebración del negocio y la ratificación.

⁷³ Lo han señalado expresamente las SSTS de 2 de julio de 1954, 25 de junio de 1946, 3 de marzo de 1953 y 23 de octubre de 1980.

⁷⁴ Vid. las SSTS de 2 de julio de 1954, 25 de junio de 1946, 3 de marzo de 1953, 23 de octubre de 1980, entre otras.

La STS de 7 de octubre de 2014 reconoce expresamente la eficacia retroactiva de la ratificación en materia de representación cambiaria.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS VALORES MOBILIARIOS EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

NURIA FERNÁNDEZ PÉREZ*

Resumen

Por vez primera se contempla una regulación de los valores mobiliarios, como categoría específica dentro de los títulos-valores. Se trata de un régimen general, que recoge en parte el existente respecto de las acciones. Hay importantes novedades en general respecto del régimen existente, pero también respecto al recogido en la Propuesta de Código Mercantil presentado por la Comisión General de Codificación. En particular, en materia de representación mediante anotaciones en cuenta. También resultan destacables las significativas variaciones en materia de obligaciones al objeto básicamente de fomentar esta vía de financiación para las sociedades. Entre otras, la posibilidad de emisión para todo tipo de sociedades de capital, la supresión de los límites máximos de emisión, la posibilidad de emitir obligaciones subordinadas y canjeables, y la competencia en la emisión de las mismas. Finalmente, se contempla expresamente la regulación del depósito de valores.

Contenido

1. Consideraciones introductorias: el valor mobiliario como título-valor. – 2. Noción de valor mobiliario. – 3. Forma de representación. – 3.1. Valores mobiliarios representados mediante títulos. – 3.2. Acciones. – 3.3. Obligaciones. – 3.3.1. Régimen general. – 3.3.2. En particular, obligaciones convertibles y obligaciones canjeables. – 3.3.3. El comisario. – 3.3.4 .El sindicato de obligacionistas. – 3.4. Valores representados mediante anotaciones en cuenta. – 4. El depósito de valores.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: EL VALOR MOBILIARIO COMO TÍTULO-VALOR

Los valores mobiliarios vienen regulados en el Título V del libro VI relativo a los títulos-valores e instrumentos de pago y de crédito (artículos 651-1 a 651-4). La inclusión del concepto de título-valor supone una de las novedades más significativas de la propuesta realizada por la Comisión General de Codificación y que recoge el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil¹. Como también lo es, la inclusión de un régimen para la categoría del valor mobiliario, al que se dota de un concepto y un régimen jurídico propio.

* Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Alicante.

¹ Sobre la regulación del título valor en el Anteproyecto y las diferencias en relación con la Propuesta de Código Mercantil, vid. por todos, ROJO, A., «Los títulos valores» en Hacia un nuevo Código Mercantil (coor. A. Bercovitz), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs.583 y ss.

La primera cuestión a tener en cuenta, es que el Código se limita a regular, siguiendo la filosofía que inspira el mismo, únicamente las relaciones negociales desde la óptica del Derecho Privado. De forma muy expresiva en la Exposición de Motivos se indica que «solo se ocupa de las relaciones de coordinación entre particulares que se vinculan entre sí en un plano de igualdad, relaciones, que afectan al ejercicio y a la circulación de los derechos representados en el valor mobiliario» (VII-19). No se atiende por tanto a la perspectiva institucional que regula el valor mobiliario como objeto de negociación en los mercados y que persigue el interés de protección de los inversores y del correcto funcionamiento de los mismos. Esa vertiente de carácter jurídico-público queda reservada a la Ley del Mercado de Valores y su normativa de desarrollo, que desde ese punto de vista, conserva toda su validez. Es más, frente a la propuesta de la Comisión General de Codificación que incluía un Título VIII en el Libro V relativo a los “Contratos” titulado “De las operaciones en el mercado de Valores” y, en el que se contenían una serie de principios generales así como las operaciones que se desarrollan en los mercados de valores, se ha optado por su supresión en el Anteproyecto de Código Mercantil, lo que influye en el tema que nos ocupa, al eliminarse en el Código la noción de “valor” que dentro de esos principios generales se contenía, como indicaremos con posterioridad.

La concepción que acoge el Anteproyecto de Código Mercantil es una concepción novedosa. Se venía hablando del valor mobiliario como superación del título valor. A su vez, del valor negociable como de aquel valor mobiliario en el que concurren dos características adicionales. Y finalmente, del instrumento financiero² como categoría que permite la aplicación de la normativa tuitiva a valores que no cumplen las características de los valores negociables pero que requieren de supervisión

En el Código proyectado se apuesta por una nueva concepción, que es la de que la naturaleza jurídica de los valores mobiliarios, tanto los representados en títulos, como en anotaciones contables, es la de “títulos-valores”, en una suerte de relación género-especie³. Hasta ahora, la construcción dogmática del valor mobiliario partía de la superación de la categoría del título valor⁴. Categoría que, por otra parte, había surgido como una invención de enorme importancia, en la medida que se configuran como instrumentos que permiten ágilmente la circulación de los derechos que incorporan. Su funcionalidad devenía, por un lado, al establecer la legitimación activa del titular del título, permitiéndole transmitir sus derechos aplicando reglas, que con anterioridad, sólo eran aplicables a la transmisión de muebles. Por otro, cosificaba el documento y la relación jurídica que incorporaba, de tal modo que venía a ser el reflejo de una vinculación personal. Como es sobradamente conocido, el crecimiento de las operaciones mercantiles, y especialmente mobiliarias, hizo que la aplicación de las reglas propias del tráfico de cosas desembocara en un auténtico

² FERNÁNDEZ PÉREZ, NURIA, *La protección jurídica del accionista inversor*, Aranzadi, Pamplona, 2000, págs., 62-71.

³ Se trata, como apunta ROJO, A., «Los títulos valores», pp. 584-586, del «criterio de la generalización», que significa convertir esta categoría conceptual en categoría legal y general, y que junto con el criterio de los «*soportes alternativos*» y el de modernizar el régimen jurídico de los títulos valores, constituyen los tres criterios fundamentales sobre los que se asienta la nueva regulación.

⁴ Vid. las reflexiones de CORTÉS GARCÍA, E., *La desmaterialización de los títulos valores*, Valladolid, 2002.

colapso del mercado, particularmente en los sectores bancario y bursátil en los que afluyó una cantidad superior de riqueza. Ello dio lugar a que se plantearan alternativas a los títulos-valores, tanto a nivel nacional como comparado, dado que la denominada «*crisis del papel*» se dejó sentir por igual en todos los países con cierto nivel de desarrollo, evolucionándose hasta la nueva categoría de las anotaciones en cuenta⁵.

El artículo 610-1 del Anteproyecto de Código Mercantil dispone que «los títulos valores son aquellos documentos necesarios para el ejercicio del derecho patrimonial en ellos representado, librados o emitidos facilitar la circulación de ese derecho». Aunque en la definición no se hace referencia alguna ni a la autonomía del título ni a su literalidad, lo cierto es que ambas son notas esenciales de la teoría del título. Por otra parte, se indica en la definición que «*librados o emitidos..*». De este modo se permite que el título pueda tener como soporte el papel (librar) y también puede constar en soporte electrónico (emitir). En este sentido, el Anteproyecto, siguiendo la Propuesta de la Comisión General de Codificación aglutina bajo la noción de título valor, tanto lo que en la actualidad conocemos como títulos valores (letras, pagarés, acciones representadas mediante títulos) como valores mobiliarios (acciones representadas anotaciones en cuenta, bonos del estado)⁶. Unificación que debe ser valorada de forma positiva en cuanto la forma de representación no implica una naturaleza distinta, en la medida que ambos instrumentos cumplen la misma función, facilitar la circulación de estos derechos, así como su gestión en los casos de las grandes series de títulos/valores emitidos⁷. En consecuencia, sí resulta razonable referirse a ambos a través de un término común, pues con él se está haciendo referencia a una categoría jurídica dotada de características comunes a todos sus integrantes. El hecho de que se opte por esta concepción unitaria, no obstante, no significa que exista un régimen idéntico para todas las clases que integran la categoría, sino que es preciso tener presentes las particularidades de algunas de ellas en relación con aspectos del régimen tales como la protección del adquirente de buena fe o la oponibilidad de las excepciones por el emisor.

⁵ OLIVENCIA, «La incorporación del derecho al título y su desincorporación (análisis histórico y dogmático)» en AAVV. *Anotaciones en cuenta de deuda del Estado*, Madrid 1987, p. 18. En el mismo sentido, BROSETA, M., *Estudios de Derecho Bursátil, Depósito y administración de valores. Operaciones bursátiles entre plazas*, Tecnos, Madrid, 1973, pág. 45.

⁶ El Anteproyecto de Código Mercantil, siguiendo la Propuesta de la Comisión contempla con carácter general dos clasificaciones distintas. La primera de ellas es la que hace referencia a la posibilidad de emitir valores en serie o hacerlo de forma aislada. Así, dispone el artículo 610-3 de la Propuesta, los títulos valores pueden ser valores mobiliarios emitidos en serie (las acciones, las obligaciones o los bonos de estado a los que antes se ha hecho mención) o efectos de comercio emitidos de forma aislada o separada (letra de cambio, cheque o pagaré). Cuando los títulos valores se libran de forma aislada suelen recibir la denominación de efectos de comercio, mientras que cuando se emiten en serie reciben el nombre de valores mobiliarios. Ambos tipos pertenecen a la categoría común de los títulos valores.

⁷ Vid. las observaciones de PAZ-ARES, C., «La desincorporación de los títulos-valor», RDM 219[1996], págs. 7 y ss.. Es cierto, por otra parte, que los autores que se han ocupado del tema se alejan cada vez más de la idea de la “cosificación” y de la incorporación del derecho al papel., al considerar que se trata de una construcción demasiado imprecisa y que tampoco resulta útil. Vid. PÉREZ MILLÁN, D., «Reflexiones críticas en torno al concepto de título valor», en *Liber amicorum Prof. José María Gondra Romero*, Madrid, 2012, págs. 365 y ss., y del mismo autor, «Codificación y descodificación de los títulos valores», RDM, 289[2013], págs. 41 y ss.

En este contexto, la idea que subyace en la reforma propuesta es la de crear una normativa jurídico privada relativa al ejercicio y circulación de derechos patrimoniales, más ágil y protectora para el adquirente que la prevista en el Derecho Civil, partiendo para ello de la consideración del valor mobiliario como título-valor, con independencia de su forma de representación. No se opta, sin embargo, por acoger una noción de Derecho-valor, presente en otros países como Alemania, en virtud de la cual se agruparían los principios y reglas propios de los títulos valor y de las anotaciones en cuenta. Las particularidades de la anotación en cuenta frente a la noción de título valor, ha requerido de adaptaciones del régimen general previsto para los títulos-valor en la propuesta.

2. NOCIÓN DE VALOR MOBILIARIO

En el artículo 651-1 se da una noción de valor mobiliario, en la que se establece que «son los títulos-valores emitidos en serie con la finalidad de captación de recursos financieros». De este concepto se deducen las dos notas definitorias de la categoría: su emisión en serie y su función económica.

La primera característica que singulariza a los valores mobiliarios respecto de la categoría general de los títulos valores es su emisión en serie. En este sentido, cabe señalar que en la redacción de la propuesta de la Comisión la definición se remitía a las características previstas en el Título I, del libro VI, relativo a los títulos –valores, y se recogía que existe emisión en serie, «cuando se creen y pongan en circulación títulos-valores sustancialmente homogéneos, en una misma operación financiera o en varias operaciones que respondan a una unidad de propósito, aunque la emisión se fraccione en tramos o esté prevista una ampliación». Esta definición aun no manteniéndose en el texto actual nos resulta de utilidad. Aunque en realidad de ella se desprende la que es la segunda nota definitoria que viene recogida en el art. 651-1, que puede decirse que es el rasgo verdaderamente distintivo de los valores mobiliarios, respecto del resto de los títulos valores, su función económica consistente en la captación de inversión. Así, expresamente viene establecido en la Exposición de Motivos, en la que se alude, al «elemento funcional, que es el destino del valor mobiliario a la captación de la inversión en virtud de un negocio de emisión..» (VII-18).

Además, de forma acertada, no se identifica la homogeneidad con la identidad y en este sentido, el apartado segundo del artículo 651-2.2 alude a que se consideran homogéneos aquellos «que teniendo igual naturaleza y régimen de transmisión, atribuyen a sus titulares un derecho de contenido similar». No hay además hay motivo para considerar integrados en la misma emisión valores que pueden tener rasgos diferentes como el tipo de interés o valor nominal, fecha de emisión o de entrega, determinación del precio de emisión, procedimiento de colocación o cualesquiera otros aspectos accesorios. Y así viene recogido en el apartado tercero en el que se indica que «No afectarán a la homogeneidad las diferencias en el valor nominal, fecha de emisión o de entrega, determinación del precio de emisión, procedimiento de colocación o cualquiera otros aspectos accesorios».

Sentado el concepto, el Anteproyecto de Código Mercantil establece como principio general en esta materia el de la tipicidad en el artículo 651-3, entendida en el

sentido de que existen un *numerus clausus* de valores mobiliarios, que son los que el Código reconoce como tal. El problema es que junto con el principio general se acoge una matización, en virtud de la cual este principio opera «sin perjuicio de la solución que la cuestión merezca en la regulación de los mercados de valores en relación con los valores mobiliarios». El principio general es consecuente con el hecho de que el código pretenda regular únicamente la vertiente estrictamente privada de la relación entre emisor del valor e inversor, al margen de la normativa que al respecto y por intereses de protección de este último y de la transparencia deba dictarse en el marco del conocido como Derecho del Mercado de Valores. Sin embargo, es que con este nuevo inciso parece que podría admitirse la libre creación de valores mobiliarios, lo que ha sido objeto de duras y, acertadas, críticas por parte de los redactores de la propuesta original⁸. Y en consecuencia, el régimen jurídico de los valores mobiliarios será el previsto, en primer lugar, por las normas legales que regulen la clase de valor de que se trate; supletoriamente, por las normas contenidas en el título relativo a los valores mobiliarios; y en defecto, por las normas generales sobre títulos-valores.

Debe valorarse positivamente, a mi juicio, la supresión de un concepto general de valor que aparecía en la propuesta de la Comisión General de Codificación, dentro de los denominados principios generales que inspiran las operaciones en el mercado de Valores (art. 581-1), y a partir de la cual se elaboraba la de instrumento financiero. Así se entendía como tal «derechos nacidos de una relación contractual, de contenido económico, incorporados a títulos o representados por medio de anotaciones en cuenta». Para añadir a continuación, que los valores, tanto si se encuentran agrupados en emisiones, como si se crean individualizadamente, tienen la consideración de instrumentos financieros⁹. Bien es cierto, que desaparece como categoría general, pero aparece sorpresivamente en el artículo 655-1 en el que se alude al ámbito de aplicación del depósito de valores. Sin perjuicio de un comentario posterior sobre este aspecto, lo cierto es que alude la custodia y administración «de los valores u otros instrumentos financieros entregados por el depositante» en el apartado primero; y en el segundo vuelve a retomar en sus términos exactos la definición anteriormente señalada que aparecía dentro de los principios generales. Mención que no se entiende cuando se ha suprimido el capítulo II ya indicado¹⁰.

⁸ Vid. RECALDE CASTELLS, A., «Los valores mobiliarios», en *Hacia un nuevo Código Mercantil* (Coor. A. Bercovitz), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 602-603.

⁹ Por tanto, tal y como ocurre con la regulación actual, los mercados de valores son aquellos mercados en los que se negocian instrumentos financieros. Se trata esta de una categoría que se introdujo en la Ley del Mercado de Valores, tras su reforma por la Ley 37/1998, con la finalidad de ampliar el ámbito de aplicación de la ley, al extender a instrumentos en los que no concurría las notas propias de los valores negociables las reglas de transparencia y los controles impuestos por la norma, con un marcado carácter tutelar de los mercados y los inversores

¹⁰ En él, al aludir a la variedad de instrumentos financieros, se señalaba que hay de dos tipos: los valores, omitiendo la referencia que en la LMV (art. 2) se hace a los valores negociables y ni siquiera a la propia de valor mobiliario, que aparece recogida en el Libro Sexto. El motivo de la Comisión parece que es el intento de desvinculación con el funcionamiento de los mercados de valores, aun cuando estamos en un capítulo dedicado precisamente a las operaciones en los mismos; y, los «contratos de opción, futuro o permuta cuyo subyacente sea financiero, o no siéndolo, se liquiden en efectivo, o siendo su liquidación en especie, se negocien en un sistema multilateral de negociación o se liquiden a través de cámaras de compensación reconocidas o sean objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía. También tienen

Se omite como se ve cualquier referencia a su negociación posterior, al considerar que se trata de cuestiones sobre las que debe aplicarse la normativa propia del mercado de valores. Y tal es así, que cuando se define valor mobiliario en el artículo 651-1, únicamente se establece que serán valores mobiliarios los títulos valores emitidos en serie que reúnan las características enunciadas con carácter general para los títulos valores en el Título I del libro VI. Por tanto, frente a la categoría general de los títulos valores, el valor mobiliario representa una subcategoría cuya característica es la emisión en serie.

A la vista de las consideraciones precedentes, si bien es cierto que el concepto de instrumento financiero puede tener esa función omnicompreensiva que permite aplicar el régimen previsto en la LMV, así como la supervisión de la CNMV a un grupo homogéneo de valores y otros instrumentos, no se puede decir lo mismo del concepto de valor que se había recogido por la Comisión General de Codificación. No resultaba entendible la razón por la cual se utiliza el concepto de valor mobiliario, y se hace una llamada al valor negociable, haciendo alusión a cuatro categorías: la general de valor – aunque se mantiene una referencia al aludir al depósito-, la de valor mobiliario, la de valor negociable que se mantiene (vgr. artículo 587-1) y la de instrumento financiero¹¹.

3. FORMA DE REPRESENTACIÓN

De la misma forma que en el sistema vigente, existe libertad para representar los valores mobiliarios de modo, que podrá optarse por representarlos por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta (art. 652-1). Como importante novedad frente al régimen actual, es posible cambiar la forma de representación contando con el acuerdo de la entidad emisora, frente al sistema actual que parte de la irreversibilidad del sistema de anotaciones en cuenta (art. 652-5). Esta regla de la irreversibilidad había demostrado su inutilidad, porque esto es lo que venía sucediendo de forma habitual en los supuestos de exclusión de cotización de las sociedades cotizadas. Se convierte por tanto en regular lo que venía siendo práctica habitual.

Como excepción al principio general de libertad de elección, se establece el sistema de anotaciones en cuenta como obligatorio en los supuestos de cotización en un mercado secundario oficial o en un sistema multimodal de negociación debidamente reconocido, y en aquellos casos que determine la ley; con la particularidad, lo que si supone una novedad, que, debiendo en todo caso optarse por una de esas formas en el caso de la misma emisión.

Sólo cuando los valores están representados de una de las dos formas señaladas, podemos considerar que existe el valor mobiliario. Hasta ese momento concreto carecen de

tal consideración los contratos para la transferencia de riesgo de crédito y los contratos financieros por diferencias».

¹¹ Sobre la delimitación del concepto de valor y su relación con los instrumentos financieros de nueva creación, resulta de interés el trabajo de RECALDE CASTELLS, A., «Acotación del Derecho de los mercados de “valores” y de “instrumentos financieros”, en tiempos de cambio (supervisión, transparencia y nuevos productos financieros), RDBB, 118 [2010], págs. 9 y ss.

esa consideración y la transmisión de derechos se realizará, conforme establece el artículo 652-4 por las normas establecidas para la cesión de crédito. Es el sistema que los artículos 116.5 y 120 LSC establecen respecto de las acciones nominativas, que ahora se extiende con carácter general.

3.1. Valores mobiliarios representados mediante títulos

Como novedad, se establece una regulación general para el régimen de circulación de los valores mobiliarios representados por medio de títulos, frente al que con carácter específico se recoge en la LSC únicamente para los valores mobiliarios más representativos que son las acciones representadas por medio de títulos. De suerte que desaparece como tal la regulación de las acciones, a las que se aplicará el régimen general previsto en el capítulo III. Bien es verdad, que se acoge sustancialmente la regulación existente¹².

En el artículo 653-2 se indica que los títulos podrán ser al portador o nominativos endosables. Tal y como aparece, podría dar la impresión de que nominativo endosable es la categoría. No obstante, en artículos posteriores, se alude únicamente a títulos nominativos, por lo que debe entenderse que esta es la forma de denominar a este tipo de títulos. Seguramente la mención “endosables” tiene que ver con el hecho de que es la única forma de circulación de estos títulos, que pese a su carácter nominativo, se transmiten mediante endoso del título tal y como se establece en el artículo siguiente, lo que les asimila a los títulos a la orden¹³. En el caso de los valores mobiliarios representados por títulos la transmisión, tal y como es el régimen actual para las acciones al portador, se producirá mediante la *traditio* del documento. Respecto de estos valores al portador, establece el artículo 653-4, en línea de la actual regulación, que la legitimación para el ejercicio de los derechos documentados en el título se producirá mediante la simple presentación del título a la entidad emisora. Es posible también, siempre y cuando se establezca en los estatutos de la entidad emisora o en el acto de emisión, requisitos que aparecen ahora recogidos expresamente, que se establezca como sistema sustitutivo el de la presentación del documento acreditativo de su depósito o en una empresa de servicios de inversión.

Se regula también la protección del adquirente de buena fe en el artículo 653-5. Tal y como se establece en la Exposición de Motivos, aunque se parte de la consideración del valor mobiliario como título- valor y de la aplicación por tanto, con carácter general del

¹² Por ello, vid. con carácter general, DÍAZ MORENO, Comentario «artículo 113», «artículo 114», «artículo 115», «artículo 116» y «artículo 117» en *Comentario de la Ley de Sociedades de capital*, (dirs. Rojo/Beltrán), Tomo I, Civitas-Thomson Reuters, Navarra 2011, págs. 924-957.

¹³ El Anteproyecto, siguiendo la Propuesta de la Comisión introduce un novedoso sistema al abrir la puerta a los títulos nominativos para que éstos puedan transmitirse mediante endoso, salvo disposición legal en contrario. Así, con carácter general los títulos valores nominativos, entre los que se encuentran las acciones nominativas podrán transmitirse a través del endoso. Conviene poner de manifiesto desde este preciso instante que los títulos de crédito (letra, cheque y pagaré) en los que conste la expresión “no a la orden” no podrán circular a través del endoso. De este modo la propuesta aplica el mismo régimen de transmisión tanto a los títulos a la orden como a una parte de los nominativos (aquellos en los que no figure la expresión alguna), que podríamos denominar nominativos no directos. Por el contrario, aquellos títulos nominativos en los que conste la expresión “no a la orden”, que podríamos denominar nominativos directos, no son transmisibles a través del endoso, sino a través de las normas del artículo 624-3

régimen de éste último, lo cierto es que es tal construcción planteaba algunos interrogantes respecto a la inoponibilidad de excepciones por parte de la entidad emisora frente al poseedor legítimo de buena fe. El régimen planteado pretende compatibilizar el régimen de protección del adquirente de buena fe, con los riesgos que suscita la emisión de valores por una «corporación que tiene personalidad jurídica, patrimonio propio y cierta capacidad de obrar». Y en esta línea, se establece un régimen especial de excepciones frente al previsto con carácter general para los títulos valores en el artículo 610-14, en el que las excepciones solo resultan posible cuando se basan en relaciones personales con el librador o emisor del título o de tenedores anteriores, siempre que el actual tenedor fuera de buena fe. Al tenedor que hubiera adquirido de buena fe y sin culpa grave, tampoco se le pueden oponer las excepciones relativas a la validez de la transmisión de los títulos a los tenedores anteriores. Sólo se podrán oponer a quien resulte legitimado por el título las siguientes excepciones: las que se deriven del propio título; las que se deriven de los estatutos o del acto de emisión, siempre que su inclusión en el título no fuera obligatoria; las excepciones personales que la entidad emisora pudiera oponer frente al actual titular del valor mobiliario y las que pudiera haber opuesto frente a anteriores titulares del valor cuando el titular actual lo adquiere a sabiendas y con el ánimo de perjudicar a la entidad emisora.

Se regula asimismo para la categoría de los valores mobiliarios, los títulos múltiples, regulados en la actualidad únicamente respecto de las acciones.¹⁴ Cabe la posibilidad, si así se contempla en el acto de emisión de los valores, de que la entidad emita títulos que agrupen una pluralidad de valores individuales, teniendo la consideración a todos los efectos de valores mobiliarios (art. 653-7). Los requisitos para la emisión de esos títulos son, de un lado que se trate de valores de la misma serie; de otro, que contengan las mismas menciones que los títulos individuales y además, el número y valor nominal de los valores que agrupen. Se prevé igualmente la posibilidad (art. 653-7), de fraccionar el título múltiple en tantos individuales o múltiples fraccionados como correspondan al tenedor del título múltiple.

3.2. Acciones

En la sección tercera se regulan las acciones, consideradas tradicionalmente como los valores mobiliarios por excelencia. A diferencia de la LSC, donde se regula todo el régimen de las acciones, en el Anteproyecto de Código Mercantil, se regulan las acciones y obligaciones representadas mediante títulos, para después pasar a regular de forma muy reducida el régimen de las anotaciones en cuenta.

Así, sin diferencia respecto del régimen actual, se establecen los supuestos en los que las acciones necesariamente han de ser nominativas, que son cuando no estén íntegramente desembolsadas, cuando se contemplen en los estatutos restricciones a la libre transmisión, o cuando lo establezcan normas especiales. Se admite que su representación no sea necesariamente mediante títulos, sino que también lo sea a través de anotaciones en cuenta, como forma que también identifica al titular. Por lo demás, se establece a que las acciones estarán numeradas correlativamente, y al contenido mínimo del título. En relación

¹⁴ Vid. DÍAZ MORENO, A. «Artículo 114», op.cit., pág. 936.

con este, se aclara cómo deben hacerse constar, en su caso, las restricciones a la libre transmisibilidad.

Se alude también al Libro registro de acciones nominativas, con la particularidad de que se recoge el derecho a exigir a los administradores de la sociedad emisora a «que procedan de inmediato a inscribirlas» en el Libro Registro, puesto que a esta inscripción se sigue anudando con carácter general, como en el actual régimen, la legitimación del titular del mismo -bien es cierto que se establece la posibilidad de hacer valer los derechos desde la solicitud de la inscripción, aunque sólo para los casos en los que se hubiese denegado la inscripción sin causa justificada (art. 231.27), por lo que tampoco es tanto el cambio-. Esta mención debe ser expresamente saludada, porque, si bien es cierto que sobre los administradores de la sociedad pesa el deber de practicar la inscripción en el Libro Registro, de forma inmediata y regular; y que este deber debe ser entendido como una manifestación más del deber de diligencia y de información diligente que pesa sobre cada uno de los administradores de la sociedad *ex artículo 225 LSC*¹⁵; pero, el hecho de que se recoja una exigencia legal de inmediatez permitirá para modular de forma más clara la responsabilidad de los administradores en caso de demorar la inscripción o incluso de evitarla.

Se contempla igualmente, la entrega de resguardos provisionales en la subsección segunda. El artículo 653-12 regula la obligación de la entidad emisora en tanto no sea posible la entrega de los títulos definitivos de las acciones. En el momento que ello sea posible, pesa sobre los administradores la obligación de proceder a su impresión y a su entrega, a cargo de la sociedad emisora.

La subsección tercera regula la sustitución de los títulos, cuya disciplina es en esencia la establecida en el artículo 11 LSC, si bien se contempla con más detalle algunos extremos como el plazo, la anulación de las acciones y los títulos no retirados, además de que se adapta a las formas de convocatoria de la junta, como son la pagina web u otros medios de comunicación individualizada previstos en los Estatutos. Así, en el artículo 653-4 se admite la posibilidad de que la sustitución de los títulos se haga por otros nuevos, o bien se proceda a su anotación en el registro en anotaciones en cuenta, posibilidad no contemplada en la actualidad, concretándose los supuestos en los que procederá la sustitución, que son una modificación de estatutos o una modificación estructural. El requerimiento se hará mediante publicación en el BORME y en la página web, o bien en dos diarios de mayor circulación, no ya en la provincia, sino en el lugar del domicilio social. Con la posibilidad de si son nominativos, utilizar para comunicar el medio establecido en los estatutos. Dependiendo del medio concreto utilizado, se computará el plazo para la presentación de los títulos que en ningún caso puede ser inferior a un mes.

Se concreta ahora (art. 653-17) el plazo con el que cuentan los administradores para otorgar escritura pública para hacer constar la anulación de los títulos, que se sitúa en los 7 días siguientes a aquel al que hubiera finalizado el plazo de presentación para el rescate de los títulos que hubieran de ser sustituidos, con independencia de que se hubieran o no presentado. Se contempla también como novedad en el artículo 653-19, la posibilidad

¹⁵ Vid. nuestro comentario la eficacia legitimadora del libro registro de acciones nominativas: El control de la regularidad de la inscripción como manifestación del deber de diligencia que pesa sobre los administradores (a propósito de la STS de 16 de febrero de 2007), *RdS* 30[2007], págs. 483 y ss.

de que la entidad emisora, pueda en lugar de optar por la enajenación de los títulos no retirados transcurridos tres años desde la fecha de anulación por cuenta y riesgo de los interesados a través de un miembros de la Bolsa, o con la intervención de un notario; o, bien adquirirlos por su valor razonable, para su posterior amortización, reduciendo simultáneamente el capital social. En el primer caso, se aligera el régimen previsto para el depósito del importe líquido que se obtenga de la enajenación puesto que se admite cualquier entidad de crédito con oficina abierta en el municipio del domicilio social, en lugar del Banco de España o Caja General de Depósitos como prevé el actual 117.3. in fine LSC.

3.3. Obligaciones

3.3.1. Régimen general

Junto a las acciones, se regula ahora en la sección 4ª las obligaciones, fruto de la opción de política legislativa seguida de regular con carácter general la categoría de los valores mobiliarios, y con carácter específico, los dos más representativos. No obstante, en esta sección cuarta, únicamente se alude a la representación de las obligaciones mediante títulos. Se opta por mantener el régimen de las mismas dentro del régimen propio de las sociedades anónimas como venía recogido en la Propuesta de Código Mercantil y ha venido sucediendo tradicionalmente en nuestro Ordenamiento, en el que se reservaba a esta forma social; pero con la contradicción que supone que en su articulado, se aluda a su emisión por “las sociedades de capital”.

El hecho de que las obligaciones, sean junto con las acciones los valores mobiliarios más característicos nos lleva, a efectos sistemáticos a considerar su régimen jurídico junto con el de las acciones, pese a que en el Anteproyecto de Código Mercantil se regulen en el capítulo V del Libro II dedicado a las sociedades mercantiles y no en el de los títulos-valores. Se trata esta de una materia que ha sufrido significativas variaciones, al objeto básicamente de fomentar esta vía de financiación para las sociedades, sin que ello signifique, obviamente, disminuir la debida protección a los obligacionistas. Como novedades, se suprimen los límites máximos de emisión, se establece la posibilidad de emitir obligaciones subordinadas y canjeables, se establece una nueva distribución en cuanto a competencia para la emisión de obligaciones, y se aligera el régimen de las garantías de emisión.

Pero la novedad fundamental, sin duda, se encuentra en el régimen de la emisión de obligaciones, donde encontramos la diferencia más significativa frente al régimen actual previsto en la LSC y también en la Propuesta de la Comisión General de Codificación. Recordemos que en esa Propuesta desaparece la referencia expresa a la sociedad de responsabilidad limitada como forma social a la que se prohíbe la emisión de obligaciones, debido en buena medida a que en la LSC sólo se regulan tres tipos sociales, y sólo está prohibido para las sociedades limitadas. En la Propuesta, a diferencia de la LSC, se regulan las sociedades mercantiles, y entre ellas las sociedades personalistas, a las que no está tampoco permitida la emisión de obligaciones. En el Anteproyecto de Código Mercantil, en cambio, se establece en el artículo 235-1 que «Las sociedades de capital podrán emitir

series numeradas de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda», remitiendo en el caso de la sociedad limitada que emita obligaciones al régimen previsto en los artículos 233-4 a 233-9 respecto de las aportaciones no dinerarias.

La prohibición de emisión de obligaciones por parte de la sociedad limitada se justificó por los redactores de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en la Ley de Sociedades de Capital y también en la Propuesta de Código, en un aspecto tipológico, puesto que se conecta a la idea de sociedad cerrada, que no recurre para su financiación al ahorro público y que por tanto, no cuenta con normas cautelares suficientes para proteger al público inversor. Se niega, de este modo, a las PYMES instrumentos de financiación idóneos para el propio desarrollo de la empresa, obligando a que opte por otras vías mucho más costosas para la sociedad¹⁶, tales como las subvenciones públicas o los préstamos bancarios, cuando en realidad apenas si existen diferencias en relación a las sociedades anónimas cerradas en las que no resulta de aplicación esta prohibición¹⁷. A lo anterior, se une el dato de que la imposibilidad de emitir valores que, por ejemplo, no otorguen la condición de socio, no podría fundamentarse en el carácter cerrado de la sociedad. Se deduce de ello la inconsistencia del argumento tipológico¹⁸ como justificación de esta medida. Podría entonces pensarse, que la razón última es la de considerar insuficiente el régimen de garantías en relación a terceros. Sin embargo, el régimen de capital establecido para la sociedad de responsabilidad limitada, es, en algunos puntos, más severo que el de la sociedad anónima -desembolso íntegro del capital desde el momento inicial, régimen de responsabilidad por las aportaciones in natura, etc.-, por lo que tampoco serviría como argumento que justifique de forma clara la prohibición. Por tanto, este cambio en el Anteproyecto debe ser a mi juicio saludado¹⁹ en favor de una

¹⁶ En este sentido crítico se pronunciaba, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M^a, «La prohibición de emitir obligaciones y otros valores negociables agrupados en emisiones (Comentario al art. 9 LSRL)», *RdS* 9[1997], págs. 66 y ss. Igualmente, TAPIA HERMIDA, A. J., «Instrumentos jurídicos para la financiación de la sociedad de responsabilidad limitada», *Número. extraordinario. RdS* 1994, pág. 445.

¹⁷ Por contra, señala COTTINO, G., «La sociedad de responsabilidad limitada entre norma y realidad: reflexiones sobre un proyecto de reforma extraordinario» *RdS* núm extraordinario 1994, pág. 147-148, que aun cuando es cierto que la sociedad de responsabilidad limitada se encuentra », , con problemas de financiación «son, sin embargo, en cierto sentido un coste que se paga por la adopción del instrumento y los cuales se pueden obviar o, de derecho, con la previsión de un capital más alto del mínimo o de responsabilidades colaterales, o bien, de hecho, con la prestación de garantías».

¹⁸ Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «La sociedad de responsabilidad limitada en el sistema español de sociedades de capital», en AA.VV. *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la ley 2/1995*, McGraw-Hill, Madrid 1996, Tomo I, pág. 35, En igual sentido, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M^a, «La prohibición de emitir obligaciones y otros valores negociables agrupados en emisiones.», op.cit., págs. 65 y ss; VELASCO SAN PEDRO, L., «Concepto y caracteres de la sociedad de responsabilidad limitada», en AA.VV., *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, McGraw-Hill, Madrid 1996., quien califica esta medida de «arbitraria» (pág. 44) e incluso «inconstitucional» (pág. 61).

¹⁹ Vid. al respecto, SANCHEZ ALVAREZ, M. M^a, «La prohibición de emitir obligaciones.», op.cit., pág. 75, quien propone como alternativa al régimen actual la posibilidad de permitir sólo la emisión de obligaciones nominativas, prohibiendo las obligaciones a la orden o al portador; BERCOVITZ, A, «Una visión crítica del Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada» en *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de comercio, Madrid, 1994, pág. 103, se muestra favorable a la reserva en favor de la sociedad anónima de la emisión de obligaciones, si bien señala que debería permitirse a las PYMES lograr empréstitos con determinadas entidades que lo único que quieren «es que el crédito esté documentado y dividido en títulos fraccionarios, para poder negociarlos en su caso».

mayor posibilidad de financiación de estas sociedades que conduciría, sin duda a un mayor éxito de las mismas²⁰. Máxime cuando se establece en el artículo 235-11 que sólo las sociedades anónimas y las comanditarias por acciones puedan emitir obligaciones convertibles en nuevas acciones de la propia sociedad emisora o en nuevas acciones de otra dominada por ella, y obligaciones canjeables por acciones ya emitidas por la propia sociedad o por acciones ya emitidas por otra distinta.

Otra novedad significativa consiste en las condiciones fijadas para la emisión, al haberse suprimido el límite máximo previsto en el artículo 405 LSC. Esta exigencia venía impuesta, como ha señalado nuestra doctrina, como garantía de solvencia de la sociedad. Sin embargo, tal función que tenía sentido a mediados del siglo XX, no la tiene en la actualidad²¹, porque las deudas de la sociedad pueden ser mucho más abultadas y diferentes a las que suponen la emisión de obligaciones; además de que no puede solo tomarse como punto de referencia para determinar la solvencia de la sociedad, la cifra de capital y reservas. Con acierto, por tanto, este requisito se sustituye ahora por la exigencia recogida en el artículo 235-2, que establece la obligación para las sociedades que emitan obligaciones «de tener auditadas, aprobadas y depositadas en el Registro mercantil las cuentas anuales de los dos – la Propuesta de la Comisión hablaba de tres– ejercicios sociales anteriores a la fecha de la emisión o, si fuera de nueva creación, las de los ejercicios que hubieran finalizado. Si no hubiera finalizado ninguno, los administradores redactarán un balance de situación, que deberá ser verificado por el auditor de cuentas de la sociedad y, a falta de éste, por el que nombre el registrador mercantil». Se prevé además que si la sociedad de nueva creación fuera constituida por fusión o por escisión total de varias sociedades preexistentes, deberán cumplir los mismos requisitos las cuentas de las sociedades extinguidas relativas a los tres ejercicios anteriores a la fecha de la emisión.

Además, se establece con carácter expreso, que el régimen general de las obligaciones será el establecido en el Código, sin perjuicio de que resulten además aplicables normas específicas en atención a la naturaleza del emisor o de la cotización de los valores en un mercado secundario oficial.

En cuanto a la competencia, frente al régimen previsto en el artículo 406 LSC, en el que a pesar de la confusa redacción, parece que es la junta general la competente para la emisión de obligaciones, posibilidad que no resulta posible conferir a los administradores por vía estatutaria, en el Código se opta por establecer dos supuestos diferenciados. El primero, las emisiones de obligaciones, pueden calificarse de “normales”, será competencia del órgano de administración, salvo que en los Estatutos se establezca que sea la Junta. De esta forma se amplía la competencia de los administradores que hasta ahora sólo podían ejecutar los acuerdos de la Junta. Y ello, sin establecer ningún límite en cuanto al endeudamiento de la sociedad. El segundo, es el relativo a la emisión de obligaciones convertibles en acciones, o de obligaciones que atribuyan a los obligacionistas una participación en las ganancias sociales. En este caso, la competencia será de la Junta General, sin posibilidad de excepción por parte de los estatutos sociales. En este caso, y por aplicación de los 233-43 y 44, se aplicará un quórum de constitución y unas mayorías

²⁰ En este sentido, LEÓN SANZ, F.J., «Las obligaciones» *RdS* 36[2011], pág.237.

²¹ VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Artículo 405. Límite máximo» en AA.VV., *Comentario al régimen legal de las sociedades de capital*, Tomo II, Navarra, 2011, pág. 405.

cualificadas. Se aprecia con ello claramente el deseo del legislador de favorecer la emisión aligerando los requisitos, salvo en aquellos supuestos en los que pudiera suponer mayor riesgo para los obligacionistas y para los accionistas de la sociedad, en los que se mantiene el criterio tradicional de adopción por la Junta.

Por otra parte, expresamente se contempla la posibilidad de suscripción incompleta en el artículo 235-7, a la que en la actualidad se refiere el artículo 311 RRM, en el que se alude a que en ese caso se hará constar, mediante nota marginal, el importe efectivamente suscrito. Cabe no obstante, excepcionarla si en el acuerdo de emisión se hubiera previsto expresamente lo contrario. Se adopta, en este sentido el régimen previsto para el aumento incompleto de capital social en las sociedades limitadas.

La suscripción de las obligaciones implica la incorporación al sindicato de obligacionistas. Además, como mecanismos expresos de protección a los obligacionistas, establece el artículo 235-9, que la sociedad «no podrá acordar el reparto de dividendos o de cantidades a cuenta de dividendos ni acordar la reducción voluntaria del capital social, si el valor del patrimonio neto fuera o, a consecuencia del reparto, resultare ser inferior al valor de ese patrimonio a la fecha de la emisión de las obligaciones». Este precepto supone dos novedades frente al artículo 411 LSC. En primer término, no se exige consentimiento del sindicato de obligacionistas y en segundo término, no se hace, porque se establece un límite cuantitativo motivado por el hecho de que en la propuesta haya desaparecido el límite a la emisión de obligaciones por parte de la sociedad que se fijaba en los fondos propios. Con el establecimiento del patrimonio neto existente a la fecha se garantiza a los obligacionistas de que no se les va a trasladar el riesgo económico de la actividad empresarial, dado que es el capital el que debe servir como cifra de garantía frente a terceros acreedores.

Finalmente, como novedad se contempla la emisión de obligaciones subordinadas (art. 235-8) a la satisfacción de determinados créditos de la sociedad emisora o a la amortización de otras obligaciones de emisión posterior, prohibiendo en cualquier caso que se establezcan garantías sobre las mismas.

3.3.2. En particular, obligaciones convertibles y obligaciones canjeables

La sección segunda (arts. 235-10 a 2535-23) regulan de forma conjunta las obligaciones convertibles, hasta ahora reguladas en la LSC (arts. 414 a 418)²² y las obligaciones canjeables, que aparecen mencionadas en el art. 2.1. letra c LMV y en el art. 3.2. c del RD1310/2005, aunque sin carecer de un régimen material propio. Es cierto que ambos tipos de obligaciones suscitan cuestiones similares en cuanto a la protección de los obligacionistas, pero también lo es que guardan importantes diferencias, en la medida que el caso de la conversión de las obligaciones convertibles se sustancia mediante un aumento de capital, no que ocurre en el caso del canje. De las diferentes posibilidades de canje que podrían darse, como es el caso de canje por acciones propias en régimen de autocartera, o de conversión de bonos inicialmente emitidos como canjeables, el supuesto que se contempla únicamente es el relativo a la conversión en acciones de otra sociedad dominada por la sociedad emisora.

Uno de los aspectos que diferencian ambas obligaciones es el relativo al límite de su emisión que viene recogido en el artículo 235-11. Si bien, en ningún caso pueden emitirse por una cifra inferior al valor nominal de cada una de ellas, en el caso de las canjeables se establece como límite que no podrán emitirse por importe superior al veinte por ciento del capital de la sociedad en el momento de la autorización, que se rebaja al diez por ciento si fuera cotizada, con la prohibición además de que las acciones objeto de canje no puedan tener limitaciones a la libre transmisibilidad.

En cuanto a la competencia para la emisión de obligaciones convertibles es de la Junta general (art. 235-12). Nada se dice de las obligaciones canjeables, pero se entiende que el régimen en este sentido es el mismo, puesto que después cuando se alude al acuerdo de emisión (art. 235-15) se alude a que en el acuerdo de emisión, que se adoptará con los mismos requisitos que para la modificación de Estatutos, se determinarán las bases y las modalidades de la conversión o del canje. En el caso de obligaciones convertibles en acciones de la propia sociedad, se acordará simultáneamente el aumento de capital en la cuantía necesaria. En el caso de obligaciones canjeables, la junta general de la dominada deberá haber acordado con anterioridad el aumento de capital en la cuantía necesaria.

Respecto al derecho de suscripción preferente, se opta con acierto por equiparar el derecho de suscripción preferente en caso de obligaciones convertibles en acciones con el que asiste a los accionistas en caso de emisión de nuevas acciones. Debe tenerse en cuenta que el fundamento del ejercicio del derecho en ambos casos es idéntico, proteger a los accionistas frente a las eventuales consecuencias perjudiciales para sus intereses que podrían tener, de un lado, la emisión de nuevas acciones, y por otro, la emisión de valores que igualmente pueden dar lugar a un aumento de capital indirecto con emisión de nuevas acciones. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-338/06 (Sentencia de 18-12-2008)²³ estableció que nuestro país no cumplía la Segunda Directiva

²² Vid, GARCÍA DE ENTERRÍA, J. «Obligaciones convertibles», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, (dirs. Rojo/Beltrán), Tomo I, Civitas-Thomson Reuters, Navarra 2011, págs. 2830-2858.

²³ Vid el comentario de TAPIA HERMIDA, A., «La supresión de derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas y una cuestionable modificación legal (Comentario a la Sentencia del Tribunal de

en materia de sociedades, al no prever que la junta pudiera acordar la supresión del derecho de suscripción preferente de obligaciones convertibles, como sí sucedía respecto de las acciones. Para dar cumplimiento a la misma, había dos opciones: la remisión al régimen previsto para la supresión del derecho en el caso de aumento de capital mediante emisión de nuevas acciones, o bien, regularlo de forma específica. Esta segunda fue la opción acogida, y la primera es la que ahora acoge el Anteproyecto. De esta manera se evitan los problemas de interpretación y prácticos a que había dado lugar el régimen previsto en el art. 417 LSC.

También debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 285-7 del Anteproyecto de Código Mercantil, relativo a la delegación de la facultad de excluir el derecho de preferencia en caso de emisión de obligaciones convertibles, en el que se indica que en el caso de que se delegue en los administradores la facultad de emitir obligaciones convertibles, también se podrá delegar la de excluir el derecho respecto a las emisiones que sean objeto de delegación, estableciéndose un conjunto de garantías al respecto, tales como que la exclusión conste expresamente en el anuncio de la convocatoria de la junta general donde se haya de tratar la delegación en los administradores, la puesta a disposición a los accionistas de un informe de los administradores y de los auditores sobre cada emisión concreta.

A los mecanismos que ya se arbitran en el art. 418.3 LSC para proteger a los obligacionistas con anterioridad a la conversión, que consisten en la prohibición de reducir capital mediante condonación de las obligaciones de realizar las aportaciones pendientes o la restitución de aportaciones a los accionistas en tanto existan obligaciones convertibles, se añade ahora la prohibición de constituir o incrementar reservas voluntarias, concretándose el plazo que debe transcurrir como mínimo desde la publicación de la oferta que se circunscribe a un mes.

Como cláusula de cierre, se establece en el artículo 235-23 que en el supuesto de que las sociedades anónimas y comanditarias por acciones emitan otros valores que den derecho a suscribir acciones u otros valores, sean de la sociedad emisora o de una dominada por ella, resultarán de aplicación el régimen previsto para las obligaciones convertibles. Se trata de una previsión acertada en cuanto que dota de seguridad jurídica la posible aparición de nuevos valores a los que en virtud de esta cláusula resultará de aplicación la disciplina contenida en el Código.

Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Primera, de 18 de diciembre de 2008, asunto C-338/06, Comisión de las Comunidades contra Reino de España)», *RdS* 33[2009], págs. 237 y ss.

3.3.3. El comisario

La sección tercera (arts. 235-24-235-28) regula el estatuto del comisario, que sólo parcialmente venía recogido en los artículos 427 y 428 LSC²⁴, introduciendo algunas modificaciones y completando el régimen existente.

En primer término resulta una novedad el hecho de que el nombramiento del comisario se atribuya al Registrador Mercantil en lugar de a la sociedad emisora de los valores. Se establece además expresamente, que deberá tratarse de una persona física o jurídica «con reconocida experiencia en materias jurídicas o económicas», lo que deja traslucir la importancia de las funciones atribuidas al comisario. Además, se contempla la retribución del comisario, extremo sobre el que la LSC no contiene ninguna previsión, estableciéndose que el registrador que lo nombre fijará su retribución atendiendo al importe de la emisión. Los términos en los que aparece redactado llevan a pensar que en todo caso va a ser un cargo retribuido, lo que no parece que tenga excesivo sentido, habida cuenta de que el cargo de administrador será gratuito salvo que se disponga otra cosa. Debería ser únicamente un criterio que permitiera modular la retribución, en el caso en que se considere el cargo retribuido.

Se regulan también ahora las prohibiciones para el ejercicio de este cargo, que no vienen contempladas en la LSC, aun cuando parece claro que no podía nombrarse a quien estuviera vinculado a la sociedad o a sus sociedades. En el Anteproyecto de Código Mercantil, se concreta ese régimen de incompatibilidades, estableciendo en el artículo 235-25, que no podrá ser comisario quien esté o haya estado vinculado directa o indirectamente o preste o haya prestado servicios profesionales a la sociedad emisora o a cualquiera de las sociedades del grupo en los últimos cinco años; Y además, no podrá poseer directa o indirectamente acciones de la sociedad emisora, ni suscribir ni adquirir las obligaciones que la misma emita.

En cuanto a sus facultades, en el artículo 235-36 se mejora la redacción del artículo 427 LSC, estableciendo que «tutelará los intereses comunes de los obligacionistas», y que será el representante legal del sindicato de obligacionistas, así como el órgano de relación entre la sociedad y los obligacionistas. Además de las funciones que la escritura de emisión y en su caso el sindicato de obligacionistas le atribuya, se reconoce un amplio derecho de información al comisario en relación con las cuentas anuales y el informe de gestión (art. 235-26), así como recibir cada tres meses, la certificación del número de obligaciones en circulación; también podrá requerir al auditor de cuentas de la sociedad los informes complementarios que puedan interesar al sindicato (art. 235-28).

En correspondencia con las facultades que se le atribuyen, así como de los derechos de información que le asisten, se contempla con carácter expreso en el artículo 235-28 que el comisario responderá frente a los obligacionistas, y , en su caso, frente a la sociedad, de los daños que cause por los actos realizados en el desempeño de su cargo sin la diligencia profesional con que debe ejercerlo.

²⁴ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «Obligaciones convertibles», op.cit., págs. 2899-2907.

3.3.4. El sindicato de obligacionistas

Del sindicato de obligacionistas se ocupa la sección 4^a, que contiene novedades respecto de la actual regulación contenida en los art. 419 y ss LSC, que contribuyen a establecer garantías para los obligacionistas en términos de seguridad jurídica. Entre estas novedades se encuentra la obligación de convocatoria por parte del comisario cuando lo soliciten obligacionistas que representen, al menos, el uno por ciento de las obligaciones emitidas y no amortizadas, frente a la vigésima parte que establece el art. 422 LSC. En cuanto a la forma de la convocatoria, se establece que debe haber un plazo mínimo de 30 días desde la publicación del anuncio o la remisión de la comunicación al último obligacionista, estableciéndose la remisión a los requisitos exigidos para la celebración de la junta general de accionistas cuando se traten asuntos relativos a la modificación de las condiciones de la emisión, de las garantías u otros de importancia similar (art. 235-32.)

También se regula con carácter novedoso la asistencia y derecho de representación en la asamblea (art. 235-34), el valor del derecho de voto, que será proporcional al valor nominal no amortizado (art. 235-35), y se modifican las mayorías para la adopción de acuerdos (art. 235-37), que con carácter general se adoptaran por mayoría de los votos y en determinados supuestos, con el voto favorable de las dos terceras partes de las obligaciones en circulación.

El reembolso y rescate de las obligaciones se regula en la sección 5^a, que a la regulación existente en la LSC, con ligeras modificaciones, añade la regulación del vencimiento anticipado de las obligaciones (art. 235-42), así como la atribución de una serie de facultades extraordinarias al comisario en ese caso (art. 235-43).

Finalmente, se introduce en la sección 6^a, la regulación de la emisión de obligaciones en el extranjero, indicando que la ley española determinará la capacidad, el órgano competente y las condiciones de adopción del acuerdo de emisión; y en su caso, los términos y condiciones de la emisión se regirán por la ley del país donde se efectúe la emisión.

3.4. Valores representados por medio de anotaciones en cuenta

El régimen de los valores representados mediante anotaciones en cuenta viene recogido en el capítulo IV. Debe dejarse constancia que frente a la opción de la Comisión General de Codificación, que apostaba por introducir un régimen detallado y novedoso en alguno de sus aspectos, introduciendo cambios significativos²⁵, como el reconocimiento explícito de

²⁵ En este sentido, en la Propuesta elaborada por la Comisión, se contempla dos sistemas de anotación diferentes, atendiendo a si los valores son cotizados o no. Por un lado, el sistema de cuenta única (subsección primera, artículos 654-4 y 654-5). Tratándose de valores mobiliarios no cotizados se opta por un sistema de “cuenta única”, de cuya llevanza se encarga una entidad autorizada que hubiera contratado la entidad emisora. En el caso de los valores cotizados (subsección 21, artículos 654-6 a 654-8) se opta por un sistema de “cuenta doble”, en virtud del cual, la gestión de la primera cuenta corresponde en todo caso a la entidad encargada de la llevanza del registro central, y en él se anotarán los valores gestionados por las entidades participantes en esa entidad, indicando el saldo global de valores inscritos en las cuentas de detalla de la citada entidad a nombre de sus clientes y el saldo de valores que pertenecen a la propia entidad participante; mientras que los registros de detalle, que corresponden a las entidades participantes, se anotará la titularidad, los derechos reales, los embargos y los demás gravámenes sobre los valores

la existencia de dos sistemas de anotaciones en cuenta dependiendo de si se trata de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en un sistema multilateral de mobiliarios.

También respecto de la constitución como valor mobiliario (sección 3ª, artículos 654-9-654-10), se establece un régimen diferenciado tratándose de valores cotizados o no. Los valores se constituirán en virtud de la anotación de los mismos a nombre del titular en la cuenta única si no son cotizadas; o bien en la cuenta de detalle si son cotizados. En cuanto al contenido, será el que resulte del acuerdo de emisión elevado a público o certificado, o en su caso, el exigido para el folleto informativo, o el publicado en el Boletín oficial correspondiente tratándose de deuda del Estado, comunidades autónomas u organismos públicos.

En cuanto a la legitimación (sección cuarta), el artículo 654-11 mantiene la legitimación mediante la anotación, bien en la cuenta única abierta, bien en la cuenta de detalle; esa inscripción permite presumir la condición de titular legítimo y por tanto, se podrá exigir de la entidad emisora del valor que realice en su favor las prestaciones a que dé derecho el mismo, tal y como en la actualidad viene establecido en el artículo 11 LMV. En el mismo sentido, la entidad emisora que realice de buena fe y sin culpa grave la prestación en valor de quien se encuentra legitimado, se liberará aunque no sea el titular del valor mobiliario.

La transmisión se regula en la sección 5ª (artículos 654-12-654-20) y se basa como en el régimen actual (art. 9 LMV y desarrollo reglamentario) en un sistema de transferencia contable, con la particularidad de que en la propuesta, siguiendo la tónica descrita, se establece un régimen diferenciado atendiendo a la consideración o no del valor como cotizado. En el caso de valores no cotizados, la transferencia se anotará en los epígrafes correspondientes de la cuenta única abierta en la entidad contratada; si son valores cotizados, se realizará entre las cuentas de detalle abiertas a nombre de las titulares en las entidades participantes en aquella a la que corresponda la llevanza del registro central. Esas anotaciones tendrán los mismos efectos que la tradición de los títulos, y en este sentido, la transferencia será oponible a terceros desde el momento en que se efectúe la inscripción de la transmisión (654-14). El tercero no estará sujeto a reivindicación a no ser que en el momento de la adquisición hubiera obrado de mala fe o culpa grave. Será la entidad que practica la inscripción la que responda de las eventuales omisiones, errores o de la incorrecta anotación en las cuentas que les fuera imputable frente al titular real de los valores o frente a cualquier persona que tuviera algún derecho sobre los mismos. Asimismo, y siguiendo el régimen actual, (art. 9 LMV) la entidad emisora no podrá oponer al adquirente de buena fe más excepciones de las que podría haber opuesto al poseedor de un valor representado mediante títulos.

La equiparación entre tradición del título e inscripción en el registro determina que en los casos en los que la primera no sea la forma exigida, como sucede, por ejemplo, en los supuestos de sucesión mortis causa, la adquisición de valores podrá producirse sin transferencia contable. Este supuesto viene regulado en el art. 654-17, en el que se establece el derecho, previa acreditación de la adquisición, a proceder a la inscripción del nombre de quien estuviera legitimado. En tanto la inscripción se produce, los actos y negocios jurídicos de transmisión inter vivos de valores producirán los efectos de una simple cesión de derechos incorporeales.

Se establece un régimen más amplio en relación con la constitución de derechos reales limitados, derechos de opción, o cualquier otra clase de gravámenes, en relación con el artículo 10 LMV, que se limita a considerar que la inscripción de la prenda equivale al desplazamiento posesorio del título, y a la oponibilidad del gravamen a terceros desde el momento de la correspondiente inscripción. En el artículo 654-18, se extiende a otros derechos reales, derechos de opción u otros gravámenes, aclarándose en el artículo siguiente cuál es la ley aplicable, que será la Ley del Estado donde radique la cuenta en que se deban inscribir. Esta remisión se entiende hecha a su legislación material, sin tener en cuenta las normas que, para decidir la cuestión relevante, se remitan al a legislación de otro Estado. Se indica además, el ámbito de aplicación de esa ley. De esta forma, se pueden solucionar problemas existentes en la actualidad ante la ausencia de un régimen claro al respecto. Además, se establece con carácter novedoso, un procedimiento ejecutivo especial para los supuestos de prenda sobre valores cotizados en el artículo 654-20, que permite de una forma mucho más ágil y segura la ejecución de la garantía.

Finalmente, se regula en la sección 6ª los certificados, cuyo fundamento sigue siendo el mismo que en el régimen actual, y donde se añaden, no obstante, algunos elementos que completan el régimen, como es la vigencia del certificado, que no podrá ser superior a tres meses (art. 654-23); la posibilidad de transmitir todos o parte de los valores a los que se refiera el certificado, o la constitución de derechos reales, aunque no hayan sido restituidos (art. 654.24); o, la admisión como excepción de las inscripciones ordenadas por la autoridad judicial o administrativa aún no se haya devuelto el certificado o siga vigente.

negociación o no, en el Anteproyecto se ha optado por mantener básicamente la regulación existente, lo que hace que el resultado final ofrezca una apariencia de «régimen parcial y, en buena medida, anticuado»²⁶. De hecho la única novedad es el hecho mismo de su regulación en el Código, a pesar de que ha quedado simplemente una alusión al régimen aplicable, que remite a la legislación que regula el mercado de valores, al órgano competente, y a al procedimiento ejecutivo especial de la prenda de valores cotizados anotados en cuenta. Por tanto, se trata de una materia cuyo régimen sigue siendo el previsto en la Ley del Mercado de Valores (sustancialmente en sus artículos 5 a 12 y en su normativa de desarrollo (RD 116/1992).

En cuanto al órgano competente (art. 654-2), salvo delegación expresa de esta facultad, se adoptará por el órgano que acuerde la emisión de valores, y que, manteniendo en este punto la actual regulación, permite prescindir de una escritura pública. En la Propuesta se había añadido que debería en todo caso sustituirse la escritura por, como mínimo, una certificación expedida por el órgano de administración suscrito por firmas legitimadas, así como indicando que en caso de valores no cotizados el acuerdo deberá elevarse a escritura pública (art. 654-2).

4. DEPÓSITO DE VALORES

El capítulo V se denomina “Del depósito de Valores”. En la propuesta de la Comisión General de Codificación aparecía regulado dentro de la categoría de los contratos financieros instrumentales- lo que tenía más lógica, que en el Anteproyecto de Código Mercantil ha desaparecido como tal. En todo caso, aparece como categoría del contrato de depósito atendiendo al objeto sobre el que se proyecta el depósito.

A pesar de que la denominación alude al depósito de valores, lo que podría hacer pensar que es la finalidad de depósito o custodia el objeto de este contrato, lo cierto es que el contrato, tal y como viene configurado, tiene por objeto, tanto la custodia como la administración de los valores entregados por el depositante al depositario, que debe ser una entidad autorizada legalmente para ello (art. 655-1)²⁷. Como ya se indicó, se alude, con las connotaciones que ello tiene a los valores u otros instrumentos financieros como objeto de custodia y administración.

Como en el contrato de depósito en puridad se trata de una obligación de custodiar²⁸. El hecho, apunta la Exposición de Motivos, de que se admita el depósito de

²⁶ Así, acertadamente, se expresa ROJO, a., en «Los títulos valores». op.cit., pág. 593. Especialmente crítico, apuntando las razones sobre la exclusión de este régimen, que atiende a consideraciones que van más allá de aspectos técnico-jurídicos, RECALDE CASTELLS, A., «Los valores mobiliarios», op.cit., págs. 610-614.

²⁷ Vid. con carácter general, MADRAZO, J., «Los contratos de servicios de inversión» en *Los mercados financieros*, Tirant lo Blanch Tratados, 2013, págs.755-761.

²⁸ De hecho, la custodia tratándose de valores representados mediante anotaciones en cuenta, ha supuesto una desnaturalización de esa obligación de custodia. Y como se ha indicado, se concreta en la inscripción del valor en el registro correspondiente y en su conservación de forma individualizada y separada de las carteras de la empresa prestadora del servicio. Razón por la que se puede aludir a un tipo contractual diferente, como es el del contrato de administración de valores. Vid. CORTÉS, *El mercado de valores*, Operaciones y Contratos, Lecciones de Derecho Mercantil (dirs. Menéndez/Rojo), Thomson-Civitas,

títulos representados físicamente ha llevado a considerar mantener la denominación tradicional de depósito, en lugar de la de la custodia. Hay que recordar en este sentido que el depósito administrado de valores representados mediante título ya se contemplaba en el artículo 308 del Código de Comercio, estando considerado en su origen como un servicio bancario.

El hecho de que en la propuesta de la Comisión General de Codificación se regulara como una actividad auxiliar de un servicio de inversión, permitía la aplicación más claramente de la normativa propia del mercado de valores, que exige la utilización de contratos-tipo, y cuyo contenido se ha desarrollado a través de circulares de la CNMV.

Lo que se regula en la es la vertiente obligacional derivada del contrato. En este sentido, se fija en primer término las obligaciones de las partes en el artículo 555-2. Estas son las ya aludidas de custodia y administración para el depositario; y para el depositante, poner a disposición los valores a depositar, dar las instrucciones precisas para el ejercicio de los derechos vinculados a los valores, y abonarle la retribución – pactada, o en su defecto, las que reflejen las tarifas oficiales-.

Finalmente, también ha desaparecido se establece en el artículo 579-16, que en el caso de concurso del depositario, se concede al depositante derecho de separación. Es un derecho que se aplicará a todos los casos, incluso cuando los valores depositados figuren en cuentas de otras entidades a nombre del depositario²⁹.

2011, págs. 234 y 284.

²⁹ Desaparece en el Anteproyecto de Ley el régimen particular previsto en el caso de valor y activos extranjeros. Respecto a la función de administración, se alude además de la realización de los cobros llegado el momento del vencimiento o pago, a la función conservativa que ha sido característica de este tipo de contrato. Y en este sentido, el depositario debe obligar al depositante de forma diligente la información necesaria para que aquel pueda impartir instrucciones acerca del ejercicio de los derechos políticos y económicos de los valores depositados. Se establecen además un conjunto de reglas particulares en caso de falta de instrucciones. Una con carácter general, que tiene que ver con el deber de procurar los máximos rendimientos para el depositante, y en ningún caso, ninguna obligación adicional. Como reglas particulares, que únicamente vinculan a las partes, y que por tanto, no pueden oponerse como tales a la sociedad, se establecen las siguientes: a) el depositario no podrá ejercer en nombre del depositante los derechos de asistencia y voto a las Juntas, salvo que se abonen primas de asistencia, en cuyo caso podrá asistir pero nunca votar; b) en el caso de ampliaciones de capital, ejercerá el derecho de suscripción si son gratuitas, y si requieren desembolso, procederá a la venta de los derechos; c) en caso de dividendos u otros rendimientos, cuando se pueda optar entre percibirlos en metálico o en especie, elegirá siempre en metálico; d) en caso de valores convertibles o respecto de los que se ofrezca la conversión voluntaria en otros valores, no se ejercerá el derecho de conversión. Se admite una excepción, cuando se excluya de cotización valores afectados por una opa, cuando el valor ofrecido para la conversión fuera cotizado; d) en el caso de ofertas públicas de adquisición de valores en metálico, no acudirá a la oferta, salvo que en el folleto informativo se anunciara la intención de promover la exclusión de cotización de los valores afectados. O bien, que se trate de ofertas de exclusión.

LA FACTURA EN EL DERECHO MERCANTIL PROYECTADO

RAFAEL LARA GONZÁLEZ*

Resumen

La regulación de la factura en cuanto documento privado emitido por un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad para dejar constancia de una determinada transacción sigue fundamentalmente contemplada extramuros de la normativa mercantil. Sin embargo, los textos proyectados nos han sorprendido con la inclusión de la denominada en los mismos “factura aceptada”, prevista como título-valor con función de crédito. En el presente trabajo se lleva a cabo precisamente una aproximación al análisis de la factura aceptada en cuanto título cambiario, con especial interés en las peculiaridades que el documento presenta respecto de los tradicionales, especialmente pagaré y letra.

Contenido

1. La tangencial presencia de la factura en la codificación española. – 2. La factura aceptada: un cuarto título cambiario. – 2.1. Los títulos cambiarios en el Código Mercantil proyectado. – 2.2. Las peculiaridades cambiarias de la factura aceptada. – 2.2.1. El concreto contenido de la factura a los efectos de que pueda ser aceptada. – 2.2.2. La aceptación como declaración fundamental del título cambiario y la peculiar posición jurídico-cambiaria del emisor de la factura. – 2.2.3. La obligación causal y la obligación cambiaria. – 2.2.4. El vencimiento de la factura aceptada y el fraccionamiento del pago. – 2.2.5. Aspectos fiscales de la factura aceptada.

1. LA TANGENCIAL PRESENCIA DE LA FACTURA EN LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA

Un importante medio de prueba de las obligaciones mercantiles es la factura, documento privado a cuya fuerza probatoria hacía referencia el artículo 262 del Código de Comercio de 1829¹, precepto que empero no pasó al vigente (1885). A ese documento-factura nuestra jurisprudencia ha otorgado consideración especial estimando, por aplicación del artículo 1225 del Código Civil, que si la misma es

* Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Pública de Navarra.

¹ El precepto es del siguiente tenor literal: “Las obligaciones de comercio se prueban 1º Por escritura pública. 2º Por certificación ó notas firmadas de los corredores que intervinieren en ellas. 3º Por contratos privados. 4º Por las facturas y minutas de la negociación, aceptadas por la parte contra quien se producen. 5º Por la correspondencia. 6º Por los libros de comercio que estén arreglados á derecho. 7º Por la prueba testimonial. (...).

aceptada y reconocida por su destinatario, adquiere la fuerza y valor de una escritura pública².

La factura es así un documento privado emitido por un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad, para dejar constancia de una determinada transacción y servir de soporte al cumplimiento de sus obligaciones contables y fiscales³. Su emisión en la actualidad viene pues exigida y se halla sometida formalmente a los dictados de la legislación tributaria⁴.

El contenido de la factura difiere en función de las circunstancias de cada operación y de las características propias de las prestaciones que están en la base de su emisión. En la práctica, las facturas indican la fecha en que son emitidas, las partes intervinientes en la operación, una referencia más o menos detallada de las cosas o servicios objeto de la misma y el precio en dinero de la transacción a satisfacer por el deudor. En ocasiones, se extiende sobre la factura un recibí o declaración de conformidad por alguna de las partes en torno a ciertos hechos, relacionados con la ejecución de la operación, como el pago del precio, la recepción de la mercancía o la prestación del servicio; de modo que su contenido se extiende también a tales circunstancias.

Por principio, la factura vincula a quien la emite y su contenido hace prueba frente al autor de las declaraciones que figuran en ella; aunque tampoco puede eludir sus efectos quien, sin haberla emitido, pretenda hacerla valer frente a otros. La factura así adquiere una importante dimensión probatoria cuando, con independencia de su autoría, es debidamente contabilizada por un empresario o utilizada en sus declaraciones fiscales, porque uno y otro acto constituyen pruebas evidentes de la aceptación de su tenor.

Sin embargo, aparte de su función en el ámbito tributario, la de la factura no es, en principio, justificar, es decir, probar el pago por su destinatario del precio de la prestación facturada. Volviendo a nuestro Derecho Mercantil codificado, el texto de 1829 consideró la aceptada medio de prueba de las obligaciones mercantiles, respondiendo ello al uso de devolver el destinatario al emisor un ejemplar firmado de la factura.

Además, la decadencia del uso mencionado conduce a que ahora la factura justifique, solo en favor del destinatario y en la medida en que resulte de ella, la perfección del contrato y su contenido (objeto, naturaleza, calidad, tipo y cantidad, precio, forma y plazos de pago, ...), pero ni antaño ni en la actualidad el cumplimiento

² Cfr. las ya clásicas SSTs de 24 de enero de 1921, 14 de diciembre de 1928, 10 de octubre de 1931 y 9 de marzo de 1965. Vid. VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., "El contrato mercantil", en VV.AA., *Curso de Derecho Mercantil*, URÍA-MENÉNDEZ (dirs.), t. II, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 43.

³ Sic PILOÑETA ALONSO, L.M., *Curso de Derecho mercantil de la contratación*, 2ª ed., Ediuono, Oviedo, 2014, pp. 55 y 56, cuyas ideas hacemos nuestras.

⁴ La obligación de facturar de los empresarios y profesionales se recoge en el artículo 29.2.e) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en el artículo 164, apartado Uno, número 3º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido y, en el artículo 2.1 del Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación aprobado por el artículo primero del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre.

de las obligaciones de las partes, para lo que se usan otros tipos de documentos (albaranes, recibos, títulos-valores en poder del deudor o justificantes bancarios).

Ciertamente la factura puede indicar el pago de la totalidad o parte de su importe⁵, pero, como es patente, solo podrá hacerlo si se emite con posterioridad a su abono; a la vez que nada impide que la declaración del recibo del precio se extienda posteriormente sobre la propia factura⁶.

Tanto la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección correspondiente a la materia de la Comisión General de Codificación y presentado el 17 de junio de 2013 como el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado por el Consejo de Ministros el pasado día 30 de mayo de 2014 recogen meras referencias tangenciales a la factura⁷, con independencia de que el documento se emita en soporte papel o se emita mediante comunicación electrónica⁸, equivaliendo ésta a la clásica forma de emisión y produciendo, en consecuencia, idénticos efectos siempre que reúna

⁵ Incluso es obligado en las ventas minoristas, conforme al artículo 11.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, aunque no necesariamente en la factura. En efecto, cuando la perfección del contrato de compraventa no sea simultánea con la entrega del objeto o cuando el comprador tenga la facultad de desistir del contrato, el comerciante deberá expedir factura, recibo u otro documento análogo en el que deberán constar los derechos o garantías especiales del comprador y la parte del precio que, en su caso, haya sido satisfecha. Asimismo, la legislación de ordenación del comercio minorista [en un precepto (art. 14.2) dedicado curiosamente a la prohibición de la venta con pérdida] considera aceptadas y reconocidas por sus destinatarios las facturas que no hayan dado lugar a ningún reparo dentro de los veinticinco días siguientes a su recepción. Cfr. DÍAZ ALABART, S., “Forma de los contratos”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, PIÑAR-BELTRÁN (dirs.), Civitas, Madrid, 1997, pp. 104 y ss.; PARRA LUCÁN, M^a A., “Forma de los contratos”, en VV.AA., *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, BERCOVITZ, R.-LEGUINA (coords.), Tecnos, Madrid, 1997, pp. 177 y ss.; PORTELLANO DÍEZ, P., “Prohibición de la venta con pérdida”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, PIÑAR-BELTRÁN (dirs.), cit., pp. 139 y ss; así como MARÍN LÓPEZ, J.J., “Prohibición de venta con pérdida”, en VV.AA., *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, BERCOVITZ, R.-LEGUINA (coords.), cit., pp. 241 y ss.

⁶ SAP A Coruña (Secc. 5^a) de 14 de diciembre de 2007.

⁷ Así, la necesaria constatación del domicilio y datos de inscripción registral de los empresarios en las facturas que emitan; como medio material que provoque un particular acto de engaño realizado en relación con consumidores y a efectos de competencia desleal dando con dicha factura la impresión de que ya se ha encargado el producto o servicio comercializado sin que el consumidor haya hecho el pedido correspondiente; como documento previsto para determinar la fecha de inicio del cómputo del aplazamiento en las ventas de bienes muebles cuyo precio deba ser abonado de forma total o parcialmente aplazada; la constatación en la factura de una cláusula de reserva de dominio; o el deber del comisionista de custodiar los documentos y facturas correspondientes a la operación encargada.

⁸ La Ley 56/2007, de Medidas de impulso a la sociedad de la información, introdujo (art. 1) un importante paquete de medidas dirigidas a fomentar la utilización de la denominada “factura electrónica”, tanto en el marco de la contratación del sector público como en las relaciones entre empresarios, profesionales y “demás agentes del mercado”; con el fin todo ello de promover el desarrollo del comercio electrónico y un mejor aprovechamiento de sus ventajas. La expedición de facturas a las Administraciones Públicas por sus proveedores es objeto de regulación en la Ley 25/2013, promoviendo su formalización electrónica y creando un registro contable destinado a facilitar el seguimiento de las mismas. *Vid.* PALOMAR OLMEDA, A.; VÁZQUEZ GARRANZO, J., *La factura electrónica en la actividad de las administraciones públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 101 y ss.; y CALVO VÉRGEZ, J., “La implantación de la factura electrónica y el registro contable de facturas en el ámbito del sector público: ¿un paso adelante en la lucha contra la morosidad?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, abril, 2014, pp. 221 y ss.

los requisitos que le son legalmente exigibles, mantenga la integridad de su contenido y pueda ser atribuida indubitadamente a su emisor⁹.

El artículo 639-1 de ambos textos proyectados nos presenta exclusivamente una básica aproximación al concepto de factura por cuanto señala que ésta es un “documento que el vendedor deberá entregar o remitir al comprador o que el prestador de servicios deberá entregar o remitir a la persona a la que los hubiera prestado para el pago de las mercancías vendidas o de los servicios prestados¹⁰”.

No obstante, la regulación de la factura en cuanto documento privado emitido por un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad para dejar constancia de una determinada transacción sigue así fundamentalmente contemplada extramuros de la normativa mercantil¹¹. Ahora bien, los textos proyectados nos han sorprendido con la inclusión de la denominada en los mismos “factura aceptada”, prevista como título-valor con función de crédito, queriendo ofrecer, como señala la propia exposición de motivos del Anteproyecto de Ley, con ello a los “profesionales del tráfico un instrumento técnico que puede tener general acogida porque facilita también la circulación de los créditos¹²”.

En mi opinión, su irrupción en el panorama normativo español –siquiera proyectado- no encuentra especial relevancia para fomentar su utilización en el denominado descuento comercial, toda vez ya su habitual tráfico en esa operación. En efecto, los créditos descontados son tanto los que podríamos denominar ordinarios, reflejados en simples facturas emitidas por el acreditado, como aquellos otros que revisten naturaleza cambiaria y se hallan formalizados en letras –en la actualidad muy residualmente- o en pagarés.

La defensa procesal del crédito que la factura aceptada incorpora a través del específico proceso cambiario¹³, por el contrario, sí se revela como un aliciente en la previsión normativa de este potencialmente nuevo título cambiario¹⁴. En efecto, en

⁹ Téngase presente, no obstante, en el singular campo que nos ocupa el trabajo de MARTÍNEZ NADAL, A., *Problemática jurídica de los títulos cambiarios electrónicos en el Derecho español*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, *passim*.

¹⁰ No es extraño por ello que el citado precepto se introduzca con la modesta rúbrica o ladillo de “noción”, por cuanto es ciertamente una exposición elemental.

¹¹ Es preciso recordar que la exigencia legal de la emisión de factura trata de controlar y regular tanto las entregas de bienes como las prestaciones de servicios realizadas en el tráfico habitual comercial por empresas y profesionales para, de este modo, poder cumplir con las necesidades que tiene la Administración de recaudación a través de impuestos y, en especial, del impuesto sobre el valor añadido (IVA), que es el impuesto más afectado por la facturación empresarial o profesional. *Sic* CARRIÓN MORILLO, D., “La escritura pública puede servir como factura. Comentario a la STS (Sala 3ª) de 10 de marzo de 2014”, *Diario La Ley*, nº 8393, 2014, pág. 1.

¹² La factura aceptada, entiendo, ha sido prevista, por lo tanto, como un título circulatorio y con la finalidad de constituir un instrumento de crédito cambiario o crédito de descuento y en especial bancario.

¹³ La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, regula dos procesos especiales precisamente establecidos para la protección del crédito: los juicios monitorio y cambiario; y respecto de este último, a diferencia de lo que sucedía con la legislación derogada, la protección de los créditos documentados en títulos cambiarios pasa a adquirir sustantividad propia plasmada en los artículos 819 a 827. *Vid.*, por todos, ADÁN DOMÉNECH, F., *El nuevo proceso cambiario*, J.M. Bosch, Barcelona, 2002, *passim*.

¹⁴ La Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 812.1.2ª reconoce expresamente a la factura como documento apto para su utilización en el proceso monitorio, al igual que albaranes de entrega,

cualquier momento, pero especialmente en tiempo de crisis económica¹⁵, se revela necesario arbitrar sistemas eficientes de tutela judicial del crédito, pues así se contribuye a propiciar garantías de confianza a los diferentes operadores económicos, amén de estabilidad en el tráfico mercantil. Las normas, así, deben articular mecanismos eficaces que concedan seguridad a los sujetos intervinientes en la contratación y, en consecuencia, al acreedor. La factura puede ser aceptada por la persona a cuyo cargo se hubiera emitido y con la aceptación se asimila a los títulos de crédito¹⁶. De este modo, la factura no sólo cumple funciones probatorias, en cuanto identifica la mercancía o el servicio, su calidad, cantidad y precio, sino que constituye un título de crédito que incorpora la obligación de pagar cierta suma de dinero en el plazo determinado.

La importancia añadida por este nuevo instrumento desde el punto de vista jurídico-económico radica en la función sustitutiva que presenta respecto de los clásicos títulos cambiarios, pues el mismo documento factura (una vez aceptada) se eleva a rango de título valor, lo que no sucede con la factura ordinaria, pues las obligaciones a crédito si se quieren garantizar cambiariamente precisan otro documento colateral (pagaré o letra) a la factura¹⁷.

El objeto del presente trabajo se va a circunscribir precisamente a realizar una aproximación al análisis de la factura aceptada en cuanto título cambiario, con especial

certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor. Ahora bien, si el deudor presenta escrito de oposición dentro de plazo, como viene siendo lo habitual, el asunto se resolverá definitivamente en juicio que corresponda (*ex art. 818.1 LEC*). Por ende, el procedimiento monitorio no se ha revelado *per se* adecuado, toda vez que las facturas, en caso de no ser pagadas, representarán solo un medio probatorio de una deuda pendiente de pago sin el respaldo que tienen los títulos cambiarios. *Vid.* también por todos, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso monitorio*, La Ley, Madrid, 2000, *in totum*, así como GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El reformado proceso monitorio*, Bosch, Barcelona, 2010, *passim*.

¹⁵ El contexto de crisis económica, en general, y de crisis financiero-bancaria, en particular, está resultando ser un auténtico *stress test* para la práctica totalidad de nuestras instituciones y categorías jurídicas. En concreto, los títulos cambiarios, lejos de escapar a dicha prueba de resistencia, han experimentado de lleno el examen. La presencia de resoluciones judiciales de nuestro Tribunal Supremo en esta materia es constante en los últimos años: pagarés sin antefirma o estampilla (SSTS 24 y 31 de marzo de 2014 así como 2 de abril de 2014), originalidad del título para seguir el proceso especial (STS 5 de marzo de 2014), oposición cambiaria sustentada en la resolución del contrato de obra subyacente por incumplimiento de la tenedora del pagaré (STS 4 de noviembre de 2013), excepciones cambiarias oponibles, interpretación del artículo 67 LCCH y consolidación de la doctrina jurisprudencial (SSTS 9 y 10 de julio de 2013), o competencia en procedimiento de extravío de pagaré (ATS 14 de mayo de 2013). Asimismo, sobre la base de esa misma atalaya de observación de la realidad económica y jurídica como es el promontorio judicial se evidencia una vez más la íntima conexión entre entidades bancarias y títulos cambiarios, siendo buena muestra de ello dos recentísimas resoluciones de nuestro Alto Tribunal: la STS de 31 de marzo de 2014 (pignoración de un depósito a plazo fijo para que la entidad bancaria descontara dos pagarés) y la STS de 4 de abril de 2014 (cheque falso o falsificado y abono del mismo por la entidad bancaria).

¹⁶ En coherencia, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil prevé disposiciones finales que modifican la redacción de una serie de preceptos tanto del Código Civil como de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos precisamente a los documentos cambiarios y en los que se incluye la figura de la factura aceptada. En concreto, el artículo 1170 del Código Civil y los artículos 819 y 824 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁷ Por eso, no tendría coherencia aceptar la factura y a su vez documentar el crédito derivado de la compraventa o de la prestación del servicio en un pagaré o en una letra.

interés en las peculiaridades que el documento presenta respecto de los tradicionales, especialmente pagaré y letra.

2. LA FACTURA ACEPTADA: UN CUARTO TÍTULO CAMBIARIO

2.1. Los títulos cambiarios en el Código Mercantil proyectado

La Propuesta de Código Mercantil y el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil dedican el Libro sexto del respectivo texto normativo proyectado a regular los títulos cambiarios, en el marco de lo que denominan ambos “títulos-valores e instrumentos de pago y de crédito”¹⁸.

Así pues, el Título III se ocupa de los singulares títulos-valores que los textos proyectados refieren a modo “títulos de crédito”, expresión ésta que engloba a los clásicos títulos cambiarios, esto es, el cheque¹⁹, el pagaré y la letra de cambio, añadiendo ahora un cuarto título: la factura aceptada.

El régimen legal del cheque, del pagaré y de la letra de cambio sigue con suficiente fidelidad la normativa contenida en los Convenios de Ginebra de 1930, para letra y el pagaré, y de 1931, para el cheque, incorporados al Derecho español en la Ley 19/1985, de 16 de julio²⁰. Pero es necesario tener presente que estos Convenios, aunque suscritos por España, no han sido ratificados por nuestro país, lo que permite que el futuro Código pueda modernizar sin dificultad ese régimen legal, incorporando, de un lado, algunas normas sobre la Convención de letras de cambio y pagarés internacionales aprobada en 1988 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y, a la vez, pueda simplificar el régimen, como se manifiesta en la supresión de las copias de las letras de cambio y en que se elimina la figura de la intervención²¹.

Además el proyectado Código Mercantil, rompiendo definitivamente amarras con el régimen que para la provisión de fondos contenía el Código de comercio de 1885²², elimina cualquier referencia a la cesión de la provisión, que, en cuanto cesión de un derecho de crédito, queda sometida a las reglas generales²³.

¹⁸ BERCOVITZ, A., “Acerca del nuevo Código Mercantil”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Mercantil. Libro Homenaje al profesor Gómez Segade*, TOBÍO-FERÁNDEZ ALBOR-TATO (eds.), Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 34. Cfr. también PÉREZ MILLÁN, D., “Codificación y descodificación de los títulos-valores”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 289, 2013, págs. 43 y ss.

¹⁹ Si bien, como sabemos precisamente el cheque no cumple función alguna de crédito al ser en esencia un simple medio de pago a la vista, aunque naturalmente documenta un crédito.

²⁰ Vid. acerca del derecho uniforme cambiario SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Marco histórico-comparativo de la nueva disciplina sobre la letra de cambio”, en VV.AA., *Derecho cambiario*, MENÉNDEZ (dir.), Civitas, Madrid, 1986, pp. 64 y ss.

²¹ Vid. la Exposición de Motivos de ambos textos proyectados que recoge precisamente ésta y las siguientes cuestiones.

²² Un análisis de esta materia encontrándose la regulación en el seno del Código de Comercio vigente se halla en la clásica obra de RUBIO, J., *Derecho cambiario*, Gráficas Hergon, Madrid, 1973, *passim*.

²³ Vid. LARA GONZÁLEZ, R., “Réquiem por la cesión de la provisión en el Derecho cambiario español”, *Corpus Iuris Regionis, Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, nº 13, 2013, pp. 93 y

Las mayores modificaciones son las sistemáticas. Así, en primer lugar, destaca la unificación del régimen jurídico de los títulos de crédito, que se regulan unitariamente sin perjuicio de las especialidades que, en cada caso, se considere necesario mantener. En lugar de un régimen jurídico para la letra de cambio, de un régimen jurídico para el pagaré – preferentemente remisorio- y de un régimen jurídico del cheque, el Código proyectado contiene un único régimen jurídico del libramiento, de la transmisión, del aval, del pago y de la falta de pago de estos títulos, incluyendo, dentro de ese régimen único, las especialidades oportunas.

Pero, además, en la regulación se ha optado por dar mayor protagonismo al cheque y al pagaré²⁴ en detrimento de la letra, que, de ser un título hegemónico, ha pasado en los últimos años a ser un título menos relevante. En segundo lugar, destaca la inclusión dentro del articulado de las normas sobre Derecho internacional privado²⁵, que se incorporan ahora a cada una de las partes del régimen legal en que se regule la materia sobre la que se proyectan.

En todo caso y sin duda, la mayor innovación es la relativa a la factura aceptada²⁶, no desconocida, por el contrario, en Ordenamientos jurídicos extranjeros y donde recibe distintas denominaciones de entre las que predomina la de “factura cambiaria²⁷”.

ss.

²⁴ ILLESCAS, R., “Los aspectos sustantivos de la nueva regulación de la letra de cambio, del cheque y del pagaré”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 22, pp. 289 y 291, puso de relieve que la Ley Cambiaria de 1985 provocó una auténtica recreación del pagaré, pasando a estar configurado como un instrumento de vigor renovado llamado a desempeñar un lugar protagonista en el tráfico mercantil y financiero, como se ha demostrado en la práctica. No se ha cumplido así el pronóstico de LANGLE, E., *Manual de Derecho Mercantil Español*, t. II, Bosch, Barcelona, 1954, pp. 142 y 434, quien vaticinaba la desaparición del pagaré. *Vid.* también las referencias en DE ALMANSA MORENO-BARREDA, M., “Presente y futuro del pagaré cambiario”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº Monográfico: Diez años de la Ley Cambiaria y del Cheque, 1996, p. 257.

²⁵ Cfr. estas normas en su origen en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Las normas sobre «conflictos de leyes» en materia de letra de cambio, pagaré y cheque: presupuestos, soluciones y problemas”, en VV.AA., *Derecho cambiario*, MENÉNDEZ (dir.), Civitas, Madrid, 1986, pp. 953 y ss.

²⁶ De la que ya se ha hecho eco nuestra doctrina en sede manualística. *Vid.* PEINADO GRACIA, J.I., “El cheque. La factura aceptada”, en VV.AA., *Lecciones de Derecho Mercantil*, MENÉNDEZ-ROJO (dirs.) APARICIO (coord.), vol. II, 12ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 463 a 465.

²⁷ Brasil (Duplicata), Argentina (factura de crédito), Perú (factura negociable o conformada), Colombia, Bolivia, Guatemala, Nicaragua o Ecuador (factura cambiaria). La amplia presencia de este título valor en los países latinoamericanos se debe al “Proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina” (1967) elaborado por el Instituto para la Integración de América Latina (INTAL) - organismo especializado del Banco Interamericano de Desarrollo (BID)- el mismo que le da el nombre de factura cambiaria y que para aquellos especialistas que debatieron este proyecto era precisamente la denominación más adecuada.

2.2. Las peculiaridades cambiarias de la factura aceptada

2.2.1. El concreto contenido de la factura a los efectos de que pueda ser aceptada

Los títulos cambiarios son documentos esencialmente formales, haciéndose patente esta concepción rigurosamente formalista de los mismos tanto en la letra (art. 1 LCCH) como en el pagaré (art. 94 LCCH) y de igual modo en el cheque (arts. 106 LCCH). El documento pues que carezca de alguno de los requisitos indicados en la propia norma no tendrá la naturaleza cambiaria, salvo que dicha disposición supla expresamente la falta de formalidad (arts 2, 95 y 107 LCCH, respectivamente). En efecto, la válida constitución de una obligación cambiaria necesita, en todo caso, un título íntegramente formalizado.

Los textos de Código Mercantil proyectados se sitúan en esta misma línea también para la factura por cuanto se prevé (art. 639-2) el contenido que este documento deberá presentar. Así, la factura tendrá que contener: a) el nombre y domicilio de quien la expide; b) la denominación de “factura” inserta en el texto del documento empleado para la redacción del mismo; c) el número del documento; d) el nombre y domicilio del comprador o de la persona a la que se hubiera prestado el servicio; e) la identificación de las mercancías vendidas o de los servicios prestados, así como la fecha y circunstancias de la entrega de esas mercancías o de la prestación de esos servicios; f) la cantidad a pagar y, en su caso, el importe del impuesto que corresponda; g) la fecha y el lugar del libramiento; h) la fecha en la que la factura deberá ser pagada. En defecto de esta indicación se entenderá que la factura deberá ser abonada dentro del mes siguiente a la fecha del libramiento. En el caso de que el pago fuera mediante entrega de cantidades periódicas, la factura deberá expresar el número de pagos a realizar, las fechas de pago y la cantidad a pagar en cada una de esas fechas; i) la firma de quien la expide.

Estas menciones necesarias para que la factura pueda llegar a tener naturaleza cambiaria no coinciden exactamente con el contenido de la factura previsto por la normativa fiscal. En dicho marco, toda factura y sus copias contendrán los datos o requisitos que se disponen expresamente en la misma²⁸, sin perjuicio de los que puedan resultar obligatorios a otros efectos –por ejemplo los cambiarios- y de la posibilidad de incluir cualesquiera otras menciones. Y es que, en definitiva, los textos mercantiles proyectados no han querido regular la factura, sino sólo la factura aceptada.

²⁸ Artículos 6 y 7 del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación. Dicha norma reglamentaria, que traspuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2010/45/UE, establece un sistema de facturación basado en dos tipos de facturas: la factura completa u ordinaria y la factura simplificada, que viene a sustituir a los denominados tiques.

2.2.2. La aceptación como declaración fundamental del título cambiario y la peculiar posición jurídico-cambiaria del emisor de la factura

Entre los requisitos formales esenciales para que la factura tenga la consideración de título cambiario no sólo se encuentra el relativo a la persona que da origen al propio documento (emisor, expedidor o librador), con su firma – que no declaración cambiaria, como se verá más adelante- sino que debe concurrir con naturaleza de declaración cambiaria original o fundamental la firma del aceptante en el título.

En efecto, por mor de la disposición de cierre (art. 639-8) de la concreta regulación de la factura aceptada, referida precisamente al “[r]égimen supletorio”, a tenor de la cual “[e]n lo no previsto en este *Título*²⁹ será aplicable a la factura lo establecido en este Código para las letras de cambio”, cabe señalar que la aceptación se escribirá en la factura, se expresará mediante la palabra *acepto* o cualquier otra equivalente, e irá firmada por el destinatario de la misma, equivaliendo a la aceptación la simple firma de éste puesta en el anverso de la factura. Asimismo, la aceptación será pura y simple, si bien el comprador o la persona a la que se hubiera prestado el servicio podrían limitar la aceptación a una parte del importe. Cualquier otra modificación introducida por la aceptación en el texto de la factura girada por el vendedor o prestador del servicio, equivaldría a una negativa de aceptación. Esto no obstante, el aceptante quedaría obligado con arreglo a los términos de su aceptación.

Por la aceptación el comprador o la persona a la que se hubiera prestado el servicio se obliga a pagar la factura a su vencimiento. Ahora bien, la declaración cambiaria de aceptación no sólo convierte al destinatario del documento mercantil en obligado cambiario, reforzando procesalmente el crédito causal que el emisor ostenta frente a él, sino que la aceptación misma se revela un requisito consustancial para la propia adquisición de naturaleza cambiaria de la factura.

Naturalmente no existe una obligación cambiaria de aceptar, habida cuenta que ningún deudor puede verse sometido contra su voluntad al rigor cambiario, y siendo éste el sentido de que los textos proyectados señalen que “[l]a aceptación de la factura es meramente voluntaria” (art. 639-4, número 2)³⁰. Ahora bien, el incumplimiento de una obligación –extracambiaria- de aceptar la factura, de existir entre las partes intervinientes en el negocio jurídico subyacente, podría ser fuente de una potencial indemnización de daños y perjuicios en favor del emisor del documento, pero nunca podría provocar *per se* la consideración cambiaria de la factura.

Desde un punto de vista jurídico, las similitudes entre la factura aceptada por el deudor y los títulos de crédito son evidentes. Así, se ha señalado que la factura aceptada implica el reconocimiento de una deuda por un cierto importe pecuniario por parte del

²⁹ *Rectius* “Capítulo”, y específicamente el IX.

³⁰ Este mismo precepto 639-4, en su número 1, señala que “[l]as facturas podrán ser aceptadas por la persona a cuyo cargo se hubieran emitido”, disposición que, además de encontrarse en la misma línea argumentativa de la configuración facultativa de la aceptación, entiendo resulta coherente con la prevista eliminación de la figura de la intervención.

deudor aceptante a favor del acreedor que le ha vendido unas mercancías o prestado algún servicio, al mismo tiempo que puede implicar una promesa de hacer frente al importe de la deuda en ella consignado. Configurada de este modo, resultan evidentes las similitudes con los orígenes del pagaré, cuando éste se componía de un reconocimiento de deuda (*confessio*) y una promesa de saldarla (*promissio*)³¹.

Por otra parte, a diferencia de lo que sucede con el título cambiario de referencia –letra- para la configuración del nuevo, se ha dispuesto que el emisor de la factura aceptada “no responderá del pago de la misma por el aceptante” (art. 639-7 de los textos proyectados), a modo de cláusula *ex lege* de exoneración de la responsabilidad del emisor del documento. La natural función que la factura desempeña al hacer constar una concreta transacción que el emisor de la misma ha realizado con el destinatario, hace que no sorprenda que con el acto del libramiento el expedidor del documento mercantil no asuma a su vez la genérica promesa de pago de ese título que fundamentaría una obligación de regreso, resultando además que el destinatario del documento no está recibiendo una orden de pago que le autorizaría a abonar la cantidad por cuenta del librador, sino que el aceptante asume la obligación de pagar en cuanto comprador o persona a la que se han prestado unos servicios, y esencialmente por eso.

Por el contrario, la obligación del librador de la letra nace de su promesa de pago, que es además una obligación contractual. Por ello, la fuente de la obligación del librador es el contrato de entrega que perfecciona con el tomador en el momento en el que le facilita el título y éste lo toma, con lo que implícitamente acepta su promesa³². Y es que en la factura no aparece obviamente como elemento o requisito del título la figura del tomador, toda vez que está configurada con una estructura bipartita (emisor/aceptante)³³.

El vendedor o el prestador del servicio no es un obligado cambiario en el título, sino que es el acreedor del derecho proveniente del negocio causal y, por tanto, beneficiario. El emisor de la factura no firma el título, por ende, en los términos que lo hace un librador (declaración cambiaria) de los clásicos pagaré, cheque y letra, sino que elabora materialmente el documento, el cual, una vez signado por el comprador o persona que ha recibido los servicios, adquiere la naturaleza de título-valor. Siendo ello así, podría sostenerse que es este último quien crea el título cambiario toda vez que el emisor de la factura, pese a que esencialmente firma la misma, no se vincula cartularmente.

El artículo 639-5 de los textos mercantiles proyectados prevé que “[l]as facturas nominativas aceptadas podrán ser endosadas conforme a lo establecido en este Código para los títulos a la orden”. Lo que se contempla es, en mi opinión, una cesión

³¹ Sic PEINADO GRACIA, J.I., “El cheque. La factura aceptada”, cit., p. 464. Cfr. asimismo ARROYO, I., “El pagaré”, en VV.AA., *Derecho cambiario*, MENÉNDEZ (dir.), Civitas, Madrid, 1986, pp. 738 y ss., y GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, E., *El pagaré*, Marcial Pons, Madrid, pp. 17 y ss.

³² Cfr. IGLESIAS PRADA, J.L. “El libramiento de la letra de cambio”, en VV.AA., *Derecho cambiario*, MENÉNDEZ (dir.), Civitas, Madrid, 1986, pp. 434 y ss.

³³ Si se nos permite la expresión a los meros efectos didácticos y desde un punto de vista estructural de las posiciones jurídico-cambiarías, se podría decir que la factura aceptada es un pagaré al revés.

extracambiaria de un título nominativo, el cual, a pesar de su naturaleza, puede circular, sin embargo, mediante el expediente del endoso, de la misma manera que sucede con las acciones nominativas de las sociedades anónimas (*ex art. 120-2º in fine LSC*)³⁴.

2.2.3. La obligación causal y la obligación cambiaria

La factura es esencialmente pues un documento expedido para dejar constancia de una determinada transacción ya realizada y, en este sentido, los textos mercantiles proyectados establecen que “solo podrán emitirse facturas a la aceptación en caso de compraventa en la que las mercancías se hubieran entregado real y materialmente al comprador o en la que los servicios se hubieran prestado real y materialmente a quien los hubiera contratado³⁵”.

Entre quien expide la factura y su destinatario existe una natural relación crédito-deuda derivada precisamente de esas mercancías vendidas o de esos servicios prestados, a modo de lo que en terminología cambiaria se ha venido denominando “provisión”. Es necesario recordar que la factura a los efectos de que pueda ser apta para documentar un crédito cambiario debe contener necesariamente, como se ha puesto ya de manifiesto en el epígrafe anterior, “la identificación de las mercancías vendidas o de los servicios prestados, así como la fecha y circunstancias de la entrega de esas mercancías o de la prestación de esos servicios”.

Nos hallamos *prima facie*, en consecuencia, en una clara dirección cambiaria “causalista”, donde parece además haberse previsto una esencial relevancia de la provisión de fondos a efectos de la propia validez de la factura aceptada. Esta configuración descartaría de raíz no solo la denominada “factura proforma”, toda vez que no sería siquiera una factura³⁶, sino también dejaría extramuros de los potenciales efectos cambiarios una hipotética factura aceptada “de favor”, convenio de favor que, en este caso, lejos de hallarse amparado por el artículo 1255 del Código Civil³⁷, pudiera llegar a constituir un ilícito penal *ex artículo 390* en relación con el 392 del Código

³⁴ Cfr. RECALDE CASTELLS, A., “Transmisión de acciones”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, ARROYO-EMBED-GÓRRIZ (coords.), vol. I, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 581 y ss.

³⁵ Disposición plasmada en el artículo 639-3 de ambos textos y anunciado con la rúbrica “presupuestos de la emisión”, expresión ésta inexacta por cuanto, en su caso, tan solo establece un presupuesto de emisión, precisamente la existencia de relación jurídica subyacente.

³⁶ En efecto, la factura proforma es un documento que utiliza el vendedor para plasmar meramente una oferta detallada, generalmente de una futura venta, pero que no está exenta de valor en nuestro Ordenamiento como lo ha puesto de relieve la SAP Girona (Secc. 1ª) de 24 de octubre de 2011 “en cuanto al valor de la factura proforma acompañada con la demanda, debe señalarse que debe darse validez a la misma ya que el art. 326 de la LEC en su último párrafo permite dar validez a un documento privado no reconocido, conjugando su valor con el resto de la prueba; y la falta de reconocimiento del documento cuestionado no le priva de su valor probatorio pudiendo ser tomado en cuenta ponderando su grado de credibilidad atendiendo a las circunstancias del debate, y deducir su autenticidad de una apreciación global de las pruebas obrantes en autos, SSTS 27 noviembre y 24 octubre 2000, 29 marzo 1995, 22 octubre y 22 junio 1992 entre otras, interpretando tanto el art. 326 de la LEC como el art. 1225 del Código Civil”.

³⁷ Por el contrario, la cuestión se halla pacíficamente resuelta por cuanto al prototipo de título cambiario se refiere, cfr. extensamente PAZ-ARES, C., *La letra de favor*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 40 y ss.

Penal³⁸, confeccionándose deliberadamente un documento mercantil por el cual se acredita en el tráfico económico una relación jurídica absolutamente inexistente (factura falsa).

En definitiva, la aceptación de la factura será prestada ante todo con la finalidad de extinguir la relación causal que vincula al expedidor del documento con la persona a cuyo cargo se hubiera emitido, y esta aceptación voluntaria de la factura por el destinatario de la misma hace nacer *ex lege* una obligación cambiaria que se asume entonces por el aceptante *solvendi causa*³⁹.

Sin embargo, no nos hallamos ante un título configurado por la propia norma proyectada como título absolutamente causal en todo su *iter* cambiario; es decir, como título que, en todo caso, funciona en íntima conexión con el contrato que motiva su emisión. Así, la factura aceptada no se limita exclusivamente a documentar el crédito causal y conllevar al ámbito cambiario los efectos *inter partes*, pues la aceptación unida a la circulación de la factura por endoso descubre nuevamente la obligación cambiaria asumida por el comprador o por la persona a la que se hubiera prestado el servicio, desde su perspectiva *inter tertios*.

En efecto, el artículo 639-6 relativo a las consecuencias que se anudan a la aceptación dispone: “1. [s]alvo prueba en contrario, la aceptación de la factura hará fe de la debida y exacta entrega de las mercancías o de la debida y exacta prestación de los servicios contratados a que se refiere la propia factura. 2. [l]a prueba en contrario no será admisible frente a persona, distinta del *acceptante*⁴⁰, que haya adquirido la factura de buena fe y sin culpa grave”. Por ende, transmitida una factura aceptada a un endosatario de buena fe y presentada por éste al aceptante para que se proceda al pago, el aceptante no podrá oponerle excepción alguna sustentada en el negocio jurídico subyacente, ni por lo que respecta a la *debida* entrega de las mercancías o prestación de servicios, esto es, al cumplimiento mismo de la obligación, ni tampoco en lo relativo a la *exacta* entrega o prestación, es decir, a su cabal cumplimiento.

Esta configuración de la factura aceptada encuentra pleno encaje en el sistema cambiario español vigente y que, en esencia se mantiene también previsto en los textos

³⁸ En este sentido, es preciso poner de relieve que, respecto del alcance del artículo 390.1-2º del Código Penal, la jurisprudencia ha terminado por considerar que la redacción por parte de un sujeto de un documento que en absoluto se corresponde con la realidad constituye un supuesto de falsedad punible. *Sic* GARCÍA PÉREZ, O., “Títulos cambiarios y Derecho penal”, en VV.AA., *Derecho Cambiario*, BELTRÁN-SENÉS (dirs.) CAMPUZANO (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 460 y ss. Cfr. asimismo VARONA GÓMEZ, D., *Estafa y falsedad en títulos-valores (cheque, pagaré y letra de cambio)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, *in totum*.

³⁹ Esta dualidad de posiciones no supone dualidad de derechos ni de obligaciones. En efecto, ni el deudor queda obligado por la creación del título-valor a una prestación distinta de la que debe por razón de la relación subyacente o fundamental ni tampoco puede pensarse que el acreedor (emisor en nuestro caso de la factura) sea titular de un doble derecho a ser satisfecho. La mejor prueba de ello está en lo que dispone el artículo 1170 del Código Civil, precepto éste que está previsto sea también objeto de modificación para incluir junto a los títulos cambiarios tradicionales, la factura aceptada.

⁴⁰ La cursiva es nuestra y tiene la finalidad de poner de manifiesto lo que parece ser una errata del hacedor de los textos proyectados, por cuanto el precepto no encuentra sentido en la referencia a la figura del aceptante sino en la del emisor (expedidor) de la factura o librador.

proyectados como anteriormente se ha señalado, de modo que el nuevo documento funcionaría como título causal en las relaciones del expedidor con el aceptante y como título abstracto en las demás relaciones cambiarias que pudieran recogerse (p. ejm. endosatario vs. aceptante)⁴¹. La persona que, según la factura aceptada, está obligada al cumplimiento de la obligación en él documentada (aceptante) no podrá oponer al tenedor excepciones fundadas en las relaciones personales con el emisor de la factura, a no ser que el tenedor, al adquirir el título, hubiera actuado a sabiendas en perjuicio del deudor.

2.2.4. El vencimiento de la factura aceptada y el fraccionamiento del pago

La normativa proyectada contempla un peculiar régimen de vencimiento de la factura aceptada que se separa en parte del previsto para el vencimiento de la letra y del pagaré. Así, la factura contendrá “la fecha en la que factura deberá ser pagada” [art. 639-2 h)] por el aceptante y, en consecuencia, por cuanto fecha, en mi opinión, no equivale a fecha fija, el emisor de la factura puede hacer uso de las cuatro clases de vencimiento previstos para letra y pagaré; esto es, una fecha fija, un plazo contado desde la fecha del libramiento, a la vista o un plazo contado desde la vista.

Sin embargo, en el supuesto de que el vencimiento no esté expresado en la factura no se considerará la misma pagadera a la vista, sino que, “en defecto de esta indicación se entenderá que la factura aceptada deberá ser pagada dentro del mes siguiente a la fecha del libramiento” [asimismo art. 639-2 h)]. Se ha tomado así como referencia la determinación del plazo de pago fijada hoy en el artículo 4 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales⁴².

En esta misma línea de especialidad de la factura aceptada respecto del vencimiento, el régimen previsto para la misma se aparta del tradicional dispuesto para letra y pagaré, por cuanto estos dos títulos si indican otros vencimientos distintos de los reseñados anteriormente o prevén vencimientos sucesivos serán nulos. Por el contrario, en la factura aceptada encuentra pleno encaje el pago fraccionado de la cantidad total recogida en el título, por cuanto se señala en los textos proyectados que “[e]n el caso de que el pago fuera mediante entrega de cantidades periódicas, la factura deberá expresar el número de pagos a realizar, las fechas de pago y la cantidad a pagar en cada una de

⁴¹ La fuente de la obligación cambiaria en este caso no es entonces el contrato subyacente entre el emisor de la factura y el comprador o la persona a la que se hubiera prestado el servicio, sino la simple firma del documento o apariencia que genera la firma del aceptante en un documento formalmente apto para recoger esa declaración cambiaria.

⁴² En efecto, en el párrafo primero del número 1 del citado precepto se establece que “[e]l plazo de pago que debe cumplir el deudor, si no hubiera fijado fecha o plazo de pago en el contrato, será de treinta días naturales después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, incluso cuando hubiera recibido la factura o solicitud de pago equivalente con anterioridad”. Acerca de esta Ley y de su precedente la Directiva 2000/35, *vid.* PERALES VISCASILLAS, M^a P., *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas*, Civitas Thomson, Cizur Menor, 2006, *passim*, pero especialmente por lo que nos ocupa, pp. 172 y ss.

esas fechas” [art. 639-2 h), párrafo segundo].

2.2.5. Aspectos fiscales de la factura aceptada

La crisis económica ha hecho resurgir determinados instrumentos jurídicos que de una manera directa cumplen funciones de crédito. En concreto, los títulos cambiarios y, de entre estos, especialmente el pagaré. Esta evidencia, ha provocado que se vuelva a cuestionar la no bien resuelta habilidad de la letra y del pagaré no timbrados, o insuficientemente timbrados, para dar lugar al juicio cambiario, problema este tantas veces planteado en sede judicial también en la actualidad.

En el marco de los procesos para la protección del crédito se halla el juicio cambiario que procede cuando el crédito exigido por el demandante se fundamenta en uno de los actuales tres títulos-cambiarios, pero que, en coherencia, con la previsión de incluir la factura aceptada como cuarto título, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, prevé su inclusión en pie de igualdad procesal con el pagaré, el cheque y la letra.

Ante esta previsión nos debemos plantear pues si la factura aceptada necesita ser timbrada para que sea documento apto para proteger el derecho que incorpora a través de ese proceso especial cambiario. Y para ello es preciso exponer el *status quaestionis* de esta situación en letra y pagaré.

El pagaré no necesita del timbre para que el crédito que dicho título documenta sea reclamado a través de juicio cambiario. Ante la interposición de una demanda en juicio cambiario por un tenedor de pagaré frente al deudor, no resulta extraño que éste arguya en su escrito de oposición la “falta de fuerza ejecutiva” del pagaré por ausencia del timbre. En esencia, se suele alegar el incumplimiento de la obligación de abono del correspondiente impuesto en los pagarés mediante timbres móviles o en metálico, y que ello supone un obstáculo al acceso a la vía del juicio cambiario.

Respecto a la falta de timbre en los pagarés, la llamada jurisprudencia menor ha venido resolviendo que no procede extender a ellos lo previsto respecto de las letras de cambio en el artículo 37 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados⁴³.

En relación con las letras de cambio, la STS de 10 de julio de 2009 ha confirmado la jurisprudencia tradicional⁴⁴ sobre el juicio ejecutivo de la anterior Ley procesal/1881 en relación con la falta o insuficiencia de cuantía del timbre, también para el juicio cambiario de la Ley de Enjuiciamiento Civil/2000, sin olvidar recientes resoluciones que se sitúan extramuros de dicho parecer al considerar que no puede

⁴³ Así se manifiesta la SAP Alicante (Secc. 7ª) de 27 de septiembre de 2000, SAP Zaragoza (Secc. 4ª) de 14 de julio de 2000, SAP Sevilla (Secc. 8ª) de 27 de julio de 2001, SAP Madrid (Secc. 21ª) de 29 de abril de 2002, SSAP Valencia (Secc. 9ª) de 5 de julio de 2005, 17 de julio de 2007, 19 de mayo de 2011 y 29 de junio de 2011 o la SAP La Coruña (Secc. 4ª) de 28 de abril de 2011, entre muchas otras.

⁴⁴ Por todas, STS de 1 de julio de 1999.

hacerse depender el acceso al juicio cambiario de una cuestión fiscal⁴⁵.

Pero en relación a los pagarés, la respuesta de las SSTS de 23 de diciembre de 2010 y 18 de enero de 2011 ha sido, en la misma línea que las sentencias de instancia, la de afirmar la habilidad del pagaré no timbrado para dar lugar al juicio cambiario, respuesta ésta que, en mi opinión, debiera de darse también a la factura aceptada.

En efecto, no ofrece duda que las normas privativas de derechos y sancionadoras deben ser interpretadas de forma restrictiva y, en este sentido, no cabe aplicar al pagaré –ni a la factura aceptada– el mismo régimen jurídico que para la letra de cambio establece el artículo 37.1 de la mentada Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que establece “las letras de cambio se extenderán necesariamente en el efecto timbrado de la clase que corresponda a su cuantía. La extensión de la letra en efecto timbrado de cuantía inferior privará a estos documentos de la eficacia ejecutiva que les atribuyen las leyes⁴⁶”; y ello es así, toda vez que no existe un precepto similar con relación a estos instrumentos de giro, sin que quepa hacer una interpretación extensiva, atribuyendo tal régimen jurídico de privación de fuerza ejecutiva a títulos valores no previstos en la Ley, violando la prohibición de la aplicación analógica de las normas fiscales del artículo 14 de Ley General Tributaria.

Lo que existe es pues un tratamiento deliberadamente diferenciado del régimen impositivo de la letra de cambio y del pagaré, que obedece tanto a su diferente función en el tráfico jurídico –la letra es por esencia un título circulante, y no lo es por esencia el pagaré, aunque pueda realizarse en modalidad de pagaré a la orden y admita el endoso–, y además, constituyendo el pagaré una promesa pura y simple de pagar una cantidad de dinero por el deudor a una persona determinada, no deja de ser un contrasentido que quedara privado el acreedor de algunas de las preferencias o privilegios procesales que para su cobro le otorga el legislador, por el incumplimiento en el momento de su creación de alguno de los requisitos que incumben (y entre ellos los de índole fiscal) a quien lo expide o emite.

En consecuencia, el cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa mercantil cambiaria opera, tanto desde el punto de vista sustantivo como desde la perspectiva procesal, como condición necesaria y suficiente, y el documento que de acuerdo con dicha normativa deba ser calificado como título cambiario, cubre las exigencias procesales para que el crédito incorporado al mismo pueda ser reclamado por el cauce del juicio cambiario.

Por último, los textos mercantiles proyectados al fijar el contenido de la factura a efectos cambiarios prevén que el documento debe recoger “la cantidad a pagar y, en su caso, el importe del impuesto que corresponda”. La prevención de “en su caso” encuentra su sentido en que existen determinadas transacciones que bien están exentas

⁴⁵ Vid. SAP Madrid (Secc. 8ª) de 31 de octubre de 2011. En la doctrina *vid.* contundentemente EIZAGUIRRE, J.Mª, “La letra de cambio no precisa de efecto timbrado”, *Diario La Ley*, nº 5529, 2002, pp. 1 y ss.

⁴⁶ Vid. extensamente el gravamen fiscal de los títulos cambiarios en FERNÁNDEZ MARÍN, F., “La fiscalidad de los títulos cambiarios”, en VV.AA., *Derecho Cambiario*, BELTRÁN-SENÉS (dirs.) CAMPUZANO (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 403 y ss.

de pagar impuestos o bien no se hallan sujetas al pago del mismo. Y la mención expresa al “impuesto que corresponda”, aun pareciendo estar aludiendo exclusivamente a los impuestos indirectos (IVA, IGIC, IPSI) también deberá la factura recoger, cuando proceda, las retenciones propias de los impuestos directos (IRPF e IS)⁴⁷.

⁴⁷ Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación titulado “Operaciones bancarias de activo y pasivo en el contexto de crisis económica: hacia la unificación de la contratación privada” dirigido por la profesora M^a Ángeles Egusquiza Balmaseda, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Pública de Navarra, y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Número de referencia DER2011-23281.

EL PAGARÉ CAMBIARIO Y LAS EXCEPCIONES BASADAS EN LAS RELACIONES PERSONALES EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL (ACM)

JORGE LÓPEZ CURBELO*

Resumen

En este estudio se analiza la problemática relativa al régimen de oposición de excepciones basadas en las relaciones personales por parte del demandado cambiario firmante de un pagaré. Se hace una breve referencia histórica a fin de delimitar correctamente la naturaleza del pagaré respecto de la que es propia de la letra de cambio. Se analiza la regulación prevista en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil en los artículos 610-14 y 638-34 en materia de excepciones oponibles frente al acreedor cambiario así como la más reciente doctrina sentada por el Tribunal Supremo sobre esta particular cuestión y su aplicabilidad a los supuestos contemplados en la regulación proyectada.

Contenido

1. Introducción. – 2. Breve apunte histórico: origen y evolución posterior del pagaré cambiario. – 2.1 Origen de la figura. – 2.2. Antecedentes legales y desarrollo en el derecho español. – 3. El abandono del sistema causalista francés y la LCCh de 1985. – 3.1 Adaptación a la regulación ginebrina. – 3.2. La polivalencia funcional del negocio cambiario. – 4. La regulación del pagaré en el Anteproyecto del Código Mercantil: especial referencia al régimen de las excepciones. – 4.1. Consideraciones preliminares. 4.2. Naturaleza y características esenciales del pagaré en el ACM. – 5. El pagaré cambiario y sus excepciones. – 5.1. La regulación de las excepciones en el ACM. – 5.2. Las excepciones materiales. – 5.3. Las excepciones basadas en las relaciones personales. – 5.4. La vigencia de la doctrina del Tribunal Supremo sobre las excepciones fundamentadas en el negocio subyacente del pagaré ante el nuevo marco regulatorio. – 6. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito del juicio cambiario, según se ha destacado en nuestra inveterada doctrina, no ha existido ningún otro problema que pueda equipararse en importancia al que representa la oposición de las excepciones cambiarias¹. Una de las prioridades que debe

* Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

¹ Así, GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1976, p. 793, quien no dudó en advertir que se trataba de “un problema de vida o muerte para la letra como medio de conceder un crédito con garantía.

presidir toda regulación en materia cambiaria es la apropiada y conveniente protección del crédito que se incorpora a un título valor. Así se reconoció, en su momento, en la Exposición de Motivos de la Ley Cambiaria y del Cheque (LCCh), en donde se insiste, además, en la idea de que “la circulación de los títulos no puede quedar sometida al mismo régimen que la simple cesión de créditos”. Por otra parte, el grado de amparo y atención que se confiera al deudor cambiario determinará que la norma acoja una orientación favorable a la configuración causal del título o, por el contrario, que se instaure una tendencia a su abstracción. El régimen legal de un sistema de excepciones responde, primordialmente, a la idea de graduar el derecho del legítimo titular de un título cambiario, que aspira al eficaz ejercicio de la acción planteada². Se ha insistido en la evidencia de que con la LCCh de 1985 se logró pasar de un sistema sustancialmente inspirado en el modelo francés a otro de corte ginebrino, que hundía sus raíces en el ordenamiento alemán³.

Una manifestación de tal intención se aprecia en la redacción de los artículos 20 y 67.I de la LCCh que pretenden reforzar el carácter abstracto de la letra cuando las relaciones de los sujetos cambiarios se sitúan en un plano puramente cartular, dado que las mismas operan única y exclusivamente en relación a terceros y no *inter partes*. Sin embargo, el espíritu causalista subsiste entre el firmante del título y su contraparte en la relación subyacente o extracambiaria. De este modo, en nuestra regulación cambiaria renace enteramente el vínculo con el negocio subyacente en los supuestos en que a la condición de acreedor cambiario se le suma, además, la de acreedor extracambiario, siendo así que toda excepción causal es inoponible ante el tercero poseedor de buena fe en la relación cartular. Estaríamos, pues, en el caso, acorde con la terminología de la LCCh, según el cual el tenedor al adquirir la letra no habría procedido a sabiendas en perjuicio del deudor.

La problemática apuntada adquiere especial relevancia en el ámbito del pagaré cambiario, como ha evidenciado la inexistencia de criterio unánime en la doctrina de nuestras Audiencias Provinciales, al resolver sobre el ejercicio de la acción cambiaria y sus posibles excepciones. El parecer del T.S. ha puesto término a tales divergencias al sentar, como tendremos ocasión de examinar, que el pagaré cambiario, a pesar de ser un título abstracto, mantiene cierta vinculación con la relación subyacente que explica la emisión del propio título.

² Idea claramente expresada en SÁNCHEZ CALERO, “Las excepciones cambiarias”, *RDBB*, núm. 29, 1988, p. 10, a colación del problema derivado de la inexistencia en nuestro ordenamiento de un sistema de limitación de las excepciones oponibles frente al ejercicio de la acción cambiaria ordinaria.

³ En MENÉNDEZ, A., “Presentación”, en *Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, (MENÉNDEZ, A., coord.), Madrid, 1986, p. 11, se destaca que la Ley Cambiaria implicó un sustancial cambio del sistema en cuanto a sus principios, orientación y técnica.

2. BREVE APUNTE HISTÓRICO: ORIGEN Y EVOLUCIÓN POSTERIOR DEL PAGARÉ CAMBIARIO

2.1. Origen de la figura

Hay consenso en afirmar que los orígenes históricos del pagaré coinciden con los del propio Derecho mercantil, como categoría histórica, dentro de unas coordenadas temporales y espaciales, justo cuando se conforma el Derecho mercantil como un derecho autónomo de clase profesional, por efecto de la costumbre de los mercaderes, con una jurisdicción específica basada en la autonomía corporativa.

En el período que transcurre entre los comienzos del siglo XII y la segunda mitad del siglo XVI se van desarrollando paulatinamente las instituciones más características del Derecho mercantil con la finalidad básica de conformar una disciplina que abordara eficientemente los problemas del mercado y del intercambio⁴. Concretamente, en el marco espacial conformado por las ciudades del norte de Italia, tales como Pisa, Milán, Florencia, Piacenza, Génova, y otras muchas, se van insinuando los títulos cambiarios, primero el pagaré y después la letra de cambio, como instrumentos aptos para la ejecución de un contrato de cambio trayectivo⁵.

En un principio la figura del *campsor* se limitaba a una simple permuta o trueque material entre diversas especies monetarias. Sin embargo, el *bancherius*, se convertiría en un cualificado protagonista de una fórmula jurídica que facilitaba el pago entre lugares distintos que, en muchas ocasiones, implicaba un cambio de moneda por ser necesaria la entrega del equivalente dinerario. La dificultad y el riesgo inherentes al transporte físico del numerario entre dos plazas mercantiles distantes quedaban minimizados merced a la figura de este contrato de cambio caracterizado por la promesa de envío de fondos. La compra de mercaderías en plaza distinta a la propia se facilitaba y fomentaba a través de una operación mercantil por la que un sujeto determinado recibiría en el lugar geográfico pactado el numerario que se requería para materializar la compraventa. Así, un banquero adquiere de un mercader una suma en efectivo de la especie pactada, *ex causa cambii*, en una plaza mercantil determinada, confesándose ante notario deudor del mercader. A cambio prometía pagar por sí o por otros en lugar distinto y en otra moneda una cantidad equivalente al propio mercader o a quien este indicara, con expedición de una carta o documento escrito comprensivo de tales especificaciones.

⁴ Así, se justifica en ASCARELLI, *Iniciación al estudio del Derecho mercantil*, (trad. de Verdera y Tuells), Barcelona, 1964, p.39, en donde, además, se nos recuerda que la actividad mercantil exige una red de auxiliares, especialmente cuando se ejerce entre plazas distantes; auxiliares en el establecimiento del principal, con la consiguiente doctrina de los factores y de los dependientes; auxiliares lejanos, que da pie a la teoría de los agentes y comisionistas.

⁵ La doctrina destaca como los primeros pagarés aparecen documentados en el año 1155 en el protocolo notarial del genovés J. Scriba, pudiéndose consultar al respecto ARROYO MARTÍNEZ, “El pagaré”, en Menéndez Menéndez (dir.), *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, Madrid, 1986, p. 738, quien, a su vez, se apoya en LATTELS, *Genova Nella storia del diritto cambiario italiano*, “Rivista Diritto Commerciali”, 1915, pp. 206 y ss. y U. NICOLINI, *Studi sorichi sul pagherò cambiario*, Milano, Guiffè, 1956, pp. 62-64.

Es importante subrayar que, históricamente, el pagaré no contenía mandato de pago alguno, lo que es propio de la letra de cambio⁶, sino que encerraba una promesa solemne, incondicional y directa de pago, derivada del reconocimiento de una deuda previa. Contenía, pues, una declaración relativa a la promesa de pago y otra referida a la cláusula valor. El pagaré, como es sabido, es anterior en el tiempo a la letra de cambio, porque de la promesa de pago se pasa al mandato de pago cuando se unifica el pagaré, como tal documento, y la simple carta de pago. Surge así la figura de la letra de cambio, posiblemente, y entre otras razones, por motivos de economía documental y de coste, resultando absorbido el elemento causal del instrumento notarial⁷. La proximidad de ambas figuras en el tiempo y en su naturaleza no debe inducirnos a error hasta el punto de solaparlas y confundirlas, pues ambos institutos nacieron con unos perfiles característicos diferenciados que se han mantenido a lo largo del tiempo.

2.2. Antecedentes legales y desarrollo en el Derecho español

Es asunto pacífico admitir que la primera regulación específica de la figura objeto de estudio aparecía recogida con el nombre de “vale” en los artículos 1 a 6 del Capítulo XIV de las Ordenanzas de Consulado del Bilbao de 1737. Conviene destacar que en dicho texto legal se advertía que se trataba de una práctica propia de los comerciantes en los casos de préstamo, compraventa y fijación del saldo deudor en el contrato de cuenta corriente. Este pagaré poseía naturaleza causal por su dependencia del negocio subyacente. Aparte de la referencia a unas menciones mínimas que debían figurar en el documento, se preveía que los procedimientos judiciales fueran sumarios y ejecutivos, sin que fuera posible admitir excepción alguna.

Posteriormente, los artículos 558 a 571 del Código de comercio de 1829 trataban de las libranzas y de los vales o pagarés a la orden. Estos dos últimos términos eran equivalentes, lo que suponía una consecuencia del hecho de que el vale implicaba la obligación de pagar una suma dineraria por el suscriptor, de ahí que representara siempre una promesa de pago, lo que justificaba plenamente la denominación de “pagaré”⁸. Se mantuvo la configuración de este documento mercantil como un título nominativo a la orden y, de acuerdo con el artículo 558 de este cuerpo legal, se exigía que la emisión del mismo derivara de una operación mercantil para que mereciera la calificación de pagaré, en línea con el *Code* napoleónico, en el que la causalización de la figura era una característica sustancial.

El diseño legal del Código de comercio de 1885 mantuvo la tradición jurídica española en cuanto al tratamiento conjunto del pagaré a la orden y la libranza. Bajo esta regulación el pagaré respondía a las características de ser un documento librado a la orden, formal y causal. De todas estas notas, la exigencia de que se tratara de un documento emitido con base en una operación mercantil era, sin duda, la más

⁶ Vid. SUPINO, *Derecho Mercantil, II*, (tr. de Benito Lorenzo) Madrid, 1913, p. 3

⁷ Vid. GARRIGUES, “Tratado de Derecho Mercantil”, R.D.M., t. II, Madrid, 1955, p. 146.

⁸ Vid. GARRIGUES, “Tratado...”, cit., p. 134.

significativa⁹. En tal sentido el núm. 7 del artículo 531 del Código exigía que constara “el origen y la especie del valor que representasen”. En consecuencia, los títulos que se emitían como consecuencia de cualquier relación subyacente carente de naturaleza mercantil estaban despojados de fuerza ejecutiva y de la tutela que garantizaba el rigor cambiario.

3. EL ABANDONO DEL SISTEMA CAUSALISTA FRANCÉS Y LA LCCh DE 1985

3.1. Adaptación a la regulación ginebrina

Sin perjuicio de admitir, como se apuntó más arriba, que aunque históricamente la regulación española del pagaré estuvo condicionada por su vinculación al negocio causal, lo cierto es que la disciplina positiva de la figura en nuestros códigos de comercio siempre se inspiró, en última instancia, en el modelo causalista francés del *Code* napoleónico, lo cual no es más que una manifestación concreta de una tendencia general de muy larga tradición¹⁰.

Las Leyes Uniformes anejas a los Convenios de Ginebra de 7 de junio de 1930 y 19 de marzo de 1931, siguiendo el modelo de los ordenamientos inspirados en la corriente abstracta, instauraron un sistema cambiario de naturaleza cartular que ignoraba en gran medida las vicisitudes extracambarias que subyacían a la emisión de la letra y, por ende, al pagaré cambiario. Como es sabido, España nunca llegó a ratificar los Convenios de Ginebra, por lo que nuestra LCCh se limitó a inspirarse en el Derecho ginebrino, sin que tal circunstancia supusiera la ejecución de un compromiso internacional, como se ha evidenciado por la doctrina¹¹. No debe, pues, olvidarse el dato de que nuestra LCCh es una Ley exclusivamente nacional que se limita a seguir las directrices jurídicas de los “principios ginebrinos”, aproximándose a su régimen de excepciones oponibles por el deudor. Ello no obstante, se ha evidenciado un claro esfuerzo de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a los esquemas ginebrinos y un intento de cambio respecto del anterior régimen del Derecho cambiario codificado. La cuestión es determinar hasta qué punto se abandonó el modelo causalista francés para

⁹ Desde antiguo la jurisprudencia condicionó la naturaleza cambiaria del pagaré a la mercantilidad del contrato, por lo que la operación originaria de carácter mercantil, y no la subsiguiente, extendía este mismo carácter al título valor. Así, LANGLE, *Derecho Mercantil Español*, t. II, Barcelona, 1954, p. 437.

¹⁰ A partir del proceso revolucionario francés, tanto el Derecho público como, particularmente, el Derecho privado irrumpió con fuerza en el Derecho español, como se evidencia en Soleil, “La formación del derecho francés como modelo jurídico”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n. 28, Valparaíso, 2006, XXVIII, p. 398. Se ha reiterado por la doctrina (*Vid.*, entre otros, SÁNCHEZ ANDRÉS, “Marco histórico-comparativo de la nueva disciplina sobre la letra de cambio” en Menéndez –dir-, *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, Madrid, 1986, pp. 58-60 y LESCOT y ROBLOT, *Les effets de comerse*, I, París, 1953, pp. 120 y ss.) que el ordenamiento cambiario galo es el máximo exponente del sistema causalista porque se partía de la premisa de que toda letra venía a ser un instrumento de ejecución de contratos precedentes, por lo que el derecho impersonal de naturaleza circulante quedaría subordinado a la preeminencia de las relaciones *inter partes*.

¹¹ *Cfr.* SÁNCHEZ ANDRÉS, “Marco histórico-comparativo...”, cit., p. 84.

acomodarse, con los matices que se quiera, en el entorno de la concepción abstracta preconizada por antonomasia en la tradición y regulación alemanas.

En apoyo de esta última posición se ha señalado que el pagaré, proceda de donde proceda, es un título cambiario de naturaleza abstracta, con lo que debe prescindirse del contrato subyacente del negocio causal que motivó su emisión, sea éste civil o mercantil¹².

De acuerdo con la regulación contenida en la LCCh el pagaré quedó configurado como un título-valor formal, literal y abstracto que encierra una promesa pura y simple de pagar una suma dineraria a su vencimiento, en lugar especificado a favor de una persona determinada o a la orden de ésta.

3.2. La polivalencia funcional del negocio cambiario

Los negocios jurídicos obedecen, normalmente, a una finalidad típica económica en virtud de la cual queda justificada su existencia y su reconocimiento jurídico. Sin embargo, el negocio cambiario, no responde sustancialmente a este esquema, en tanto en cuanto se trata de un negocio secundario dotado de una polivalencia funcional que le permite acoplarse al negocio subyacente. En este sentido se dice que estamos en presencia de negocios abstractos en el orden funcional¹³. De todos modos, en rigor terminológico, cabría denominarlos más propiamente como negocios con causa plural o variable, porque son abstractos en tanto en cuanto son susceptibles de incorporar múltiples causas distintas y el pagaré no constituye una excepción a esta afirmación, dado que puede encerrar una causa *credendi, donandi, solvendi, etc.*

La existencia del negocio jurídico abstracto en su forma más prístina es una consecuencia natural de la evolución de la doctrina alemana decimonónica que se consagra en el Código civil alemán, hasta el punto de excluir la causa del elenco de los requisitos esenciales del negocio jurídico. Dentro de este esquema regulatorio, en el Derecho de obligaciones alemán, la mayoría de los contratos obligatorios son causales, en cuanto que no sólo contemplan la simple promesa de una prestación sino también el convenio relativo a la intención jurídica con que se da y se recibe esa promesa¹⁴. Sin embargo, hay figuras típicamente abstractas, como la promesa de deuda (parágrafo 780 *BGB*) o el reconocimiento de deuda (parágrafo 781 *BGB*). En este esquema germano la construcción dogmática del negocio cambiario es acorde con los principios en que se inspira su derecho de obligaciones, con lo cual su inserción dentro de las categorías contractuales no plantea problema alguno¹⁵, lo que, además, se vio favorecido en su

¹² Así, SASTRE PAPIOL, “El pagaré como instrumento de garantía de las operaciones de préstamo”, *RDBB*, núm. 44, 1991, p. 1.022.

¹³ Vid. PAZ-ARES, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Madrid, 2005, p. 179, quien abunda en la idea de que es un negocio abstracto porque carece de una causa típica que le sirva como elemento individualizador del llamado “tipo negocial”.

¹⁴ Así, en ENNECCERUS, KIP y WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo segundo, Derecho de obligaciones, I, tr. de González Pérez y Alguer, Barcelona, 1933, pp. 143 y ss., se aclara que los contratos abstractos no acogen el convenio causal, puesto que hacen abstracción del mismo.

¹⁵ Vid., con mayor detalle, PAZ-ARES, *Naturaleza jurídica...*, cit. p. 188. Sobre este particular se puntualiza en DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, p. 295 que en la promesa y el reconocimiento de deuda el deudor puede verse privado de sus excepciones por defectos del negocio

momento por las notas de seguridad, simplicidad y claridad que abonaron enormemente el desarrollo del negocio abstracto. Las fatales consecuencias que pudieren derivarse de la aplicación estricta de la abstracción del negocio, con las consustanciales adquisiciones de derechos sin fundamento jurídico alguno quedaban paliadas con la excepción de enriquecimiento (parágrafo 812 BGB). En tal sentido, el crédito cambiario nace de la propia creación del título al margen de cualquier relación causal antecedente, facilitándose la circulación y estableciéndose una frontera infranqueable entre la realidad cambiaria y la extracambiaria.

4. LA REGULACIÓN DEL PAGARÉ EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL: ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN DE LAS EXCEPCIONES

4.1. Consideraciones preliminares

Al margen de las razones de política legislativa que han justificado la redacción del ACM, lo cierto es que el texto se inspira fundamentalmente, como se reconoce en su propia exposición de motivos, en la iniciativa recogida en el *Code de commerce* francés de 2000, en cuanto supone una recodificación metodológica de la dispersa legislación especial de carácter mercantil. De este modo, se trae a un único cuerpo legal la regulación de estos títulos valores.

Una de las novedades formales más significativas que ofrece el ACM en la materia que nos ocupa es la unificación sistemática del régimen jurídico referido a la letra de cambio, cheque y pagaré (y ahora también de la factura aceptada). De este modo se prevé la desaparición del régimen remisario característico de la LCCh de 1985 en la que se acogió el criterio de regular en profusión la figura de la letra, estableciéndose unas previsiones de mínimos para el pagaré, dado que su régimen legal quedaba remitido, básicamente, al de la letra, conforme al artículo 96 de la LCCh que, a su vez, seguía el sistema del artículo 77 de la Ley Uniforme de Ginebra (*Convenio* de 7 de junio de 1930). Esta técnica de remisión expresa ha planteado, sin duda, algunos problemas interpretativos originados, primordialmente, por la cláusula genérica acogida en el artículo 96 de la LCCh cuando advierte que: “Serán aplicables al pagaré, mientras ello no sea incompatible con la naturaleza de este título, las disposiciones relativas a la letra de cambio y referentes...” Con el nuevo modelo se procede a instaurar una regulación unitaria aplicable simultáneamente a la letra, al pagaré y al cheque en materia de libramiento, transmisión, aval, pago, así como de la falta de pago de estos títulos, incluyendo, dentro de este nuevo esquema legal, las singularidades convenientes.

causal, con lo que vendía obligado a su inmediato cumplimiento, como si de la aplicación del principio “solve et repete” se tratara.

4.2. Naturaleza y características esenciales del pagaré en el ACM

A diferencia de la LCCh, que omitía toda definición relativa a la figura, el actual ACM establece en su artículo 631-2.2 que “el pagaré es un título de crédito, redactado con las menciones exigidas por la ley, que contiene la promesa pura y simple de quien lo firma de pagar una determinada cantidad de dinero”. En esencia y, *mutatis mutandis*, esta definición legal viene a constituir un trasunto del concepto acuñado en el Proyecto de Convenio de Uncitral sobre letras de cambio y pagarés internacionales de 28 de febrero de 1989¹⁶, cuyo artículo 3-2.a) afirma que el pagaré es un título escrito que contiene una promesa incondicional mediante la cual el suscriptor se compromete a pagar una suma determinada de dinero al tomador o a su orden.

Como resulta evidente, la razón de ser del pagaré descansa en la idea de una promesa de pago, lo que implica asumir una obligación a término. Esta promesa de pago se configura como la causa de emisión del título, en donde el propio emisor se constituye en obligado directo y principal, sin que se requiera aceptación alguna¹⁷. Así pues, no parece admisible que se trate de un mero reconocimiento de deuda, como defienden algunos¹⁸, dado que la emisión del pagaré supone la creación de un nuevo crédito cambiario, lo que trasciende que estemos ante un simple medio de prueba.

Si en la letra de cambio aparece básicamente una declaración suscrita por el librador referida al mandato de pago y otra relativa a la aceptación firmada por el librado, que se refiere a la promesa de pago, en el pagaré sólo existe esa promesa de pago, sin previo mandato¹⁹. Está claro que quien emite la letra ordena a otro a pagar la suma indicada en el título, mientras que la emisión de un pagaré no implica mandato alguno, sino la promesa pura y simple de pagar la cantidad expresada en el documento a su vencimiento.

El artículo 631-2.2 del ACM reconoce lo expuesto al afirmar que se trata de una promesa pura y simple (como recoge el actual artículo 94.2. de la LCCh), lo que, como es sabido, significa que no existe condición alguna en el firmante del pagaré. De otro

¹⁶ Vid. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/payments/billsnotes/X_12

¹⁷ Así, ARROYO MARTÍNEZ, “El pagaré”, cit., p. 747, en donde con claridad expositiva se insiste en la inexistencia en el pagaré de orden de pago alguna a favor de un tercero, diferenciándose así de la letra, que encierra un mandato de pago, y se orilla la idea de considerar al pagaré como un reconocimiento de deuda, dado que lo fundamental de este título no es tanto reconocer una deuda, sino asumir un compromiso de pago. En tal sentido, no parece acertado sostener que constituye también un reconocimiento de deuda, como se hace en VAZQUEZ BONOME, *Tratado de Derecho cambiario. Letra, pagaré y cheque*, Madrid, 1993, p. 381. Cosa distinta es que, desde el punto de vista de su función económica, pueda coincidir con la letra girada al propio cargo, en donde, como se advierte en PÉREZ DE LA CRUZ, en Uría-Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 2007, Tomo II, pp., 853 y 854, se produce un auto-mandato, de suerte que las posiciones jurídicas correspondientes al librador y al librado se concentran en una misma persona, pudiéndose aceptarse la letra en el momento de su emisión o posteriormente. En caso de que no hubiera aceptación se garantizaría el pago exclusivamente en vía de regreso, como se puntualiza en GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, “El pagaré” en Olivencia, Fernández-Novoa, Jiménez de Parga (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 2001, p. 44. La aceptación de la letra supone la incorporación de un nuevo sujeto cambiario, que se convierte en obligado directo y principal, según se expone en GIMENO-BAYÓN y GARRIDO ESPA, *Derecho cambiario*, Valencia, 2003, p. 13.

¹⁸ Vid. COLMENAR VALDÉS, *Los pagarés de empresa*, en Martínez Lafuente (dir.) “Estudios sobre tributación bancaria”, Madrid, 1985, p. 298.

¹⁹ Cfr. GIMENO-BAYÓN y GARRIDO ESPA, *Derecho...*, cit., p. 210.

lado, el precepto lo califica como un título de crédito, junto con la letra, el cheque y la factura aceptada. No se alcanza a comprender la razón en virtud de la cual se acoge esta terminología, reservando la del título-valor sólo cuando se trate de documentos necesarios para el ejercicio del derecho patrimonial en ellos representados, librados o emitidos para facilitar la circulación de ese derecho, pero con el matiz de que siempre ha de tratarse de valores negociables o documentos que sean calificados como tales por la ley (art. 619 ACM). En realidad la denominación de título de crédito no es muy aclaratoria, porque alude sustancialmente al aspecto crediticio, por lo que hubiera sido preferible mantener simplemente la de título-valor que, en definitiva, viene a designar el documento cuyo valor está plenamente representado por el derecho expresado en el documento mismo, siendo así inseparable del título en cuestión²⁰. En definitiva, la regulación proyectada no cambia la naturaleza del pagaré cambiario, en cuanto que sigue siendo un título rigurosamente abstracto que ha de operar y desplegar sus efectos independientemente de todo negocio causal²¹.

5. EL PAGARÉ CAMBIARIO Y SUS EXCEPCIONES

5.1. La regulación de las excepciones en el ACM

La formulación de las excepciones oponibles por el deudor cambiario constituye la cuestión central en torno a la cual gira toda consideración acerca de la configuración verdaderamente abstracta o residualmente causalista del pagaré cambiario, tal y como en su momento se reconoció en la propia Exposición de Motivos de la LCCh. Como se ha dicho, su régimen legal tiende a dar forma al derecho de crédito del legítimo tenedor del título²².

Como consecuencia del criterio de unificación sistemática acogido en la normativa proyectada, se establece una regulación única para la letra, el cheque y el pagaré, omitiendo cualquier clase de remisión de unas figuras a otras. La reglamentación del régimen de las excepciones oponibles por el obligado cambiario queda establecida, básicamente, en dos fundamentales artículos: el 610-14 y el 638-34, dado que el artículo 635-9, se refiere al aval. En el primero de ellos se determina que:

1. La persona que, según el título-valor, esté obligada al cumplimiento de la obligación en él documentada no podrá oponer al tenedor excepciones fundadas en las relaciones personales con el librador o emisor del título o con los tenedores anteriores, a no ser que el actual tenedor, al adquirir el título, hubiera actuado a sabiendas en perjuicio del deudor.
2. Al tenedor de un título-valor que lo hubiera adquirido de buena fe y sin culpa grave no podrán oponerse las excepciones relativas a la validez de la transmisión del título a los tenedores anteriores.

²⁰ La crítica que en este sentido se hace en GARRIGUES, *Curso...*, cit. p. 719, sigue teniendo plena vigencia.

²¹ Así, ILLESCAS ORTÍS, “Los aspectos sustantivos de la nueva regulación de la letra de cambio, del cheque y del pagaré”, *RDBB*, núm. 22, 1986, p. 290., en donde apunta que la LC supuso una auténtica “recreación” de la figura, puesto que el título deja de ser indiscreto acerca del negocio subyacente.

²² SÁNCHEZ CALERO, “Las excepciones...”, cit., p 10.

3. La persona que, según el título-valor, esté obligada al cumplimiento de la obligación en él documentada podrá oponer al tenedor al que se hubiera transmitido en comisión de cobranza las mismas excepciones que hubiera podido oponer al transmitente.

En el artículo 638-34 se advierte que:

1. El demandado podrá oponer las excepciones fundadas en las relaciones personales con el demandante, pero no las fundadas en las relaciones personales con el librador o emisor del título de crédito o con los tenedores anteriores, a no ser que el demandante, al adquirir el título, hubiera actuado a sabiendas en perjuicio del deudor. Al tenedor de un título de crédito que lo hubiera adquirido de buena fe y sin culpa grave tampoco podrán oponerse las excepciones relativas a la validez de la transmisión del título a los tenedores anteriores.

2. El demandado podrá oponer, además, las excepciones siguientes:

- a) La inexistencia o falta de validez de la propia declaración que figure en el título, incluida la falsedad de la firma.
- b) La falta de legitimación del tenedor o de las formalidades necesarias del título de crédito, conforme a lo dispuesto en este Código.
- c) La extinción del crédito cuyo cumplimiento se exige al demandado.

Como puede apreciarse, ambos preceptos recogen, en lo sustancial, el contenido de los artículos 20 y 67 de la LCCh. Lo que en la actualidad se regula por la vía de la técnica de la remisión del pagaré a la figura de la letra en virtud del artículo 96 de la LCCh, que permite la aplicación al pagaré de los artículos 20 y 67 del citado cuerpo legal, en el ACM, en cambio, se regula mediante la técnica de la unidad sistemática en el tratamiento de la cuestión.

5.2. Las excepciones materiales

El desarrollo histórico del concepto de excepción ha sido confuso y las ideas actuales ofrecen muchas clasificaciones y matices que no contribuyen a la consecución de unos resultados del todo claros²³. En sentido amplio, según entiende la doctrina procesal, cualquier argumentación posible, tanto material como procesal, que pueda esgrimir y proponer en su defensa el demandado y que no se trate de un simple allanamiento se denomina excepción. Con tal concepto se hace, por tanto, referencia a toda deducción de hechos por el demandado que no sea mera negativa de los hechos expuestos en el escrito de demanda, es decir, de lo que se trata es de oponerse a las consecuencias de los hechos constitutivos con otros hechos que no sean incompatibles con la verdad de los primeros. En sentido estricto, en cambio, la excepción implica el derecho del demandado de excluir la prestación pretendida por el actor, pero no la inexistencia de la acción²⁴.

En la moderna terminología se distingue entre excepciones procesales, materiales y reconventionales. Las excepciones procesales, también conocidas como excepciones

²³ Sobre esta cuestión se advierte en PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil*, I, Pamplona, 1985, p. 492, que sería labor inútil pretender desarraigar un léxico que viene de antiguo, y no sólo en nuestro sistema, sino en casi todos los más importantes.

²⁴ Así, GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, V., I, Madrid, 1976, p. 272.

dilatorias bajo la vigencia de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 son aquellas que niegan la prestación como actualmente debida. De otro lado, las excepciones materiales, en tanto en cuanto persiguen dejar sin eficacia la relación jurídico material en que se apoya toda pretensión procesal están enderezadas a conseguir la desestimación de dicha pretensión. En definitiva, se trata de hechos aducidos por el demandado que impiden, extinguen o excluyen el derecho subjetivo del actor y que, de ser estimados, por el órgano jurisdiccional implicará una sentencia absolutoria en cuanto al fondo del asunto litigioso²⁵. A este respecto, el artículo 405.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, señala que “en la contestación a la demanda..., el demandado expondrá los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, alegando las excepciones materiales que tuviere por conveniente”.

De acuerdo con este planteamiento, cabe entender que las excepciones recogidas en el artículo 638-4 del ACM se insertan dentro de las denominadas excepciones materiales, que se corresponden con las antiguamente denominadas “perentorias” en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. De este modo, el ACM acoge el término excepción, no en su significado procesal, sino en su carácter de todo hecho oponible por el deudor a la pretensión del acreedor cambiario en un sentido amplio. Debe aclararse que la alusión que se hace al término “demandante” en el propio artículo 638-4 del ACM, al igual que ocurre en el artículo 20 de la LCCh, con todas sus connotaciones procesales, no debe inducirnos a considerar que el legislador ha querido referirse exclusivamente a las excepciones procesales en sentido restrictivo y técnico. Lo que ahora hace el ACM, al igual que sucedió con la entrada en vigor de la LCCh, es establecer un catálogo cerrado o *numerus clausus* del régimen de las excepciones materiales, manteniendo los principios acogidos en el sistema cambiario ginebrino a fin de coordinar este cuerpo legal con el resto del ordenamiento jurídico. Por tal motivo el artículo 824.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil advierte que: “La oposición se hará en forma de demanda. El deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra, el cheque o el pagaré todas las causas o motivos de oposición previstos en el artículo 67 de la Ley cambiaria y del cheque”.

Sin embargo, no hay limitación alguna en cuanto a las excepciones procesales que, en su caso, pudieren oponerse²⁶. Debe entenderse que el juicio cambiario es un procedimiento judicial más y, por consiguiente, debe sujetarse a los principios procesales extracambiaros, y su vinculación a esos principios generales del proceso implica la admisibilidad de oposición de las excepciones procesales con carácter general.

De otro lado, la actual redacción del artículo 638-4.1 del ACM se basa en el

²⁵ Los hechos impeditivos son aquellos que obstaculizan el nacimiento de la relación jurídica en la que el actor sustenta sus hechos constitutivos, de tal suerte que, si no existe tal relación o ésta es nula, no pueden surgir los efectos jurídicos previstos en al norma material, así, GIMENO SENDRA, ASECIO, *et al.*, *Proceso Civil Práctico*, T. V, Madrid, 2010, p. 3-72.

²⁶ A este respecto defendía PAZ-ARES, (voz “Excepción cambiaria”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, V. II, Madrid, 1995, p 2.792) la conveniencia de proceder a una limitación de los medios probatorios de suerte que se impidiese la alegación en el juicio ejecutivo de todas aquellas excepciones cuya acreditación no pudiese hacerse mediante pruebas documentales auténticas o mediante confesión.

demandado cambiario, a diferencia del vigente artículo 67.1 de la LCCh, que se refiere a la figura del deudor cambiario. Este matiz no debe pasar inadvertido. El hecho de que este último precepto de la LCCh se refiera a la figura del “deudor cambiario”, a diferencia del artículo 20 de la LCCh que alude a quien es demandado por una acción cambiaria, se ha intentado explicar por la doctrina señalando que de este modo se enfatiza la naturaleza del crédito cambiario, aun cuando se trate de sujetos vinculados por una relación personal, lo que hace que dicho crédito sea más vulnerable ante la posibilidad de la oponibilidad de las excepciones basadas en las relaciones personales²⁷. La referencia a la figura del “demandado” como sujeto procesal y en su carácter de parte en el proceso, como persona contra la cual se pide algo, viene a recalcar la realidad de la interposición de una acción cambiaria que, desde un plano general, implica el derecho a obtener del órgano jurisdiccional una decisión dirigida a la materialización de un derecho²⁸, en el marco de un proceso, que en el presente caso sería el juicio cambiario o, en su caso, como reconoce el artículo 638-33 del ACM, el procedimiento declarativo correspondiente. Por su parte el artículo 610-14.1 sólo se refiere al obligado cambiario, pero no al deudor cambiario, trasladando aquí el esquema contemplado en el artículo 67.1 de la LCCh.

5.3. Las excepciones basadas en las relaciones personales

Han sido diversos los criterios con arreglo a los cuales la doctrina ha procedido a clasificar el catálogo de excepciones de que dispone el deudor cambiario, en un intento de racionalizar el tratamiento legislativo de la cuestión. Huelga ahora entrar en el tratamiento de esta compleja y controvertida cuestión.

Admitimos, a los efectos del presente estudio, la conveniencia de refrendar la distinción tradicional que contrapone las excepciones personales o relativas (*in personam*) frente las reales o absolutas (*in rem*), según que puedan plantearse frente a un determinado sujeto cambiario o frente a cualquier tenedor del título o, dicho de otra manera, excepciones oponibles al tercero y excepciones inoponibles al tercero, porque este ensayo clasificatorio toma como punto de partida la posición del demandado cambiario ante la reclamación del poseedor del título²⁹.

²⁷ Vid. SÁNCHEZ CALERO, *Las excepciones...*, cit. p. 16

²⁸ Vid. CASALS, *Estudios de oposición cambiaria*, V., IV, Barcelona, 1988, p. 424. En definitiva, prescindiendo de matices y variaciones la idea básica está recogida en la definición romana: “Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi”, por lo que, la excepción ha desplegar sus efectos en el ámbito del proceso, entendido como vínculo jurídicamente regulado entre los sujetos procesales, según se nos refiere en GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal...*, cit., p. 6.

²⁹ Vid. GARRIGUES, *Curso...*, cit., p. 795. En SÁNCHEZ CALERO, *Las excepciones...*, cit., p. 22, se justifica la bondad de este criterio argumentando que tal clasificación se centra en sus efectos y porque parte de la situación en que se encuentra el deudor cambiario cuando se ve requerido por un tenedor para el cumplimiento de la prestación del pago del título cambiario. Se distingue en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, (coord.) *Derecho Mercantil*, Barcelona, 1990, p. 615, entre excepciones extracambiaras o personales, que únicamente son alegables entre las partes vinculadas por ellas y se aclara con acierto que *los criterios establecidos en ellas (clasificaciones) explican y ordenan el sistema legal, pero no lo sustituyen, por lo que su valor queda, en definitiva, subordinado a aquél*. En contra, entre otros, PAZ-ARES, “Las excepciones cambiarias”, en Menéndez Menéndez (dir.), *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley*

El párrafo primero del artículo 67 de la actual LCCh, como se advirtió más arriba, se refiere, por una parte, a las excepciones del deudor basadas en las relaciones personales con el tenedor de la letra, siguiendo en este punto la idea acogida en la Ley Uniforme³⁰, pero también habla de las excepciones personales. De otro lado, el artículo 20 de la LCCh sólo se refiere a las excepciones basadas en relaciones personales.

El ACM prescinde totalmente de esta distinción (excepciones personales/excepciones basadas en relaciones personales) en los dos artículos referenciados para centrarse únicamente en las excepciones que deriven de las relaciones personales. De este modo, este texto se ajusta más fielmente al artículo 17 de la Ley Uniforme de Ginebra, que sólo habla de “excepciones fundadas en las relaciones personales”, aunque sigue manteniendo vigencia la objeción que en su momento hizo la doctrina a la LCCh por la falta de economía del texto legislativo al duplicar o superponer innecesariamente dos preceptos (arts. 20 y 67) que se refieren a la trascendental cuestión de las excepciones y que, por razones sistemáticas, debieron ser reconducidos a un mismo lugar³¹. Cabe presumir que esta omisión a las excepciones personales en los citados preceptos del ACM no es arbitraria, pues en los supuestos en que el texto legal proyectado ha querido mantenerlas, así lo ha hecho, como ocurre con el artículo 635-9, relativo al aval, en donde se dice que: “el avalista responde de igual manera que el avalado pero no podrá oponer las excepciones personales de éste”, que es fiel trasunto del primer inciso del artículo 37 de la LCCh.

La idea de excepción personal no coincide con la excepción derivada de una relación personal, puesto que la primera procede de pactos inmediatos extracambiaros ajenos a la relación causal, que tienen que ver con la entrega del título. En cambio, las excepciones fundamentadas en relaciones personales se basan en el negocio subyacente. De este modo, dentro de las denominadas excepciones fundadas en las relaciones personales cabe toda suerte de relaciones jurídicas existentes entre el demandado cambiario y el poseedor del título. En tal sentido, habrá que destacar las excepciones que procedan directamente del negocio subyacente suscrito entre el librado/aceptante y el librador o las que se fundamenten en la relación causal entre endosante y endosatario. Así, podrá oponerse que el crédito causal no ha nacido por estar afectado por vicios del consentimiento, que se ha pagado, que ha sido objeto de compensación, confusión, condonación, etc. También se incluyen en esta categoría la *exceptio non adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus*, bien porque la obligación de

cambiaria y del cheque, Madrid, 1986, p. 257, dado que entiende, entre otras razones, que carece de capacidad de discriminación y por resultar incompleta, por lo que propone diferenciarlas entre cambiarias (absolutas o relativas) y extracambiaras, según afecten o no a la existencia de la obligación cambiaria (p. 262).

³⁰ El artículo 17 de la Ley Uniforme de Ginebra dice que: “Las personas demandadas en virtud de la letra de cambio no pueden oponer al portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o con los tenedores anteriores, a menos que el portador, al adquirir la letra, haya obrado a sabiendas en detrimento del deudor”. La doctrina ha criticado este precepto (*Vid.* por todos PAZ-ARES, “Las excepciones...cit., p. 252), por su carácter fragmentario, genérico y ambiguo, como consecuencia de la dificultad de lograr posiciones de consenso entre los diversos delegados de los Gobiernos a la hora de redactar el texto legal.

³¹ Cfr. SÁNCHEZ ANDRÉS, “Marco histórico-comparativo...”, cit., p. 88.

entrega del negocio causal no se ha cumplido o se cumplió defectuosamente.³²

Un supuesto particular que permite la oponibilidad *inter tertios* de las excepciones procedentes de la relación subyacente viene reconocido expresamente en el artículo 24 de la Ley 16/2001, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, cuando se den las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 29 del mismo cuerpo legal. No es este el ámbito adecuado para el estudio de esta cuestión específica, pero si conviene recordar, como se ha reconocido en la doctrina, que la ausencia de tráfico cambiario en sentido estricto es la que permite fundamentar tal posición legislativa, en la que el consumidor actúa en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional³³. De este modo se pretende proteger al consumidor que obtiene un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación pero, al mismo, tiempo se debilita la posición del acreedor cambiario y se limita en exceso la virtualidad circulatoria de un título que tiene naturaleza cartular y que está legalmente diseñado para satisfacer necesidades inherentes al tráfico mercantil³⁴.

5.4. La vigencia de la doctrina del Tribunal Supremo respecto de las excepciones fundamentadas en el negocio subyacente del pagaré ante el nuevo marco regulatorio

El artículo 638-34.1 del ACM permite al demandado oponer las excepciones fundadas en las relaciones personales que mantenga con su demandante. Al igual que ocurre con la LCCh, esas excepciones sólo son inoponibles frente al tercero poseedor de buena fe del título. Si la posición de acreedor cambiario se superpone a la de acreedor extracambiario, entonces la vinculación entre la obligación cambiaria y el negocio causal es plena, con la salvedad hecha según la cual el demandante al adquirir el título, hubiera actuado a sabiendas en perjuicio del deudor, en cuyo caso, la excepción causal se mantiene. Si trasladamos esta previsión normativa al pagaré cambiario observaremos que su aplicación no plantea, en principio, dificultad alguna, de acuerdo con las ideas que expresamos anteriormente.

En la emisión del pagaré intervienen dos sujetos, el librador, que firma el documento, y el tomador. Ahora bien, el precepto que comentamos matiza que no son oponibles: “las (excepciones) fundadas en las relaciones personales con el librador o emisor del título de crédito o con los tenedores anteriores”. Esta redacción está pensada exclusivamente para la figura de la letra de cambio, dado que, como resulta obvio, el librador del pagaré no puede accionar contra sí mismo. La única interpretación posible es entender que las excepciones fundadas en el negocio causal podrán alegarse por el

³² Se añaden también más excepciones basadas en otras relaciones personales, como el incumplimiento en el caso de una letra de complacencia o la derivada del *pactum de non petendo* en SÁNCHEZ CALERO, “Las excepciones...cit., p. 27.

³³ Cfr., AURIOLAS MARTÍN, “Oponibilidad de excepciones en el juicio ejecutivo cambiario”, CDC, núm., 22, 1997, p. 24.

³⁴ A este respecto cabe reconocer el acierto de aquellas opiniones expresadas hace tiempo que dudaban acerca de si de este modo se tutelaba adecuadamente al consumidor que quedaba perjudicado al verse desprovisto de un medio que tradicionalmente ha sido un instrumento fácil par la obtención de crédito, porque podía suceder que tal crédito le resultase más caro al elevarse los intereses que habría de abonar, así, SÁNCHEZ CALERO, “Las excepciones...”, cit., p. 17.

demandado cambiario frente a su contraparte en dicho negocio, tanto si es el tomador o el endosatario, en tanto en cuanto, se mantenga entre los contendientes de modo paralelo y coincidente una obligación cambiaria y otra subyacente³⁵.

El sentido de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales sobre esta cuestión no ha sido unívoco, pues se constata la existencia de una corriente que defiende la total autonomía del pagaré respecto del negocio causal, lo que se argumenta sobre la base de la consideración de este documento como una promesa de pago pura y simple que se fundamenta, no en la provisión de fondos, sino en una relación de valuta entre el librador y el tomador, lo que lo diferencia de la letra de cambio³⁶.

La más reciente doctrina sentada por el Tribunal Supremo en materia de excepciones causales en el pagaré no ha de sufrir alteración alguna en virtud de la regulación proyectada, dado que no se ha operado ningún cambio de criterio que así lo justifique.

En este sentido, la STS núm. 1201/2006, de 1 de diciembre (RJ 2007\555) en aplicación del inciso segundo del artículo 67.1 de la LCCh aprecia un proceder en perjuicio del deudor cambiario, lo que, según esta Resolución judicial, permite “introducir excepciones extracambiarias, pues se trata precisamente de buscar, mediante la interposición de una sociedad prestataria, que no quepa alegar las excepciones causales cuando, después del vencimiento de los pagarés, que son impagados, y ante las decisiones producidas en al instancia en el otro procedimiento sobre cobro de los pagarés,se busca un titular frente al que, por no haber intervenido en la operación de base o negocio causal, no cabría oponer este tipo de excepciones, lo que no se consigue en el caso porque los Srs... (tenedores) han intervenido directa o indirectamente en el contrato subyacente... no se pueden excluir las excepciones extracambiarias en cuanto, de un modo u otro, tenedores y deudores intervinieron en el negocio causal... No puede haber tampoco una actuación de buena fe, dado que la entera operación ha de ser forzosamente conocida por los auténticos actores... la actual actora, procedía en perjuicio del deudor en cuanto trataba de evitar las excepciones que claramente el deudor podía oponer a los anteriores tenedores...”

El reconocimiento de la alegación de la excepción derivada de la relación subyacente en el pagaré es contundente en la STS núm. 892/2010, de 23 de diciembre (JUR 2011\87086) que declara que “del tenor literal del precepto surge que la alegación de hechos pertenecientes a la relación causal subyacente es admisible de forma

³⁵ La misma idea se expresa respecto del artículo 67 de la LCCh en AURIOLÉS MARTÍN, “Oponibilidad...”, cit., p. 14.

³⁶ Así pueden destacarse las SS de la A. P. de Salamanca de 19 de noviembre de 1996, Teruel de 29 de septiembre de 1997, Alicante de 20 de febrero de 1998, Córdoba de 26 de julio de 2000, Las Palmas de 31 de octubre de 2001, entre otras. La falta de reconocimiento de los contratos abstractos en nuestro Código civil, a diferencia de lo que ocurre con el principio de abstracción (*Abstraktionsprinzip*) reconocido en el BGB, dificulta el encaje de esta orientación en nuestro Derecho cambiario. De todos, modos, como se advierte en De Castro, *El negocio...*, cit., p. 175, “la doctrina alemana, como la suiza, después de expulsar la causa por la puerta la han hecho entrar por la ventana”. Tanto el artículo 1.261 del Código civil como el artículo 1.275 del Código civil, entre otros, exigen la existencia de causa en los contratos. Se ha dicho que la emisión de un título cambiario con fines meramente bilaterales sin finalidad circulatoria produciría resultados injustos y contrarios a la naturaleza de estos títulos. En contra se manifiesta una corriente mayoritaria de la que es fiel ejemplo la S. de la A. P. de Málaga de 4 de febrero de 2010, que acoge con profusión la doctrina del T.S. sobre la cuestión.

completa y total cuando se superponen en el litigio las condiciones de acreedor y obligado cambiarios por un lado, y acreedor y deudor extracambiarios por otro, o, dicho de otra forma, inter parte las excepciones extracambiaras son oponibles sin limitación alguna, quebrando en tales supuestos la exorbitancia del derecho cambiario, suprimiendo el *inutilis circuitus* que resultaría de condenar primero al pago a quien no debe pagar, que, para reembolsarse frente a quien cobró indebidamente se vería abocado a acudir a un segundo proceso para obtener en él la declaración de la inutilidad del todo lo actuado en el primero”.

Dado que estamos tratando de la relación subyacente al pagaré, procedería la invocación del artículo 638-34 del ACM, en orden al correcto planteamiento de la excepción que se fundamente en este precepto, no sólo en los supuestos de incumplimiento total del contrato causal, sino en otros supuestos relacionados con el incumplimiento parcial, incumplimiento del pacto relativo a la firma de favor o el exceso en la reclamación.³⁷

En cuanto al alcance de la alegación de excepciones fundamentadas en las relaciones personales que ligan al demandado cambiario con el tenedor de un pagaré la reciente STS núm. 450/2013 de 9 de julio (RJ\2013\5528), ha tratado tal cuestión, aclarando que por parte del TS se ha advertido en diversas ocasiones que “no existe ninguna limitación en cuanto al alcance de la posible oposición de estas excepciones dentro del juicio cambiario, pues el art. 824.2 LEC expresamente lo prevé, y esta oposición da paso a “un juicio declarativo y de cognición plena, en el que no existe límite procesal a las causas de oposición, sino exclusivamente sustantivas, por lo que no caben diferentes causas de oposición a la acción cambiaria por razón del proceso en el que se tramite. Lo anterior no significa que pueda debatirse en el juicio cambiario toda suerte de vicisitudes del contrato de ejecución de obra introduciendo una complejidad y una extensión que exceden de su ámbito especial, ya que el juicio cambiario queda ceñido a decidir sobre la procedencia de estimar la oposición del obligado cambiario frente a concreto título, aunque ello comporte el examen de la defectuosa ejecución del contrato cuando el litigio se desarrolla entre el acreedor y el obligado, sin que proceda decidir más allá de dicho ámbito especial, de tal forma que la eficacia de cosa juzgada de la sentencia en el juicio cambiario no se extiende ni a la posible existencia de eventuales créditos compensable en caso de otras relaciones entre las partes ni a la concreta cuantía del importe global de la reparación de la obra, sino tan sólo a que el crédito incorporado al título o se debe o no es exigible”.

El carácter abstracto de los títulos cambiarios se refuerza aún más, si cabe, al renunciar la nueva regulación proyectada a toda referencia a la cesión de la provisión de

³⁷ Así, en la STS 342/2012 de 4 de junio (RJ\2012\8989) se dice que la previsión normativa del art. 67 de la LCCh comprende la posibilidad de oponerse al pago, tanto con base en el incumplimiento total del contrato que sirvió de causa externa a la declaración cambiaria –incluso el pacto de no demandar en el caso de firmas de favor-, como en el incumplimiento parcial y, en su caso, el exceso de la reclamación, cuando : 1) el título se creó como instrumento de ejecución de un negocio subyacente –incluso a título gratuito-; 2) quienes litigan en el juicio cambiario no son terceros cambiarios que pueden ampararse en los efectos taumatúrgicos de la circulación cambiaria de buena fe y a título oneroso, de tal forma que se superponen, por un lado la condición de partes o sucesores de las misma en el contrato subyacente –es decir no adquieren los derechos derivados del título a que se refiere el artículo 17 de la LC, sino de los que tuviere, si tenía, el cedente-, y, por otro, la de acreedor y obligado cambiario”.

fondos, como se hace en el todavía vigente artículo 69 de la LCCh. Así lo advierte la propia exposición de motivos del ACM al aclarar que se rompe definitivamente amarras con el régimen que para la provisión de fondos contenía el Código de comercio de 1885, al eliminar cualquier referencia a la cesión de la provisión, que, en cuanto cesión de un derecho de crédito, queda sometida a las reglas generales. Aun cuando tal declaración está pensada, en rigor, para la letra de cambio, debe estimarse extensible al pagaré, pues aunque no existe tal provisión de fondos en este título cambiario y sí una relación de valuta,³⁸ y no cabe oponer la excepción de falta de provisión de fondos, si es dable alegar en sentido amplio la inexistencia o desaparición de la causa del título, dentro del cauce de las relaciones existentes entre el firmante y el tenedor, como se reconoció expresamente en la STS de 20 de noviembre de 2003 (RJ 2003\8083). Tal orientación tiene por finalidad impedir que la emisión de un título cambiario, en este caso, el pagaré, al amparo de su naturaleza abstracta y formal origine un desplazamiento patrimonial sin causa o con causa ilícita, que contradice los principios en que se basa nuestro Derecho de obligaciones, pues la emisión del pagaré descansa siempre en una relación jurídica previa que justifica la asunción de una obligación cambiaria por parte de su librador³⁹.

6. CONCLUSIÓN

Históricamente el pagaré es anterior en el tiempo a la aparición de la letra que en principio surgió, posiblemente, por meros motivos de economía documental y de coste. Conceptualmente se trata de dos figuras diferentes cuyas naturalezas jurídicas tampoco pueden asimilarse totalmente. Si el pagaré cambiario encierra una promesa de pago pura y simple, y en la emisión del título subyace una relación de valuta, en cambio, la letra responde a un mandato de pago y en ella siempre estuvo presente la noción de la provisión de fondos.

Sin embargo, a pesar de esas significativas disonancias, el tratamiento legal que se les ha dispensado siempre ha tendido hacia su equiparación. El hito legal más característico de esta tendencia viene representado por la entrada en vigor de la actual LCCh, inspirada sustancialmente en las Leyes de Ginebra. Así, dicho cuerpo legal, pese a deslindar conceptualmente ambos títulos cambiarios, procedió a asimilarlos legalmente en sus principales vicisitudes jurídicas. En tal sentido, el artículo 96 de la LCCh reconoce la naturaleza jurídica específica del pagaré cambiario pero remite la regulación de gran parte de su contenido a las previsiones dispuestas para la letra. El fundamental régimen regulatorio de las excepciones ha seguido la misma equiparación.

³⁸ Así, la S. de la A.P. de Vizcaya de 28 de enero de 1994 y la de Las Palmas de 29 de junio de 1994 señalan con acierto la existencia de una relación de valuta directa entre librador y tomador, en contraposición a otras muchas resoluciones judiciales que la confunden con la provisión de fondos, frente a otras que confunden tales conceptos o que simplemente atribuyen la provisión de fondos al pagaré, como la S. de la A.P. de Toledo, de 13 de marzo de 1995.

³⁹ *Vid.* GARCÍA VIDAL, “La oposición del pacto de favor al descontante de un pagaré”, *RDBB*, NÚM. 125, 2012, P. 327.

El ACM siguiendo esta orientación uniformadora ha abandonado la técnica de la remisión propia de la LCCh para implantar el criterio de la unificación sistemática en cuanto al régimen jurídico de las dos figuras cambiales. En consecuencia, el esquema regulatorio de las posibles excepciones oponibles es exactamente el mismo para ambos títulos cambiarios. Los negocios jurídicos obedecen, normalmente, a una finalidad típica económica en virtud de la cual queda justificada su existencia y su reconocimiento jurídico. Sin embargo, el negocio cambiario, no responde sustancialmente a este esquema, en tanto en cuanto se trata de un negocio secundario dotado de una polivalencia funcional que le permite acoplarse al negocio subyacente. Y es aquí donde el binomio abstracción del título y oposición de excepciones plantea cuestiones no siempre satisfactoriamente resueltas.

La formulación de las excepciones oponibles por el deudor cambiario constituye la cuestión central en torno a la cual gira toda consideración acerca de la configuración verdaderamente abstracta o residualmente causalista del pagaré cambiario. Como consecuencia del criterio de unificación sistemática acogido en la normativa proyectada, se establece una regulación única para la letra, el cheque y el pagaré, omitiendo cualquier clase de remisión de unas figuras a otras. La reglamentación del régimen de las excepciones oponibles por el obligado cambiario queda establecida, básicamente, en dos fundamentales artículos: el 610-14 y el 638-34, dado que el artículo 635-9, se refiere al aval.

El ACM no hace diferenciación alguna entre las excepciones personales y las excepciones basadas en las relaciones personales en los dos artículos referenciados (610-14 y 638-34) para centrarse únicamente en las excepciones que deriven de las relaciones personales. De este modo, este texto se ajusta más fielmente al artículo 17 de la Ley Uniforme de Ginebra, que sólo habla de “excepciones fundadas en las relaciones personales”. Sin embargo, sigue manteniendo vigencia la objeción que en su momento hizo la doctrina a la LCCh por la falta de economía del texto legislativo al duplicar o superponer innecesariamente dos preceptos (arts. 20 y 67) que se refieren a la trascendental cuestión de las excepciones y que, por razones sistemáticas, debieron ser reconducidos a un mismo lugar. Cabe presumir que esta omisión a las excepciones personales en los citados preceptos del ACM no es arbitraria, pues en los supuestos en que el texto legal proyectado ha querido mantenerlas, así lo ha hecho, como ocurre con el artículo 635-9, relativo al aval, en donde se dice que: “el avalista responde de igual manera que el avalado pero no podrá oponer las excepciones personales de éste”, que es fiel trasunto del primer inciso del artículo 37 de la LCCh.

En la emisión del pagaré intervienen dos sujetos, el librador, que firma el documento, y el tomador. Ahora bien, el ACM establece que no son oponibles: “las (excepciones) fundadas en las relaciones personales con el librador o emisor del título de crédito o con los tenedores anteriores”. Esta redacción está pensada exclusivamente para la figura de la letra de cambio, dado que, como resulta obvio, el librador del pagaré no puede accionar contra sí mismo. La única interpretación posible es entender que las excepciones fundadas en el negocio causal podrán alegarse por el demandado cambiario frente a su contraparte en dicho negocio, tanto si es el tomador o el endosatario, en tanto en cuanto, se mantenga entre los contendientes de modo paralelo y coincidente una

obligación cambiaria y otra subyacente.

El reconocimiento de la alegación de la excepción derivada de la relación subyacente en el pagaré es contundente en la STS núm. 892/2010, de 23 de diciembre (JUR 2011\87086) que declara que “del tenor literal del precepto surge que la alegación de hechos pertenecientes a la relación causal subyacente es admisible de forma completa y total cuando se superponen en el litigio las condiciones de acreedor y obligado cambiarios por un lado, y acreedor y deudor extracambiarios por otro, o, dicho de otra forma, inter parte las excepciones extracambiarías son oponibles sin limitación alguna, quebrando en tales supuestos la exorbitancia del derecho cambiario, suprimiendo el *inutilis circuitus* que resultaría de condenar primero al pago a quien no debe pagar, que, para reembolsarse frente a quien cobró indebidamente se vería abocado a acudir a un segundo proceso para obtener en él la declaración de la inutilidad del todo lo actuado en el primero”.

La reflexión final que surge, a colación del intrincado problemas de las excepciones, es que si bien el pagaré y la letra son dos figuras conceptualmente distintas dotadas de naturaleza jurídica propia, sin embargo su régimen legal proyectado es, en esencia, único. La práctica cambiaria conoce la figura de la denominada cambial directa o corta que viene a asumir la misma función que el pagaré cambiario. No sería exagerado, pues, abrir el debate acerca de la conveniencia de reorientar o redimensionar el pagaré cambiario dotándolo de un mayor grado de autonomía o abstracción respecto del negocio causal, lo que plantearía serios problemas de incardinación dentro de nuestro sistema causal propio del Derecho de obligaciones, o bien, simplemente, suprimir tal figura dentro del ámbito cambiario.

AVANCE DE NACIONES UNIDAS EN LA REGULACIÓN DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS TRANSFERIBLES

AGUSTÍN MADRID PARRA *

Resumen

Se examinan el enfoque y algunas de las cuestiones jurídicas más significativas del proyecto de regulación de los documentos electrónicos transferibles que se elabora en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Destaca la aplicación de los principios de equivalencia funcional y de neutralidad en el uso de la tecnología. Asimismo se señala el “control” como concepto y elemento que aglutina la electrificación de los documentos transferibles.

Contenido

1. Introducción. – 2. Antecedentes. – 3. Enfoque de la proyectada regulación. – 4. Ámbito de aplicación. – 4.1. Documento electrónico. – 4.2. Documento electrónico transferible. – 4.3. Exclusiones. – 5. Principios de la electrificación. – 5.1. Principio de no discriminación. – 5.2. Principio de equivalencia funcional. – 6. Función del control. – 7. Reversibilidad. – 8. Criterios de fiabilidad. – 9. Conclusión

1. INTRODUCCIÓN

El Profesor Rafael Illescas es Maestro mercantilista al que debemos muchas y relevantes aportaciones en el ámbito del Derecho comercial internacional y patrio. Junto a las instituciones y categorías clásicas ha prestado especial atención a los nuevos retos planteados al Derecho desde el uso de las nuevas tecnologías. El empleo de medios electrónicos para el desarrollo de la actividad empresarial y el establecimiento de relaciones jurídicas le llevó a introducir en nuestra literatura jurídica el término “electrificación”. Los hechos le han dado la razón: cada vez son más las relaciones jurídicas “electrificadas”, tanto en el ámbito del Derecho privado como del público.

La doctrina se ocupa de la electrificación de la contratación y de otros instrumentos jurídicos. Los legisladores han establecido regulaciones mediante normas de carácter internacional, regional y nacional que versan sobre electrificación de los valores negociables y sus mercados, comercio electrónico, firma electrónica, comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, títulos de transporte en soporte electrónico o títulos de crédito y otros documentos electrónicos que permitan la transmisión de derechos de forma electrificada.

* Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla.

El Profesor Illescas presidió el Grupo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), que entre 2002 y 2008 elaboró el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008) ("Reglas de Rotterdam")¹. Asimismo presidió el período de sesiones de la Comisión que aprobó el proyecto de Convenio². Esta Convención contempla la posibilidad de utilizar documentos electrónicos de transporte. Recoge y plasma los principios de la electrificación de las relaciones jurídicas ya contenidos en previos instrumentos de la CNUDMI/UNCITRAL como son la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (1996), la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas (2001) y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005). Entre esos principios destaca el de equivalencia funcional del soporte electrónico en relación con el soporte en papel.

La vinculación del Profesor Illescas con la electrificación del Derecho y con los trabajos de la CNUDMI/UNCITRAL ha motivado que esta pequeña aportación, llena de afecto, al libro -por supuesto electrónico- en homenaje al Maestro con motivo de su jubilación administrativa -solamente- se centre en dar cuenta del avance que realiza la CNUDMI/UNCITRAL en la elaboración de un nuevo instrumento internacional que contenga normas configuradoras del posible régimen jurídico aplicable a los documentos electrónicos transferibles³.

2. ANTECEDENTES

El Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico terminó en su 44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)⁴ el proyecto de Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, que en 2005 sería aprobado por la CNUDMI/UNCITRAL⁵ y, finalmente, por la Asamblea General de Naciones Unidas⁶. Durante seis años el Grupo de Trabajo estuvo inactivo. Su tiempo fue puesto a disposición del Grupo de Trabajo III sobre Derecho del Transporte para que elaborase el proyecto de las ya mencionadas "Reglas de Rotterdam" aprobadas en 2008.

¹ Vid. los Informes de los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, entre otros documentos, A/CN.9/510, p. 7 (7 de mayo de 2002) correspondiente al 9º período de sesiones y el A/CN.9/645, p. 8 (30 de enero de 2008) correspondiente al 21º. Los documentos de la CNUDMI/UNCITRAL se encuentran accesibles en su sitio web: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html>

² Vid. A/60/17 - Informe de la CNUDMI/UNCITRAL sobre la labor realizada en su 41º período de sesiones (Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008), par. 9.

³ Este trabajo, en homenaje al Prof. Dr. Rafael Illescas Ortiz, se enmarca dentro del Proyecto de Investigación del Plan Nacional I+D DER2011-29871, denominado "De los títulos valores a los documentos negociables electrónicos: una propuesta de regulación".

⁴ A/CN.9/571.

⁵ A/60/17 - Informe de la CNUDMI/UNCITRAL sobre la labor realizada en su 38º período de sesiones (Viena, 4 a 15 de julio de 2005), par. 12 a 167.

⁶ La Asamblea General aprobó la Convención el 23 de noviembre de 2005 mediante su Resolución 60/21 y el Secretario General la abrió a la firma el 16 de enero de 2006.

En su 42º período de sesiones, celebrado en 2009, la Comisión examinó diversas propuestas sobre posible labor futura en materia de comercio electrónico. En relación con una de ellas, la Comisión pidió a la Secretaría que preparara un estudio sobre los documentos electrónicos transferibles, teniendo en cuenta las propuestas que se habían recibido durante ese período de sesiones (A/CN.9/681 y Add.1 y A/CN.9/682)⁷. Los dos primeros documentos contenían una propuesta de la Delegación de los Estados Unidos de América. En el tercero se plasmaba una propuesta de la Delegación de España en el mismo sentido. Ambas propuestas partían de la constatación de la conveniencia de explorar vías regulatorias que impulsaran y dieran uniformidad al uso transfronterizo de documentos electrónicos transferibles (negociables o no).

En su 43º período de sesiones, celebrado en 2010, la Comisión tuvo a su disposición más información sobre el empleo de las comunicaciones electrónicas para la transferencia de derechos reales sobre mercancías, sobre todo en relación con el empleo de la inscripción registral para la creación y transferencia de esos derechos⁸. En ese período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que organizara un coloquio sobre los temas pertinentes, a saber, los documentos electrónicos transferibles, la gestión de datos de identificación personal, el comercio electrónico por conducto de dispositivos móviles y los sistemas electrónicos de ventanilla única⁹.

Cumpliendo con el encargo de la Comisión, la Secretaría organizó el coloquio, que se celebró en Nueva York del 14 al 16 de febrero de 2011. La sesión III, que se desarrolló durante los días 2º y 3º, se ocupó de los documentos electrónicos transferibles. A lo largo de ocho ponencias se pusieron de manifiesto las experiencias ya existentes en determinados países, tanto desde la perspectiva legal como práctica, y se insistió en la necesidad de avanzar en el estudio y elaboración de reglas uniformes en la materia que permitiesen el uso transfronterizo de dichos instrumentos¹⁰.

En su 44º período de sesiones (Viena, 27 de junio a 15 de julio de 2011), la Comisión examinó una nota de la Secretaría en la que se resumían las deliberaciones del coloquio sobre el comercio electrónico¹¹. En dicho informe se concluía que “la utilización transfronteriza de la documentación transferible por vía electrónica reclamaba el examen de diversos aspectos jurídicos complejos de las operaciones cursadas por vía electrónica, labor para la que la CNUDMI estaría particularmente cualificada por razón de su composición y de la pericia que ha acumulado en esta esfera”¹². Tras deliberar, la Comisión encomendó al Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico que se ocupara del tema de los documentos electrónicos transferibles¹³. Se recordó que esa labor sería beneficiosa no solamente para promover en general las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional, sino también

⁷ A/64/17 - Informe de la CNUDMI/UNCITRAL sobre la labor realizada en su 42º período de sesiones (Viena, 29 de junio a 17 de julio de 2009), par. 343.

⁸ A/CN.9/692, par. 12-47.

⁹ A/65/17, par. 250.

¹⁰ Vid. información sobre el coloquio en

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/electronic-commerce-2010program.html> (visitado 30/10/2014).

¹¹ A/CN.9/728 y Add.1.

¹² A/CN.9/728 .Add.1, par. 30.

¹³ A/66/17, par. 238.

para abordar determinadas cuestiones, como el modo de contribuir a la aplicación de las Reglas de Rotterdam. También se convino en que el examen y regulación de los documentos electrónicos transferibles podría abarcar ciertos aspectos de los otros temas tratados en el coloquio, como la gestión de datos de identificación personal, el comercio electrónico por conducto de dispositivos móviles y los sistemas electrónicos de ventanilla única¹⁴.

3. ENFOQUE DE LA PROYECTADA REGULACIÓN

En su 45º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de octubre de 2011), el Grupo de Trabajo IV reanudó su actividad, interrumpida, como se ha indicado, durante seis años, e inició su labor sobre diversas cuestiones jurídicas relativas al empleo de documentos electrónicos transferibles. Examinó la labor realizada por otras organizaciones internacionales en relación con este tema y analizó la posible metodología para la tarea futura del Grupo de Trabajo¹⁵.

En su 46º período de sesiones (Viena, 29 de octubre a 2 de noviembre de 2012), el Grupo de Trabajo prosiguió su labor, adoptando un enfoque funcional para la elaboración de reglas sobre diversos tipos de documentos electrónicos transferibles¹⁶. Se convino trabajar, en principio, sobre la hipótesis de la elaboración de una ley modelo, sin perjuicio de la decisión que finalmente se adoptase¹⁷. En el siguiente período de sesiones se continuó el trabajo desde la perspectiva de proyectar y concretar los principios y disposiciones generales en materia de comercio electrónico (Leyes Modelo de 1996 y 2011, y Convenciones de 2005 y 2008) sobre los documentos electrónicos transferibles¹⁸.

En los siguientes períodos de sesiones se trabajó en la elaboración de normas que implementaran la aplicación de los principios generales sobre el uso de medios electrónicos con eficacia jurídica a cuestiones tales como los conceptos de original, singularidad e integridad de un documento electrónico transferible¹⁹. El principal reto es el de conseguir un texto articulado que contenga un régimen jurídico, susceptible de aplicación uniforme internacional, sobre documentos electrónicos transferibles en el cual se plasmen los principios básicos de equivalencia funcional y neutralidad en el uso de la tecnología²⁰.

¹⁴ A/66/17, par. 235.

¹⁵ A/CN.9/737.

¹⁶ A/CN.9/761, par. 17 y 18.

¹⁷ A/CN.9/761, par. 90-93. En el 50º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de noviembre de 2014) se apuntó la posibilidad de que se tratase de una guía legislativa. No obstante, se acordó preparar un proyecto de ley modelo sobre los documentos electrónicos transferibles, a reserva de la decisión definitiva que adoptara la Comisión (A/CN.9/828, par. 23).

¹⁸ Vid. A/CN.9/768, par. 15: Informe del 47º período de sesiones (Nueva York, 13 a 17 de mayo de 2013).

¹⁹ Vid. A/CN.9/797 - Informe del 48º período de sesiones (Viena, 9 a 13 de noviembre de 2013); A/CN.9/804 - Informe del 49º período de sesiones (Nueva York, 28 de abril a 2 de mayo de 2014).

²⁰ A/CN.9/WG.IV/WP.129, par. 16 (29 de julio de 2014).

Con independencia de cuál sea el tenor literal del texto legislativo final que acabe elaborando el Grupo de Trabajo y, por último, apruebe la Comisión para presentarlo a la Asamblea General de Naciones Unidas, se pretende en las líneas que siguen abordar las materias principales susceptibles de regulación así como las cuestiones jurídicas fundamentales que al respecto se suscitan.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN

En todo texto legislativo la primera y fundamental cuestión que se presenta es la delimitación de su ámbito de aplicación. Hay que comenzar estableciendo el objeto y finalidad de la disposición. Suele ser esta cuestión compleja y complicada, especialmente cuando de un texto de ámbito internacional se trata. Primero hay que clarificar y consensuar el ámbito material que se pretende abarcar. En segundo lugar hay que encontrar la formulación adecuada para establecer con nitidez el contorno del ámbito pretendido.

El proyecto, siguiendo el mandato de la Comisión, señala como ámbito de aplicación “los documentos electrónicos transferibles”. Es obvio, en consecuencia, que la concreción, vendrá, pues, de la mano de otros preceptos en los que se contenga la definición de los mismos y se especifique si se establece alguna exclusión o no. Antes de examinar estas cuestiones, que suponen una remisión, se ha de indicar que en el mismo precepto primero sobre ámbito de aplicación se deja claro que la presente regulación no pretende afectar al régimen jurídico existente, ya sea de carácter nacional o internacional, sobre los documentos transferibles en soporte papel. Con ello se está apuntando al hecho de la aplicación simultánea de dos principios básicos, a saber: inalteración del Derecho preexistente y equivalencia funcional.

El régimen jurídico aplicable en cada Estado a los documentos transferibles será el que corresponda conforme al Derecho aplicable pertinente, sea este de estricta naturaleza nacional o internacional, en su caso, como por ejemplo, el Convenio que establece una ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés a la orden (Ginebra, 7 de junio de 1930) y el Convenio que establece una ley uniforme sobre cheques (Ginebra, 19 de marzo de 1931) (los “Convenios de Ginebra”). El punto de partida general es la existencia de normas reguladoras, nacionales o internacionales, de la materia referidas a documentos transferibles cuyo soporte es el papel. En este supuesto general la posición que adopta el proyecto es el de no interferir en dichas normas preexistentes y presentar disposiciones de equivalencia funcional, de manera que documentos en soporte electrónico puedan cumplir también la misma función económico-jurídica que los instrumentos en soporte papel.

El dilema que a este respecto se presenta se refiere a aquellos supuestos en los que el diseño y la función del concreto instrumento vienen esencialmente condicionados por el hecho de su condición cartácea. En estos casos puede resultar superfluo plantearse la hipótesis de establecer un régimen jurídico aplicable a la versión electrónica de dichos títulos transferibles. Quizás haya que ser algo más osados y adentrarse en el diseño de nuevos instrumentos específicamente electrónicos que

cumplan la misma función económica esencial, pero con un régimen jurídico específico apropiado a su naturaleza “desmaterializada”. Tal vez empiece a ser procedente plantear, desde una perspectiva jurídica, la sustitución simple y llana de la venerable letra de cambio en papel, no ya por su versión electrónica, sino por un nuevo título de crédito electrónico, que cumpla la misma función cambiaria, cual es la factura electrónica transferible. En tal dirección apunta el proyectado nuevo Código Mercantil en España dando acogida a la práctica comercial que avanza por tales derroteros²¹.

El debate en el seno del proyecto de la CNUDMI/UNCITRAL se sitúa en relación con las disposiciones ya existentes en algunos países que regulan los documentos electrónicos transferibles. En estos casos es evidente que resulta innecesaria la proyectada regulación internacional para la existencia y funcionamientos de dichos documentos electrónicos transferibles. Cuestión distinta es que, si en vez de una ley modelo se optase por una convención, entonces el país concernido tendría que adoptar las medidas pertinentes para asegurar la concordancia o coexistencia de ambos regímenes jurídicos.

En cualquier caso, bajo la rúbrica de ámbito de aplicación en el proyecto se pone de manifiesto que el objeto o finalidad del mismo es proporcionar una regulación que contenga normas básicas que propicien el uso, con seguridad jurídica, de los documentos electrónicos transferibles tanto dentro de los países como con carácter internacional. Tal pretensión se aborda dejando claro que no se pretende afectar al

²¹ El Anteproyecto de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 se ocupa de los singulares títulos-valores, que denomina “títulos de crédito”, expresión que engloba el cheque, el pagaré y la letra de cambio y ahora también a la factura aceptada (cfr. artículo 631-1). Vid. “Artículo 631-6. *Libertad documental*.”

1. Los títulos de crédito podrán documentarse en soporte papel o en soporte electrónico.

2. Reglamentariamente se establecerán los requisitos que han de reunir los títulos de crédito documentados en soporte electrónico a fin de garantizar la seguridad del soporte así como la autenticidad, la integridad y la intangibilidad del contenido; el modo de transmisión y de legitimación del titular; y la pérdida de validez o de eficacia.”

Para un análisis y debate sobre “desmaterialización” y “electronificación” de los títulos cambiarios así como sobre un enfoque de futuro “continuista” o “rupturista”, vid. MARTÍNEZ NADAL, A., *Problemática jurídica de los títulos cambiarios electrónicos en el Derecho español*, Civitas, S.A., Pamplona, 2012, especialmente pp. 121-125. En esta última, en la nota 43, la autora trae a colación la propuesta de M. ALBA centrando la regulación jurídica de los documentos electrónicos transferibles en el concepto de “control”, como equivalente funcional que supera la categoría jurídica de la “posesión” esencialmente vinculada a la materialidad de los bienes, especialmente los de naturaleza mueble. Sobre esta materia, vid. ALBA FERNÁNDEZ, M., “La regulación de los títulos valores emitidos individualmente en soporte electrónico”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º. 117, Enero-Marzo 2010, pp. 39-68; ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., y ALBA FERNÁNDEZ, M., “La desmaterialización de los títulos valores”, en *Comercio electrónico. Estructura operativa y jurídica* (ETCHEVERRY, R. A. e ILLESCAS ORTIZ, R., Dir.), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pp. 773-833; ALBA, M., “Necesidad para el comercio internacional de una regulación armonizada sobre documentos electrónicos negociables”, CNUDMI, 28 de enero, 2011, disponible en http://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/EC/MAIba_Paper_Negotiable_Docs.pdf (última visita: 13/12/2014); MARTÍNEZ NADAL, A., “De nuevo en torno al pagaré electrónico (a propósito de la Sentencia de 13 de julio de 2010, de la Audiencia Provincial de Barcelona)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2011, n.º. 122, pp. 221-242, y en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 445-461; IDEM, “Terceras partes de confianza y gestión de títulos cambiarios electrónicos”, en *Estudios de Derecho mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1469-1484.

Derecho preexistente en materia de documentos transferibles, sea el soporte en papel o electrónico²².

Si el proyecto se centra en establecer una regulación relativa a los documentos electrónicos transferibles, la delimitación del ámbito de aplicación en torno a esta figura vendrá determinada por la definición que se dé de tal instrumento. A su vez, al abordar la definición de documento electrónico transferible resulta imprescindible partir de un preciso concepto de documento electrónico.

4.1. Documento electrónico

Estando en la CNUDMI/UNCITRAL, el punto de partida no puede ser otro que el concepto de “mensaje de datos” contenido en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico. Según el artículo 2.a), por “mensaje de datos” se entenderá “la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”. Este texto de 1996 fue incluido en la Convención sobre las Comunicaciones Electrónicas (2005) en su artículo 4.c). Solo en este artículo se utiliza el término “mensaje de datos” en la Convención. La categoría principal del nuevo texto es la de “comunicación electrónica”. Se basa en el concepto de “mensaje de datos”, pero se lleva a cabo una adaptación al contexto de la Convención. De ahí que el artículo 4 comience en su apartado a) definiendo “comunicación” como “toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes hayan de hacer o decidan hacer en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato”. Acto seguido, en el apartado b) se define “comunicación electrónica” como toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. En definitiva, se abandona la expresión “mensaje de datos” y se opta por “comunicaciones electrónicas” al ser considerada más apropiada para el contexto de contratos internacionales ya en 2005.

Esta orientación actualizadora se plasma también en el artículo 1.17 de las Reglas de Rotterdam: Por “comunicación electrónica” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos, digitales u otros medios análogos, con el resultado de que la información comunicada sea accesible para su ulterior consulta. Se lleva a cabo una fusión de los artículos 2.a) y 6 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.²³

En el proyecto de disposiciones sobre documentos electrónicos transferibles se sigue una metodología similar. Se parte del concepto básico de “mensaje de datos”, pero la denominación que se utiliza y define es la de “documento electrónico” para luego pasar a la considerar su cualificación como transferible o no. Se pretende configurar una definición del siguiente tenor: Por “documento electrónico” se entenderá la información

²² Cfr. A/CN.9/797, par. 17.

²³ En el artículo 6.1) de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico se contiene la formulación del principio de equivalencia funcional: “Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.”

generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, con inclusión, cuando proceda, de toda la información lógicamente asociada o vinculada de alguna otra forma a ella, ya sea que se genere simultáneamente con posterioridad. En definitiva, se quiere integrar la parte definitoria esencial del concepto de “mensaje de datos” o “comunicación electrónica” al tiempo que se trae a colación un elemento operativo fundamental al tratarse de documentos transferibles: el endoso²⁴.

Ya sea por razón del endoso o por cualquier otro motivo, la instrumentación electrónica del documento electrónico, su posterior transmisión, la constitución de cualquier derecho relacionado con el mismo o el ejercicio de los derechos “incorporados” pueden comportar -como puede ocurrir en el mundo del papel- que se deba generar información adicional que puede figurar en el propio documento o en otro adjunto. El elemento esencial, pues, reside en el hecho de que se trata de información que consta en un soporte electrónico (entendido este término en sentido amplio), de manera que puede ser tratada de manera automatizada o informatizada²⁵.

4.2. Documento electrónico transferible

Sobre la base del concepto de documento electrónico, como concepto general, se construye el específico del proyecto de normas, esto es, el calificado como “transferible”. Se sigue la misma metodología que en las Reglas de Rotterdam al definir específicamente el “documento electrónico de transporte”²⁶. Ahora se viene a definir el “documento electrónico transferible” como el documento electrónico que legitima a la persona que ejerce el control para exigir el cumplimiento de la obligación indicada en él y cuyo traspaso permita transferir el derecho a exigir el cumplimiento de dicha obligación. Tan solo se pretende formular un trasunto del concepto de título transferible en soporte papel al mundo o contexto electrónico. De ahí que se opte por referirse al titular del derecho, persona legitimada para exigir el cumplimiento o transmitir, en su caso, el derecho “incorporado o representado” no con el tradicional término de “tenedor”, sino con la expresión “persona que ejerce el control”. Se convierte así el control en elemento crucial de la definición y la configuración del documento electrónico transferible. Como se examinará más adelante, el control se convierte en el

²⁴ A/CN.9/797, par. 43-45.

²⁵ En nuestro Ordenamiento interno, el art. 3.5. de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica dispone que se “considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.”

²⁶ En las Reglas de Rotterdam, el artículo 1.18. entiende por “documento electrónico de transporte” la información consignada en uno o más mensajes emitidos por el porteador mediante comunicación electrónica, en virtud de un contrato de transporte, incluida la información lógicamente asociada al documento electrónico de transporte en forma de datos adjuntos o vinculada de alguna otra forma al mismo por el porteador, simultáneamente a su emisión o después de esta, de tal modo que haya pasado a formar parte del documento electrónico de transporte, y que:

a) Pruebe que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte; y
b) Pruebe o contenga un contrato de transporte.

Véase en la anterior nota la definición de documento electrónico en nuestro ordenamiento interno, que se contiene en el artículo 3.5. de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

instrumento vehicular para aplicar el principio de equivalencia funcional en el caso de los documentos electrónicos transferibles.

En definitiva, uniendo al concepto de documento electrónico los elementos definitorios de la transferibilidad por medios electrónicos, se busca la aplicación del mencionado principio de equivalencia funcional a los ya preexistentes títulos transferibles en papel. No se crea un instrumento jurídico nuevo en sentido estricto. Tan solo se contempla la posibilidad de utilizar los ya existentes en soporte papel también en un entorno virtual o electrónico. Para ello se subraya el hecho de que los intangibles documentos electrónicos transferibles permitan cumplir la misma función económica y jurídica que sus predecesores en papel. Así, deberán aseverar la titularidad del derecho, permitir su transmisión y legitimar para el ejercicio del derecho.

Con la definición de documento electrónico transferible se está delimitando el ámbito de aplicación de este nuevo proyecto de la CNUDMI/UNCITRAL. En última instancia, con esa expresión se está queriendo englobar un conjunto de instrumentos jurídico-económicos, de distintas naturaleza, pero que constituyen una categoría que se puso de manifiesto al agruparlos en un mismo apartado de la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas precisamente para excluirlos de la aplicación de la misma. El artículo 2.2 de la Convención dispone: “La presente Convención no será aplicable a las letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén, ni a ningún documento o título transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero.”

En principio, se puede afirmar que se trata de títulos de tradición y de títulos de crédito, sin perjuicio de que en cada caso concreto su transferibilidad pueda depender de diferente regulación en un ordenamiento jurídico u otro, de características de la propia emisión o de convenio entre las partes. En todo caso, no deja de ser un reto difícil alcanzar una definición general de una categoría que englobe todos estos supuestos concretos. Otra cosa es que, incluidos en la definición, determinados instrumentos puedan quedar fuera del ámbito de aplicación por la vía de las exclusiones en el proyecto sobre documentos electrónicos transferibles²⁷.

4.3. Exclusiones

En materia de exclusiones parece razonable que existan dos tipos de reglas: unas de carácter clarificador y otras de exclusión en sentido estricto. Dentro del primer grupo se insertan una referida a materia de consumidores y otra a instrumentos financieros de inversión, a las que hay que añadir otra en artículo aparte referida a la información.

La mención expresa de que nada de lo dispuesto en las normas contenidas en el proyecto pretende alterar o afectar el Derecho de consumidores es ya tradición en leyes, convenios y reglamentos de la CNUDMI/UNCITRAL. El propio nombre de la

²⁷ Cfr. A/CN.9/797, par. 17-28; A/CN.9/WG.IV/WP.130 (29 de agosto de 2014), par. 17. Se insiste en que el proyecto debe centrarse solo en los documentos electrónicos transferibles, quedando fuera aquellos que no lo sean, como pudieran ser conocimientos de embarque nominativos o cartas de porte que, en algunos ordenamientos, no tienen carácter de transferibles (A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 21).

Comisión refleja el mandato de la Asamblea General en el sentido de que se ocupe del Derecho mercantil internacional a fin de conseguir las máximas cotas posibles de armonización y uniformidad. Su objeto mira fundamentalmente al comercio internacional desarrollado por empresarios. El Derecho de consumidores queda en un segundo plano. Hay referencia a él en la medida que afecta a la actividad empresarial; pero no constituye objeto específico de la encomienda de CNUDMI/UNCITRAL.

Así, en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (1980) el artículo 2, dedicado a las exclusiones, dispone en su apartado a) que quedan excluidas las compraventas de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso²⁸. Con formulación más directa, en 1996 la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico dice en su artículo 1: “La presente Ley** será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto*** de actividades comerciales****.” En la nota 2 (***) la Ley Modelo contempla la posibilidad de que los legisladores nacionales expresamente especifiquen que “La presente ley no deroga ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor.” En la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas se incluye la clarificación en el texto del artículo 1 de forma taxativa: “La presente Ley será aplicable en todos los casos en que se utilicen firmas electrónicas en el contexto* de actividades comerciales**. *No deroga ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor.*” (énfasis añadido).

Siguiendo este mismo criterio clarificador el proyecto de normas sobre los documentos electrónicos transferibles dice de forma explícita: “La presente Ley no deroga ninguna norma jurídica aplicable a la protección del consumidor.”²⁹.

A renglón seguido se formula la siguiente clarificación: “La presente Ley no se aplicará a los valores, como las acciones, los bonos y otros instrumentos de inversión.” Se sigue así la pauta marcada por la Convención de Viena y la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas³⁰. Esta exclusión es imprescindible, ya que en el amplio concepto visto de documento electrónico transferible pueden entrar muchos instrumentos de inversión como los valores negociables, cuales son las acciones, las obligaciones, los bonos u otros que reciben diferentes nombres según las jurisdicciones³¹. Este tipo de instrumentos financieros tienen su regulación específica.

²⁸ Siguiendo el modelo de la Convención de Viena, la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas determina la exclusión de su ámbito de aplicación de las comunicaciones electrónicas relacionadas con contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos (art. 2.1.a).

²⁹ A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 7.

³⁰ La Convención de Viena excluye las compraventas de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero (art. 2.d). La Convención sobre Comunicaciones Electrónicas excluye en su artículo 2.1.b) las comunicaciones electrónicas relacionadas con “i) Operaciones en un mercado de valores reglamentado; ii) operaciones de cambio de divisas; iii) sistemas de pago interbancarios, acuerdos de pago interbancarios o sistemas de compensación y de liquidación relacionados con valores bursátiles u otros títulos o activos financieros; iv) la transferencia de garantías reales constituidas sobre valores bursátiles u otros títulos o activos financieros que obren en poder de un intermediario y que puedan ser objeto de un acuerdo de venta, de préstamo, de tenencia o de recompra.”

³¹ Para un listado (no cerrado) en España de valores negociables, vid. artículo 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV).

Su electrificación y la de sus mercados fue pionera. La integración e internacionalización de los mercados de valores es una realidad. Es palmario que estos instrumentos están fuera de la encomienda realizada por la Comisión al Grupo de Trabajo.

Se puede considerar una norma de exclusión indirecta aquella (art. 6) en la que se dispone que nada de lo dispuesto en la presente Ley afectará a la aplicación de cualquier norma jurídica en virtud de la cual una persona deba revelar su identidad, la ubicación de su establecimiento u otra información, ni eximirá de consecuencias jurídicas a una persona que haya hecho a este respecto declaraciones inexactas, incompletas o falsas. Es una disposición declarativa en conexión con el ámbito de aplicación. Se quiere poner de manifiesto que las normas del proyecto no pretenden afectar a ninguna disposición de Derecho sustantivo conexo con los documentos electrónicos transferibles, aunque se trate de normas que puedan tener una conexión indirecta. Se trata de instrumentos que esencialmente consisten en documentar derechos descritos mediante información que se genera y hace constar de forma electrónica. Las disposiciones que puedan existir y ser aplicables a la “información en general” lo serán también en este caso, sin que el régimen del proyecto pretenda introducir alteración alguna al respecto³².

Hay, sin embargo, un segundo tipo de exclusiones cuya formulación presenta mayor dificultad. Se trata de documentos o títulos electrónicos transferibles que, en principio, por su naturaleza, deben estar dentro del ámbito de aplicación, pero que, por algún particular motivo, pudiera ser conveniente su expresa exclusión. Dos son las razones más significativas que se han señalado en el Grupo de Trabajo para tales exclusiones. Por una parte están los títulos cuya transferibilidad pueda ser cuestionada o no esté asegurada en todo caso. Por otro lado, se encuentran los títulos que se rigen por las Convenciones de Ginebra, de manera que resulta dicho régimen internacional incompatible con el de la electrificación prevista en el proyecto de la CNUDMI/UNCITRAL.

En el primer grupo se encuentran los ya mencionados conocimientos de embarque nominativos o las cartas de porte no negociables. En el segundo están las letras de cambio, los pagarés a la orden y los cheques. Desde luego la formulación absoluta de una exclusión de los títulos cambiarios del ámbito de aplicación dejaría bastante vacío de contenido al proyecto en su totalidad. Más que hablar de una exclusión, se tendría que pensar en una indicación en la correspondiente guía para que, en función del formato final del proyecto, los Estados adopten las cautelas pertinentes para que su legislación interna (si de una Ley Modelo se tratara) o la adopción de una nueva Convención (si este fuere el caso) sea compatible con los Convenios de Ginebra, en caso de un Estado que los hubiera ratificado³³.

³² El proyecto de artículo 6 es parecido al artículo 7 de la Convención sobre las Comunicaciones Electrónicas en el que se recuerda a las partes la necesidad de cumplir las posibles obligaciones de revelar datos que imponga el derecho interno (Nota explicativa sobre la Convención sobre las Comunicaciones Electrónicas, par. 122-128). Cfr. A/CN.9/WG.IV/WP.122, par. 11.

³³ A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 11 y 12. España firmó, pero no ratificó los Convenios de Ginebra (cfr. A/CN.9/WG.IV/WP.125, par. 11 y 16, donde se incluye la relación de los Estados parte de los Convenios).

En todo caso parece que se impone una interpretación integradora para aquellos Estados parte de los Convenios de Ginebra. Es evidente que en 1930 y 1931 no se contemplaba para los títulos cambiarios más soporte que el papel. En consecuencia, todo el régimen jurídico contenido en ellos está destinado a regular el uso y efectos jurídicos de letras de cambio, pagarés y cheques en papel. El proyecto de la CNUDMI/UNCITRAL no pretende afectar o modificar el régimen jurídico contenido en los Convenios, de igual manera que no pretende modificar los Derechos nacionales en la materia. Se trata de dictar normas aplicables a una nueva realidad, cual es la existencia de documentos transferibles cuyo soporte no es el papel, sino electrónico. La pretensión es hacerlo sobre la base de la aplicación del principio de equivalencia funcional, de manera que, sin modificar el Derecho preexistente, se cumpla con este en un contexto electrónico.

Este objetivo se puede alcanzar en muchos casos. Ya existe experiencia al respecto en relación con los valores negociables. En España se ha aplicado el principio de equivalencia funcional utilizando la vieja categoría de la ficción jurídica. Así, se dispone que la inscripción en el registro contable de valores negociables anotados en cuenta equivale a la tradición (art. 9 LMV) o a la posesión (art. 10 LMV) de los títulos en papel. En la mayoría de los supuestos será posible acudir a la equivalencia funcional manteniendo la naturaleza jurídica del instrumento plasmado en un soporte electrónico y no en papel. Pero como ya se apuntó, pueden existir casos en los que una determinada función esté esencialmente vinculada a la condición física (papel) del instrumento, de manera que carezca de sentido pretender una “réplica” electrónica del mismo a tal efecto. Por ejemplo, la función trayecticia de la cambial se puede conseguir de manera más eficiente mediante una transferencia electrónica de fondos sin necesidad de recurrir al esquema cambiario.

Se impone, por tanto, una tarea de formulación amplia y flexible de las nuevas normas en el proyecto; pero también un examen y una interpretación del régimen regulador de los documentos transferibles existentes para discernir qué funciones -en cada caso concreto- son susceptibles de aplicación del principio de equivalencia funcional y en cuáles es preferible optar por un instrumento electrónico alternativo. Tal sería la vía para compatibilizar la aplicación de los Convenios de Ginebra y los Derechos internos que solo contemplen los títulos en papel. Así, la ya calificada como venerable letra de cambio podría ser susceptible de pervivencia electrificada en la medida que continúen existiendo funciones de la misma que se puedan desarrollar por medios electrónicos. Cuando la unión del papel a la función alcance la condición de indisoluble, quedará como un reducto al que se le aplique la vieja norma de los Convenios de Ginebra o del Derecho interno, según corresponda. De esa forma, pervivirán y convivirán los títulos en papel con los documentos electrónicos transferibles en la medida en que en la actividad económica se demanden unos u otros.

5. PRINCIPIOS DE LA ELECTRONIFICACIÓN

En el proyecto se presenta un bloque de artículos en los que se reproduce el contenido de los artículos 5 a 7 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, en los que se formulan los principios de no discriminación y equivalencia funcional.

5.1. Principio de no discriminación

Este principio constituye la formulación negativa básica del principio de equivalencia funcional. Consagrado en el artículo 5 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, se ha convertido ya en un clásico con acogida en textos posteriores de la CNUDMI/UNCITRAL y en disposiciones nacionales de los Estados. Así, se dice en el artículo 7 del proyecto: “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza ejecutoria a un documento electrónico transferible por la sola razón de que esté en forma electrónica.” Es decir, se proclama el principio general de admisibilidad de la electrificación. Se niega que, de entrada, el hecho de la constancia en un soporte electrónico (digital, óptico..., esto es, distinto al papel) sea motivo suficiente para que la información, en este caso, el documento electrónico transferible carezca de validez o efectos jurídicos.

El reflejo del principio de no discriminación es también la previsión del proyecto de artículo 16, conforme al cual nada de lo dispuesto en el proyecto exigirá que, para la emisión de un documento electrónico se proporcione más información que la que se exigiría para la emisión de un documento o instrumento en papel transferible. Ello se ha de entender sin perjuicio de la posibilidad de incluir en el documento electrónico transferible información adicional que guarde relación con su carácter electrónico o que sea necesaria por motivos técnicos³⁴.

5.2. Principio de equivalencia funcional

La formulación positiva del principio, esto es, que la información que consta en soporte electrónico también tiene validez jurídica, se inserta en el artículo 8 del proyecto. Se trae aquí a colación la formulación del artículo 6 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico que contempla la equivalencia funcional de “escrito” y que también ha hecho fortuna tanto en textos nacionales como internacionales. El requisito de que una información conste por escrito se entiende cumplido si dicha información en soporte electrónico permanece accesible para ulterior consulta. Tal es el contenido del artículo 8 del proyecto: “Cuando la ley exija que la información conste por escrito o prevea consecuencias para el caso de que no conste por escrito, ese requisito se dará por cumplido respecto del empleo de un documento electrónico transferible si es posible acceder a la información consignada en ese documento electrónico de manera que sea posible su consulta ulterior.”

³⁴ A/CN.9/797, par. 70-73. Vid. también proyecto de artículo 17 en A/CN.9/WG.IV/WP.130/Add.1, par. 19 (29 de agosto de 2014).

El mismo esquema se repite con respecto al requisito de firma. La equivalencia funcional no significa que el escrito electrónico o la firma electrónica equivalen al escrito en papel o a la firma manuscrita en el sentido de que sean “semejantes”. La equivalencia de predica de la función, no del soporte. Es decir, el soporte electrónico -reuniendo los requisitos que se establecen- cumple la misma función jurídica (se le atribuyen los mismos efectos jurídicos) que el soporte papel; pero aquel no es una especie de sucedáneo de este. Nada tienen que ver. Son soportes de naturaleza totalmente diferente. Otra cosa es que una misma función o finalidad jurídica se pueda alcanzar tanto con un instrumento de papel o con uno en soporte electrónico. Esa distinta naturaleza del medio o soporte hace que en determinados casos no haya que seguir el esquema o la vía de la equivalencia funcional, sino la utilización alternativa de un nuevo medio. Así sucede en el caso de los documentos electrónicos transferibles a la hora de abordar la equivalencia funcional de “original”. Con respecto a la firma se aplica el principio de equivalencia funcional, pero no así con respecto al original.

En relación con el requisito de firma, el artículo 9 proyectado sigue la pauta del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, del artículo 6 de la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas y del artículo 9 de la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas, si bien con adaptación al contexto de los documentos electrónicos transferibles: “Cuando la ley exija la firma de una persona, o prevea consecuencias en caso de que falte una firma, ese requisito se dará por cumplido respecto del empleo de un documento electrónico transferible:

a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar la intención que tiene esa persona respecto de la información consignada en el documento electrónico transferible; y

b) Si el método empleado:

i) O bien es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó el documento electrónico, atendidas todas las circunstancias del caso, inclusive todo acuerdo aplicable; o

ii) Ha demostrado en la práctica que, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, cumple las funciones descritas en el apartado a) *supra*.”

En relación con la equivalencia funcional de original el Grupo de Trabajo ha optado por no incluir un precepto al respecto. Los conceptos de original y copia en el mundo del papel y en el mundo electrónico son completamente distintos. Probablemente la finalidad buscada o asignada a un original o copia en papel se deba plantear por vías con diseño absolutamente distinto en el mundo virtual o electrónico. Tal será el caso si se pasa del contexto cartáceo a un sistema registral. Incluso en un sistema de “token” (“unidad cosificada”, en este caso, “cosificación electrónica”) la forma de identificar y de conseguir la unicidad no tiene similitud alguna en su funcionamiento con los atributos que acompañan a un original en papel³⁵. En caso de requerirse singularidad de un documento transferible, la función asignada a la existencia de un único ejemplar puede conseguirse en el mundo electrónico por otros medios que no son los de la existencia de un ejemplar único. La finalidad que se persigue con la

³⁵ Cfr. A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 48-53.

singularidad es la de evitar que se puede demandar el cumplimiento más de una vez. Esta función se puede cumplir en el contexto electrónico por una vía alternativa al requisito de “original”, esto es, mediante el “control”. De ahí la relevancia de este concepto en el proyecto de la CNUDMI/UNCITRAL³⁶.

En consecuencia, el Grupo de Trabajo volcó la proyección del principio de equivalencia funcional, no sobre el requisito de la existencia de un “original”, sino sobre la base de que se utilice un método fiable que permita:

- a) Identificar el documento electrónico como tal y prevenir toda reproducción no autorizada del mismo.
- b) Sujetar a control el documento electrónico durante su período de validez.
- c) Mantener la integridad del documento electrónico transferible³⁷.

6. FUNCIÓN DEL CONTROL

Como ya se ha indicado, el control constituye un elemento esencial de aplicación del principio de equivalencia funcional. Por una parte, como se acaba de apuntar, se convierte en vía alternativa a la exigencia de un “original” en papel. Por otro lado, se utiliza como equivalente funcional de la posesión. Al modo como ya se hace en nuestro ordenamiento interno en el ya referido artículo 10 de la LMV, se acude a la ficción jurídica: el control sobre el documento electrónico transferible equivale a la *posesión* del documento transferible en papel. El control en el mundo virtual surte el efecto de la posesión en el mundo físico.

Esta equivalencia se formula en el proyecto de artículo 18, según el cual cuando la ley exija la posesión de un documento o instrumento en papel transferible o prevea consecuencias si se carece de posesión, ese requisito se dará por cumplido en lo que respecta al empleo de un documento electrónico transferible:

- a) Si se utiliza un método para establecer el control de ese documento electrónico transferible y para identificar a la persona que ejerce ese control; y
- b) Si el método empleado:
 - i) O bien es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se emitió el documento electrónico transferible, en atención a todas las circunstancias del caso, incluido todo acuerdo aplicable; o
 - ii) Ha demostrado en la práctica que, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, cumple las funciones señaladas en el apartado a).

El reto tecnológico, por tanto, reside en diseñar un sistema lo suficientemente fiable que permita alcanzar los niveles de seguridad necesarios para garantizar el control del documento y la identificación de la persona que ejerce el control y tiene la disponibilidad del mismo, ya sea para proceder a su transmisión, a la constitución de derechos reales limitados, o para, llegado el momento, ejercer los derechos que el documento confiere. En la práctica ya existen experiencias operativas, entre las que se

³⁶ A/CN.9/797, par. 50; A/CN.9/804, par. 36-40.

³⁷ Vid. A/CN.9/804, par. 49, y A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 54-58 sobre posibles opciones a la hora de combinar dichos requisitos.

pueden citar las de Estados Unidos de Norteamérica o Corea del Sur³⁸. El reto legislativo se centra en conseguir una formulación del principio de equivalencia funcional que haga realmente operativa y eficiente legalmente la ficción jurídica de que el control equivale a la posesión.

La equivalencia funcional se proyecta también sobre el requisito de la *entrega*, esto es, sobre la *traditio*. En el artículo 19 del proyecto de la CNUDMI/UNCITRAL, intitulado “entrega” se dice: “Cuando la ley exija entregar un documento o instrumento en papel transferible o prevea consecuencias para el caso de que no se entregue, ese requisito se dará por cumplido respecto del empleo de un documento electrónico transferible si se traspasa el control sobre dicho documento.”³⁹ De esta manera la cuestión se desplaza al concepto de “traspaso”, que no deja de tener un cierto contenido tautológico o, al menos, circular: “Por “traspaso” de un documento electrónico transferible se entenderá el traspaso del control sobre dicho documento.”⁴⁰ Lo que se está haciendo es decir de forma explícita que el traspaso del documento se concreta en el traspaso del control. En definitiva se entiende que cuando se entrega un documento físico el desplazamiento posesorio desempeña la función de traspasar el control sobre el mismo. Por eso en el mundo electrónico el traspaso del control equivale a la *traditio*, con los pertinentes efectos jurídica que en cada ordenamiento jurídico se atribuya a esta⁴¹.

Como regla general en el proyecto de la CNUDMI/UNCITRAL sobre documentos electrónicos transferibles se acude al control como elemento al que se atribuye la equivalencia funcional de diversos requisitos que los distintos ordenamientos jurídicos suelen exigir en el régimen aplicable a los documentos transferibles. Igual que se ha dicho de la entrega, se puede establecer la misma equivalencia o ficción jurídica respecto a la presentación, endoso o pago⁴².

Probablemente la dificultad no se centre tanto en formular la equivalencia cuanto en definir el concepto de “control”. Cualquiera que sea la definición que se adopte, ha de atender a aspectos fácticos (en cuanto operativa tecnológica) y aspectos estrictamente jurídicos (imputación de facultades jurídicas, incluida la más importante: la titularidad de derechos). El Grupo de Trabajo se ha centrado fundamentalmente en la dimensión fáctica del concepto de control. Se viene a entender por control el poder de disposición fáctica sobre el documento electrónico transferible⁴³. Una definición de este tipo produce insatisfacción. Aparte de que se pueda considerar insuficiente decir que control es poder, el control al que aquí se está haciendo referencia no es todo control

³⁸ Cfr. A/CN.9/681/Add.1, par. 26 y 27; A/CN.9/692, par. 26-47; A/CN.9/WG.IV/WP.118, especialmente par. 11-16, 32-38, 45-48, 55-60 y 65.

³⁹ Vid. A/CN.9/WG.IV/WP.130/Add.1, par. 29.

⁴⁰ Vid. A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 25 y 26.

⁴¹ En nuestro artículo 9 de la LMV la equivalencia funcional de la entrega se predica de la inscripción en el registro, que efectivamente implica transmisión de la titularidad y, por ende, traspaso de control. En el proyecto de la CNUDMI/UNCITRAL no se particulariza tanto, ya que no se opta por un sistema concreto de implementación de los documentos electrónicos transferibles. Aunque la mayoría de las experiencias se basen en un sistema de registro, queda abierta la puerta a otras posibilidades como la opción del “token” electrónico.

⁴² Vid. A/CN.9/797, par. 95-96; A/CN.9/804, par. 77-81; A/CN.9/WG.IV/WP.130/Add.1, par. 30-33.

⁴³ Vid. A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 24.

fáctico. El proveedor de servicios que instrumenta la emisión y gestión del documento electrónico transferible tiene poder fáctico sobre el mismo, pero no es este el control del que aquí se trata. La relevancia jurídica del control impone una consideración limitada del mismo. Aunque se refiere a un poder de hecho, hay que excluir, por ejemplo, a los terceros prestadores de servicios, porque su intervención ha de ser en todo caso por cuenta de a quien jurídicamente le corresponde el control y su ejercicio, que unas veces podrán llevar a cabo directamente y otras por medio de o con el auxilio de los proveedores de servicios. Es evidente que la posibilidad de control de hecho que los terceros prestadores de servicios puedan tener sobre los documentos electrónicos transferibles no los convierte en titulares de derechos porque en ningún caso son “poseedores” (de forma *ficta*) a los que se les pueda imputar titularidad alguna de derechos o facultades⁴⁴. Parece que la definición de control debe ir más en paralelo con la práctica. En el mercado el control viene relacionado con la autenticidad de la información, la verificación fiable de la misma y la identificación de una persona como “tenedor” (posesión *ficta*)⁴⁵.

Otro elemento de debate consiste en la determinación de la duración del control. Se podría exigir solo durante alguna fase del ciclo vital del documento electrónico transferible o durante la totalidad del mismo, esto es, desde la emisión hasta su pérdida de efectos. Parece que lo más apropiado sería la segunda opción⁴⁶.

También se pretende aportar certidumbre mediante el establecimiento de presunciones acerca de quién se entiende que ostenta el control de un documento electrónico transferible. Se presume que tiene el control quien aparece identificado en el mismo documento como la persona con capacidad para ejercerlo o quien lo “conserva en su poder”, esto es, quien de hecho tiene acceso al documento y puede disponer del mismo⁴⁷. Como se puede constatar, la naturaleza fáctica del control dificulta la formulación tanto de una definición como de posibles presunciones.

En el proyecto de la CNUDMI/UNCITRAL (artículo 23) se contemplaba también la posibilidad de “conversión” de títulos a la orden en títulos al portador (endoso en blanco) y viceversa. Ello sería jurídicamente admisible siempre que el ordenamiento sustantivo aplicable así lo permitiera⁴⁸. En el 50º período de sesiones se argumentó que la emisión o “conversión” de un título a la orden implica el anonimato en relación con el titular del mismo. Dicho anonimato resulta imposible en un contexto electrónico ya que, si la titularidad se basa en quien tiene el control, siempre va a estar

⁴⁴ Vid. A/CN.9/804, par. 54-60.

⁴⁵ Vid. M. ALBA, quien en esencia define el control como la identificación fiable del titular: “En todo esto, de hecho, se resume la idea del control del documento como mecanismo fiable para probar titularidad.” (ALBA, M., “Necesidad para el comercio internacional de una regulación armonizada sobre documentos electrónicos negociables”, CNUDMI, 28 de enero, 2011, p. 11, disponible en http://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/EC/MAIba_Paper_Negotiable_Docs.pdf -última visita: 13/12/2014-). De hecho en el 50º período de sesiones el Grupo de Trabajo decidió señalar la identificación del titular como elemento esencial del control. A tal efecto adoptó el siguiente texto: “Una persona tiene el control de un documento electrónico transferible si el método empleado permite identificar de manera fiable a esa persona como la persona que ejerce el control”. (A/CN.9/828, par. 64).

⁴⁶ Para un debate al respecto, vid. A/CN.9/804, par. 61-62.

⁴⁷ Vid. A/CN.9/WG.IV/WP.130/Add.1, par. 28, sobre el proyecto de artículo 19.

⁴⁸ A/CN.9/WG.IV/WP.130/Add.1, par. 38.

identificada la persona que ostenta dicho control, aunque su nombre pueda no aparecer formalmente en el documento electrónico transferible. En consecuencia desaparece el anonimato en el pretendido documento electrónico transferible “al portador”. Sobre la base de este argumento, se decidió suprimir el proyecto de artículo 23⁴⁹, aunque se puede argumentar que existen estructuras tecnológicas en las que es posible ostentar el control de un documento o información sin que aparezca la identidad de quien tiene dicho control o titularidad. Tal posibilidad existe tanto en un sistema de registro como de “*token*” (objeto). Cuestión distinta es que el coste pueda desaconsejar su uso por razones de “eficiencia económica”. En cualquier caso no se trataría de elaborar normas específicas sustantivas sobre contratos o títulos valores, cuanto de plasmar en disposiciones principios o criterios que aporten certidumbre jurídica a la hora de utilizar los medios electrónicos en las relaciones de contenido patrimonial⁵⁰.

7. REVERSIBILIDAD

La reversibilidad entre el mundo del papel y el electrónico es ya vieja cuestión en las disposiciones que versan sobre la electrificación de las relaciones jurídicas de contenido patrimonial. La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (1996) ya contemplaba en el apartado 5 de su artículo 17 (el último) la posibilidad de volver a un documento en papel a partir de un mensaje de datos en el que se contuviese información relativa a derechos relacionados con concesión, adquisición, renuncia, restitución, transferencia o negociación de algún derecho sobre mercancías, o con adquisición o transferencia de derechos y obligaciones con arreglo a un contrato de transporte de mercancías.

Por su parte, el artículo 10 de las Reglas de Rotterdam regula de forma más pormenorizada la conversión de un documento de transporte negociable que pasa a revestir el formato de documento electrónico de transporte negociable así como la reversión ya contemplada por la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, esto es, la conversión un documento electrónico de transporte negociable en un documento de transporte negociable en papel⁵¹.

⁴⁹ A/CN.9/828, par. 83.

⁵⁰ A tal criterio responde el proyecto de artículo 24 que declara la posibilidad de introducir modificaciones en el contenido del documento, cuando la ley aplicable así lo contemple. Se ha de emplear un método fiable para la modificación del documento electrónico transferible, de manera que se identifique la información modificada. Se ha de diferenciar de forma clara dos clases distintas de modificaciones: por una parte, las relacionadas con información sustantiva, y, por otro lado, la información adicional debida a motivos técnicos. Cfr. A/CN.9/797, par. 101. Esta última información adicional representa una especificidad del entorno electrónico que no se da en los documentos en papel, donde las modificaciones sustantivas del documento no requieren información técnica adicional (cfr. A/CN.9/WG.IV/WP.130/Add.1, par. 44).

⁵¹ Se ha de señalar que en el lenguaje de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y en el de las Reglas de Rotterdam sigue perviviendo la vieja idea o expresión de documento como equivalente de escrito en papel. Si el término documento no va adjetivado, se entiende que es un documento en soporte papel. Si no es así, hay que calificar, por ejemplo, de electrónico. Ejemplo claro es el de las definiciones de las Reglas de Rotterdam en el artículo 1 cuando define “documento de transporte” (apartado 14), “documento de transporte negociable” (apartado 15), “documento de transporte no negociable” (apartado 16),

En el proyecto sobre documentos electrónicos transferibles se da acogida a una norma similar a la contenida en el artículo 10 de las Reglas de Rotterdam. Así, en el proyecto de artículo 26 se contempla la posibilidad de realizar el viaje de ida y vuelta entre el papel y el soporte electrónico. Bajo el epígrafe de “Cambio de soporte”⁵² se dispone:

1. Cuando se haya emitido un documento o instrumento en papel transferible y la persona que ejerce el control y el emisor o la parte obligada acuerden sustituirlo por un documento electrónico transferible:

a) La persona que ejerce el control entregará al emisor el documento o instrumento en papel;

b) El emisor emitirá a la persona que ejerce el control, en lugar del documento o instrumento en papel transferible, un documento electrónico transferible que contendrá toda la información consignada en el documento o instrumento en papel transferible y una declaración de que ese documento se ha emitido en sustitución del documento o instrumento en papel transferible; y

c) A partir de la emisión del documento electrónico transferible, el documento o instrumento en papel quedará privado de su eficacia o validez.

2. Cuando se haya emitido un documento electrónico transferible y la persona que ejerce el control y el emisor o la parte obligada acuerden sustituirlo por un documento o instrumento en papel:

a) La persona que ejerce el control traspasará este al emisor del documento electrónico transferible;

b) El emisor emitirá a la persona que ejerce el control, en lugar del documento electrónico transferible, un documento o instrumento en papel que contendrá toda la información consignada en el documento electrónico transferible y una declaración de que ese documento se ha emitido en sustitución del documento electrónico transferible; y

“documento electrónico de transporte” (apartado 18) y “documento electrónico de transporte negociable”. El tenor literal del artículo 17.5 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico es especialmente elocuente de la contraposición entre “documento” y “mensaje de datos” (mensaje electrónico): “Cuando se utilicen uno o más mensajes de datos para llevar a cabo alguno de los actos enunciados en los incisos f) y g) del artículo 16, no será válido ningún documento utilizado para llevar a cabo cualquiera de esos actos, a menos que se haya puesto fin al uso de mensajes de datos para sustituirlo por el de documentos. Todo documento que se emita en esas circunstancias deberá contener una declaración a tal efecto. La sustitución de mensajes de datos por documentos no afectará a los derechos ni a las obligaciones de las partes.” Los mensajes de datos son sustituidos por documentos, como si la información que consta en soporte electrónico no pudiera ser calificada como documento.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, “documento” es, en su primera acepción: “Diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de algún hecho, principalmente de los históricos.”; en su segunda acepción es: “Escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo.” No se menciona expresamente el soporte. Habitualmente se ha venido entendiendo que era el papel, pero podría ser un papiro, un lienzo (de lino, cáñamo o algodón) o un soporte pétreo. El lenguaje se ha de ir adaptando a las nuevas realidades. Documento es el género. El soporte ha de calificar la especie. De ahí, vendrá que la información esté en un documento en papel o en un soporte electrónico.

Véase en la nota 25 la definición de documento electrónico en el ordenamiento español, que se incluye en el artículo 3.5. de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

⁵² Cfr. A/CN.9/828, par. 102.

c) A partir de la emisión del documento o instrumento en papel, el documento electrónico transferible quedará privado de su eficacia o validez.

El proyecto continúa señalando que la sustitución acordada y realizada no afecta a los derechos y obligaciones de las partes. Incluso se contempla el supuesto de “retrocesión” en el proceso de sustitución. Si por razones técnicas el proceso de sustitución no se pudiese completar, será posible volver a una nueva emisión del documento preexistente, fuere este en papel o electrónico.

La posibilidad de sustitución de los documentos transferibles, desde el soporte papel al electrónico y viceversa, es relevante en la práctica, especialmente en un contexto transfronterizo, ya que puede haber jurisdicciones donde a determinados efectos, por ejemplo aduaneros, se requiera un determinado soporte, sea solo papel o solo electrónico. En tal caso la solución vendrá de la mano de la sustitución, esto es, cambio al formato requerido. Como supuesto general, se entiende que, con independencia de cuál sea la causa que motive la sustitución, esta requerirá el consentimiento de las partes concernidas.

8. CRITERIOS DE FIABILIDAD

Cuestión clave en el proyecto es la especificación de los criterios de fiabilidad en los métodos o procesos que se apliquen para conferir seguridad técnica y jurídica en el sistema de electrificación de los documentos transferibles. A tal respecto es necesario combinar de forma equilibrada dos principios básicos: el de equivalencia funcional y el de neutralidad respecto al uso de la tecnología. Ya se han mencionado algunos supuestos en los que se requiere la aplicación de un método fiable a la hora de aplicar el principio de equivalencia funcional, por ejemplo, en relación con la firma o con la posesión. La fiabilidad del método utilizado se puede referir a la identificación de las personas, a la integridad de la información, a la verificación o al control del documento.

En otros artículos del proyecto se hace también referencia al requisito de la fiabilidad para llevar a cabo, por ejemplo, la división y combinación de un documento electrónico transferible cuando la ley permita lo permita para un documento o instrumento en papel. Lo mismo sucederá para el supuesto de cancelación cuando la ley exija que se proceda a cancelar el documento transferible para que deje de surtir efectos, de manera que, en tal caso, se impida que el documento electrónico transferible siga circulando. Otro tanto sucede en orden a la constitución de garantías reales, cuando el proyecto de artículo 29 determina que cuando la ley permita emplear un documento o instrumento en papel transferible a efectos de una garantía real, se establecerá un método fiable que permita emplear documentos electrónicos transferibles a efectos de una garantía real⁵³.

Precisamente por la reiteración en el texto del proyecto del requisito de un método fiable, se aborda en un artículo la posible regulación, con carácter general, de los requisitos que un método fiable ha de reunir para ser considerado como tal. La

⁵³ A/CN.9/WG.IV/WP.130/Add.1, par. 55-59

dificultad de establecer un listado de tal índole radica en encontrar el punto de equilibrio entre la necesaria concreción y la flexibilidad suficiente para respetar el principio de neutralidad en el uso de la tecnología así como para modular el nivel de exigencia en función de las circunstancias concretas concurrentes en cada caso y cada tipo de documento electrónico transferible⁵⁴.

9. CONCLUSIÓN

Se puede esperar que, en un plazo de tiempo no muy prolongado, el Grupo de Trabajo IV finalice su proyecto y que la Comisión pueda debatir y aprobar un texto, posiblemente de Ley Modelo, sobre Documentos Electrónicos Transferibles. Si se consigue el reto de formular normas que expresen el adecuado equilibrio entre los principios generales de la electrificación de las relaciones jurídicas y los particulares requisitos para hacer operativa la existencia de documentos transferibles en formato electrónico, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional habrá conseguido, una vez más, prestar un valioso servicio, en el plano legislativo, para ayudar a los Estados en la labor legislativa armonizada.

Sin duda la existencia de normas uniformes en materia de documentos electrónicos transferibles propiciará el uso de estos instrumentos y, por ende, el desarrollo del comercio nacional e internacional. El Derecho uniforme ha de cubrir también esta parcela de instrumentos comerciales en la que empleo de los medios electrónicos es cada vez más una práctica habitual entre los operadores económicos.

⁵⁴ En el proyecto de artículo 12 se incluyen factores como el grado de garantía de la integridad de los datos, la capacidad de impedir el acceso no autorizado al sistema y su uso no autorizado, la calidad de los sistemas de equipos y programas informáticos, la periodicidad y el alcance de las auditorías realizadas por un órgano independiente, o la existencia de una declaración de un órgano de supervisión, un órgano de acreditación o un mecanismo voluntario respecto de la fiabilidad del método. Son factores provenientes del artículo 10 de la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas. Para otras consideraciones y otros posibles factores, vid. A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 68-71.

EL CONTRATO DE EMISIÓN DE TARJETAS EN LA FUTURA CODIFICACIÓN MERCANTIL

MARILIANA RICO CARRILLO*

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de las reglas que rigen el contrato de emisión de tarjetas en el Anteproyecto del Código Mercantil español. En un análisis crítico y comparativo, se destaca la importancia de la legislación sobre servicios de pago y protección de consumidores como complemento de las normas proyectadas, a efectos de determinar y establecer con mayor precisión, el contenido de la información contractual, las obligaciones y la responsabilidad de las partes en el marco de la futura codificación.

Contenido

1. Introducción. – 2. Importancia de la regulación. Antecedentes normativos – 3. Caracterización y forma del contrato. – 4. Elementos subjetivos. – 4.1. El emisor. – 4.2. El titular. – 4.3. El contratante. – 5. Contenido. – 6. Obligaciones de las partes. – 6.1. Del titular. – 6.2. Del emisor. – 7. La participación de los aceptantes. – 8. Régimen de responsabilidad. – 9. Extinción del contrato. – 10. Conclusión

1. INTRODUCCIÓN

El establecimiento del régimen jurídico de las tarjetas de pago se presenta como una novedad dentro de la ambiciosa reforma del Código de Comercio español. A diferencia de la regulación actual, contenida en normas sectoriales que gobiernan principalmente el sector financiero, el nuevo texto legal -incorporado por primera vez en un código de esta naturaleza- proporciona el marco jurídico general, destinado a regir el funcionamiento de estos instrumentos de pago, independientemente de la calificación del sujeto emisor. Las disposiciones incluidas en el Título VI del Libro Sexto del actual Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (ALCM, mayo 2014)¹, tienen un mayor alcance en cuanto a su ámbito subjetivo, ya que son de obligatorio cumplimiento para los emisores de tarjetas en general, situación que refuerza la protección de los usuarios, ante la falta de aplicación de la legislación sobre servicios de pago a las tarjetas emitidas por empresarios comerciales distintos de las entidades de crédito.

* Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad Católica del Táchira (Venezuela). Árbitro certificado por la Corte Suprema de Florida de los Estados Unidos de América.

¹ Aprobado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación el 30 de mayo de 2014.

En el marco de la nueva regulación destaca la incorporación del Capítulo III en el mencionado título sexto, relativo al contrato de emisión, donde se hace referencia al contenido de este acuerdo -aunque de manera muy general- a la vez que se introducen algunas normas sobre su forma de perfección y se fijan los derechos y obligaciones de las partes. Las disposiciones de este capítulo también permiten aplicar a las tarjetas comerciales las normas sobre las consecuencias de usos fraudulentos o no autorizados establecidas en la Ley sobre servicios de pago, en particular las reglas sobre la responsabilidad en caso de pérdida o sustracción del instrumento de pago. Esta aplicación procede gracias a la remisión directa y expresa del articulado general a las previsiones de la legislación especial. Si bien en otros preceptos se observan remisiones similares, se echa en falta una referencia más completa y específica al contenido de las condiciones contractuales, junto con algunas disparidades en el régimen obligacional de los emisores en comparación con la normativa vigente, tal como indicaremos en su oportunidad. Estas circunstancias ponen de manifiesto la necesidad de analizar las normas que complementan la regulación de las tarjetas incluidas en la codificación mercantil. El actual texto del ALCM establece un régimen jurídico mínimo², orientado a regular el ejercicio del derecho documentado en el instrumento de pago³, que debe ser armonizado con otros textos legales, principalmente aquéllos destinados a proteger a los consumidores⁴.

Dentro de las principales novedades de la legislación actualmente en proyecto, destaca la regulación de los deberes del aceptante del instrumento de pago. Aunque este sujeto no forma parte de la relación contractual objeto de estudio en el presente trabajo, su participación es importante a efectos de determinar su responsabilidad en caso de operaciones fraudulentas. También debemos mencionar que en el marco de la reforma a la legislación general protectora de los consumidores se regula la actuación de estos sujetos, al prohibir en forma expresa el cobro de comisiones que excedan el coste derivado del uso de las tarjetas como medios de pago.

En las siguientes líneas nos dedicamos al estudio de las disposiciones que rigen el contrato de emisión de tarjetas incluidas en la versión actual del ALCM, destacando la relevancia de la normativa sobre servicios de pago a efectos de determinar y establecer con mayor precisión el contenido de la información contractual, las obligaciones y la responsabilidad de los sujetos que intervienen en el mecanismo del pago con tarjeta. Antes de comenzar nuestro trabajo consideramos necesario recordar

² Así lo establece el apartado VII-29 de la Exposición de Motivos del actual Anteproyecto al indicar: “*En el Código se ha considerado conveniente incluir un régimen jurídico mínimo de las tarjetas que operen como medio de pago o como medio de crédito a corto plazo*”.

³ Esta circunstancia se pone de manifiesto en el apartado VII-30 de la Exposición de Motivos al indicar que “*El objeto del Título dedicado a las tarjetas es única y exclusivamente la normativa vinculada con la legitimación para el ejercicio del derecho documentado*”.

⁴ La Exposición de Motivos del Anteproyecto destaca la importancia de la aplicación de las normas de los consumidores al indicar que “*...desde el punto de vista subjetivo, por razón de la persona, a los efectos del estatuto mercantil, y objetivo, por razón de la naturaleza de las operaciones, pueden quedar sometidos a normas específicas, distintas de las del Código mercantil, tanto los operadores del mercado como las relaciones jurídicas en que se desarrolla su actividad externa, principalmente con consumidores, cuya legislación protectora se aplicará, en lo pertinente, con prioridad a este Código*”. (Apartado I.13).

que hasta hace algunos años la regulación en este sector era prácticamente inexistente, de ahí la importancia de revisar las normas que precedieron la redacción de los distintos instrumentos jurídicos, principalmente en el ámbito de la Unión Europea, en el entendido que la mayor parte de legislación actual encuentra su origen en textos provenientes del Derecho comunitario.

2. IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN. ANTECEDENTES NORMATIVOS

A pesar del avance legislativo que representa la inclusión de las normas sobre los contratos de emisión (y de las tarjetas en general) en la codificación mercantil, no hay que olvidar que estos contratos habían sido objeto de regulación previa en la normativa sobre servicios de pago, donde se establecen las condiciones para la elaboración del denominado contrato marco, definido como un contrato general, destinado a regir la ejecución futura de operaciones de pago. Aunque la nueva regulación que introduce el anteproyecto es específica para las tarjetas, habrá de complementarse con la normativa especial prevista en la Ley 16/2009, de 13 de noviembre sobre servicios de pago⁵ (LSSP) y sus instrumentos de desarrollo. Para comprender mejor el significado de esta regulación, debemos hacer una breve referencia a los antecedentes de estas normas.

La importancia de fijar el contenido mínimo y las reglas de elaboración de estos contratos se ha puesto de manifiesto desde hace algunos años en diversos documentos en el ámbito del Derecho comunitario, donde destacan: la Recomendación 87/598/CEE de la Comisión, de 8 de diciembre de 1987, sobre un código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico (relaciones entre financieros, comerciantes-organismos prestadores de servicios y consumidores)⁶; la Recomendación 88/590/CEE de la Comisión, de 17 de noviembre de 1988, relativa a los sistemas de pago y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas⁷, y la Recomendación 97/489/CE de la Comisión de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de estos instrumentos. El contenido de esta Recomendación fue incorporado en el Código de Buena Conducta del Sector Bancario Europeo relativo a los sistemas de pago mediante tarjeta. La mayoría de las entidades emisoras de tarjetas de los distintos países miembros de la Unión Europea en su momento se adhirieron a este código e incluyeron los principios de la Recomendación en los contratos de emisión de las tarjetas de pago en sus distintas modalidades.

A pesar de los avances que en su momento representó la elaboración de este tipo de normas, las medidas adoptadas en las Recomendaciones citadas resultaron insuficientes debido a la falta de efecto vinculante y a la presencia de algunas cláusulas abusivas en los contratos de tarjetas en detrimento de los derechos de los consumidores, situación que puso de manifiesto la necesidad de establecer una regulación jurídica obligatoria aplicable a este tipo de contratos, sobre todo en el sector financiero. Es así

⁵ BOE núm. 275 de 14 de noviembre de 2009.

⁶ DO L 365 de 24 de diciembre de 1987.

⁷ DO L 317 de 24 de noviembre de 1988.

como en el año 2007 se aprueba la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE (en adelante Directiva sobre servicios de pago).

El objetivo principal de la Directiva sobre servicios de pago se centra en la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en relación con estos servicios, con la finalidad de crear un mercado de pagos integrado. En el marco de este instrumento jurídico se presta especial atención a la protección de los usuarios de los servicios de pago en general, donde se incluyen los titulares de las tarjetas. Esta protección se articula a través de un conjunto de disposiciones orientadas a garantizar la transparencia en el sector, mediante el establecimiento de los requisitos de información que han de aplicarse al contrato que regula la utilización del instrumento de pago (el contrato de emisión, en el caso de las tarjetas), la delimitación de los derechos y obligaciones de las partes, y la introducción de las normas sobre responsabilidad en caso de operaciones no autorizadas o fraudulentas.

La norma comunitaria fue incorporada al ordenamiento jurídico español en el año 2009 por conducto de la LSSP, desarrollada en la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago. Las disposiciones del ALCM, en lo que se refieren al contrato marco deben complementarse con estas normas y con la normativa general protectora de los consumidores, a efectos de proporcionar la tutela adecuada de estos sujetos en este ámbito.

3. CARACTERIZACIÓN Y FORMA DEL CONTRATO

El contrato de emisión de tarjetas tiene por objeto regular el uso del instrumento de pago y establecer el régimen obligacional de las partes que intervienen en la relación contractual, junto con la determinación de la responsabilidad que pudiera imputarse a cada una de ellas ante un incumplimiento de sus deberes.

En una interpretación conjunta de la normativa aplicable a estos acuerdos, contenida tanto en el ALCM como en la LSSP podemos decir que en la actualidad se trata de un contrato ampliamente regulado. En cuanto a la forma, el artículo 663-1 de la nueva codificación admite la celebración verbal, con lo cual es factible que el contrato se perfeccione con el mero consentimiento de las partes. En estos casos se presume la conformidad del contratante desde el momento de la utilización de la tarjeta. De acuerdo con esta norma:

1. La tarjeta solo podrá emitirse en ejecución de un contrato verbal o escrito entre el emisor de la tarjeta y una persona física o jurídica, que puede coincidir o no con el titular de la tarjeta.
2. Si el contrato no se hubiera estipulado por escrito, se presume la conformidad del contratante desde que la tarjeta emitida a su nombre hubiera sido utilizada.

La redacción de este precepto plantea ciertos inconvenientes en la práctica. Aunque el ALCM no exige el escrito como condición necesaria para la perfección del contrato, diversos artículos de la sección destinada a regular las tarjetas contemplan la obligación de indicar las condiciones de utilización del instrumento de pago en el respectivo contrato de emisión. Es criticable que las normas proyectadas no contemplen la entrega de un ejemplar del contrato en los casos de celebración verbal, o al menos un documento que especifique las condiciones de uso del instrumento de pago. Al tratarse de cláusulas generales no negociadas con el titular, siempre será necesaria la entrega de las condiciones contractuales, ya que en este documento es donde se fijan las condiciones de uso las tarjetas en sus diferentes categorías (crédito, débito o monederos electrónicos).

Independientemente de su forma de perfección, hemos de recordar que estamos en presencia de un contrato de adhesión⁸ sometido a una legislación específica y el emisor deberá entregar un documento al titular que contenga las condiciones generales de utilización de la tarjeta o indicar un lugar donde pueda acceder a ellas⁹. Sobre este punto es necesario mencionar que el artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación¹⁰ (LCGC) establece el deber del predisponente (en este caso del emisor) de poner en conocimiento al contratante sobre el contenido y la existencia de las condiciones generales contratación, en los casos que el contrato no se formalice por escrito. También es conveniente puntualizar que cuando el contratante ostente la condición de consumidor y se trate de una tarjeta emitida por un proveedor de servicios de pago, deben cumplirse las previsiones del artículo 12 de la Orden EHA/1608/2010. Esta disposición establece en forma precisa y detallada el contenido de la información que debe suministrarse previamente al contratante y que a su vez será incluida el respectivo contrato marco, normas aplicables al contrato de emisión de tarjetas. Si el emisor es un empresario comercial o de servicios también está obligado a facilitar al consumidor, antes de la celebración del contrato, el contenido de las condiciones generales, tal como lo dispone el artículo 80.1, apartado b) del Texto Refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU)¹¹.

⁸ El propio texto del ALCM reconoce esta característica en su artículo 661-4. De acuerdo con esta norma: *“Las tarjetas, sean de débito o de crédito, podrán incorporar la facultad de realizar, en relación con una o varias cuentas de pago, los actos especificados en el contrato de emisión al que el cliente se hubiera adherido”*. (Subrayado nuestro).

⁹ Cuando se trata de instrumentos de escasa cuantía, dentro de los que se incluyen las tarjetas de pago con funciones de monederos electrónicos, el artículo 34 de la Directiva sobre servicios de pago permite a los emisores suministrar la información básica referente a las características y la forma de utilización e indicar un lugar donde el consumidor pueda acceder al contenido íntegro de las condiciones contractuales. Sería deseable que una norma de tal naturaleza se incorporara en el texto del ALCM a efectos de facilitar el cumplimiento del deber de entregar las condiciones generales de utilización de la tarjeta y garantizar la adecuada protección de los consumidores en este ámbito.

¹⁰ BOE núm. 89 de 14 de abril de 1998.

¹¹ Reformado en 2014 mediante la aprobación de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 76 de 28 de marzo de 2014).

En la actualidad y gracias a la incorporación de la normativa sobre comercio electrónico y sobre contratación de servicios financieros a distancia, es posible la celebración de contratos de emisión de tarjetas en soportes electrónicos. Recordemos que uno de los principios que rige las operaciones comerciales electrónicas, incluido primariamente en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico¹² (LSSICE) es la equivalencia funcional, que permite la contratación electrónica mediante la sustitución del papel por un soporte electrónico que tendrá todos los efectos previstos en el ordenamiento jurídico, siempre que concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para la validez del contrato. El artículo 23.3 de esta norma proclama la equivalencia funcional en los siguientes términos:

Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico.

En cuanto al régimen jurídico, el artículo 23.1 declara aplicables la LSSICE, los Códigos Civil y de Comercio y las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y de ordenación de la actividad comercial. Dentro de este grupo de normas destaca la Ley 22/2007 de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores¹³ (LCDSFC), destinada a establecer el marco jurídico de la contratación electrónica de servicios financieros¹⁴.

Esta ley presta especial atención a la regulación de los contratos sobre servicios financieros prestados a distancia¹⁵, donde se incluyen los acuerdos destinados a regular la emisión de tarjetas. En cuanto al contenido, la norma remite a la aplicación de la LSSP cuando éste se perfeccione a través de medios electrónicos¹⁶. La información que debe incluirse en estos contratos es desarrollada en la Orden EHA/1608/2010, este texto establece el deber del proveedor, en este caso el emisor de la tarjeta, de comunicar al

¹² BOE núm. 166 de 12 de julio de 2002.

¹³ BOE núm. 166 de 12 de julio de 2007.

¹⁴ Esta norma incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, dictada con el objeto de aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. (DOCE L 271 de 09 de octubre de 2002.)

¹⁵ Aun cuando el título esta ley se refiere en general al contrato a distancia, la noción incluida en el texto legal se delimita sólo a la contratación electrónica. Esta situación se infiere del contenido del artículo 4.3, cuando al delimitar su campo de aplicación material, describe el contrato a distancia como aquel contrato en el que “... para su negociación y celebración se utiliza exclusivamente una técnica de comunicación a distancia, sin presencia física y simultánea del proveedor y el consumidor, consistente en la utilización de medios telemáticos, electrónicos, telefónicos, fax u otros similares.”

¹⁶ Cuando sea de aplicación la Ley de servicios de pago, el artículo 8 de la LCDSFC indica que las disposiciones en materia de información se sustituirán por lo establecido en el artículo 18 de la LSSP que establece las normas sobre transparencia de las condiciones y de los requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

consumidor las condiciones contractuales -en soporte papel u otro soporte duradero¹⁷- con suficiente antelación a la celebración del contrato, y también después de su formalización, lo cual reafirma la obligatoriedad de entregar las condiciones independientemente de la forma de perfección del acuerdo, como indicamos anteriormente. La legislación es aún mucho más protectora en este sentido, ya que para asegurar el efectivo conocimiento del contenido del contrato, consagra el derecho del consumidor de solicitar las condiciones contractuales en cualquier momento de la relación contractual¹⁸.

Finalmente y en cuanto a la caracterización del contrato, hemos de insistir que el contrato de emisión de tarjetas se configura como un contrato de adhesión, que incorpora un clausulado general no negociable por las partes, por lo tanto está sometido a la normativa específica que regula este tipo de contratos, contenida en España en la LCGC. Al celebrarse el contrato con un consumidor, también habrá de tomarse en cuenta la regulación sobre condiciones generales y cláusulas abusivas establecida en la LGDCU.

4. ELEMENTOS SUBJETIVOS

El artículo 663-1, apartado 1 del ALCM se refiere a la celebración de un contrato entre el emisor y una persona física o jurídica, que puede coincidir o no con el titular. En este caso hablamos de la figura del contratante, que también está sometido a un régimen obligacional propio.

4.1. El emisor

El emisor es la persona que en el marco de su actividad profesional (financiera o comercial) pone a disposición de sus clientes un determinado instrumento de pago. La

¹⁷ De acuerdo con el artículo 2.25, el soporte duradero se refiere a “*cualquier instrumento que permita al usuario de servicios de pago almacenar la información que le ha sido transmitida personalmente, de manera fácilmente accesible para su futura consulta, durante un período de tiempo adecuado para los fines de dicha información, y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada*”. La definición de soporte duradero se introduce en la Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores, con el objeto de permitir el uso de medios electrónicos en este tipo de contratación. El Considerando 20 ilustra con ejemplos lo que puede entenderse por soporte duradero, incluyendo en esta noción los disquetes informáticos, los CD ROM y los discos duros de los ordenadores en los que están almacenados los correos electrónicos. Siguiendo esta orientación, en el Considerando 24 de la Directiva sobre servicios de pago se mencionan los disquetes, los CD ROM, los DVD y los discos de los ordenadores personales en los que se almacenen los correos electrónicos y sitios de Internet, en la medida en que para futuras referencias se pueda acceder a dichos sitios durante un período de tiempo adecuado a efectos de la información, y que permitan la reproducción sin cambios de la información archivada. Bajo esta concepción, las condiciones del contrato podrían también estar accesibles en la página web del emisor, siempre que se cumplan las especificaciones indicadas en las normas legales para considerar un soporte como duradero.

¹⁸ Bajo los principios de la Orden EHA/1608/2010, texto que desarrolla la obligación de información de los proveedores de servicios de pago, el titular de la tarjeta tiene el derecho de solicitar las condiciones de utilización del instrumento de pago, en soporte papel o electrónico, en cualquier momento de la relación contractual, tal como lo dispone el artículo 13 de la citada orden.

facultad de emitir tarjetas no es exclusiva de las entidades de crédito, de ahí que en la práctica se diferencien las tarjetas emitidas por proveedores de servicios de pago (comúnmente denominadas bancarias) de las tarjetas comerciales.

La diferencia entre ambos tipos de tarjetas es relevante por el régimen jurídico aplicable a los emisores en uno u otro caso, ya que la Directiva sobre servicios de pago excluye en forma expresa a las tarjetas comerciales de su ámbito de aplicación. A tales efectos cabe reproducir el texto del artículo 3.k, que indica que las normas del mencionado texto legal no serán aplicables a:

.... los servicios que se basen en instrumentos que puedan utilizarse para la adquisición de bienes o servicios únicamente en las instalaciones del emisor o, en virtud de un acuerdo comercial con el emisor, bien en una red limitada de proveedores de servicios o para un conjunto limitado de bienes o servicios.

En el sector financiero están facultados como emisores, las entidades de crédito, dentro de las que se incluye a los establecimientos financieros de crédito (EFE) y a las entidades de pago. Los EFE son entidades de crédito que se dedican a realizar operaciones de crédito específicas dentro de las que destaca la emisión y gestión de tarjetas de crédito. A estos sujetos les está prohibido captar fondos reembolsables del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otros análogos, cualquiera que sea su destino, por lo tanto no están facultados para emitir tarjetas de débito¹⁹. Las entidades de pago son personas jurídicas, distintas de las entidades de crédito, que han sido autorizadas para prestar servicios de pago, tales como transferencias de fondos, adeudos domiciliados y pagos efectuados con tarjeta²⁰. Todos estos sujetos adquieren la condición de proveedores de servicios de pago y están sometidos al régimen establecido en la LSSP.

En el ámbito comercial es común la emisión de medios de pago por empresarios distintos de las entidades de crédito, en este caso, se trata de los proveedores de bienes y/o servicios que emiten sus propias tarjetas a efectos de facilitar los pagos a sus clientes. Si bien estos sujetos estarán sometidos a la obligaciones previstas en el ALCM, no adquieren la condición de proveedores de servicios de pago a los efectos de la LSSP y no estarán sujetos al cumplimiento de esta normativa, pero si a las reglas que amparan los derechos de los consumidores contenidas en la legislación especial protectora de estos sujetos, particularmente en todo lo que se refiere al suministro de la información

¹⁹ La actividad de estos sujetos es objeto de regulación en Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, por el que se establece el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito (BOE núm. 126 de 24 de mayo de 1996).

²⁰ En España, estas entidades se crean por conducto de la LSSP y están sometidas a un régimen de regulación propio que se encuentra incluido en el Real Decreto 712/2010, de 28 de mayo, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago (BOE núm. 131 de 29 de mayo de 2010).

A efectos de la LSSP también son considerados proveedores de servicios de pago las entidades de dinero electrónico y la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A., respecto de los servicios de pago para cuya prestación se encuentra facultada en virtud de su normativa específica. También se considerarán proveedores de servicios de pago, cuando no actúen en su condición de autoridades públicas: el Banco de España y la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales (Art. 4 LSSP).

sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, tal como lo establece el artículo 60 de la LGDCU.

4.2. El titular

El titular o usuario es la persona que por disposición del contrato está facultada para la utilización del instrumento de pago. El ALCM se refiere al titular mientras que la LSSP al usuario, entendiendo que esta denominación es más amplia y adecuada para cubrir la amplitud de servicios que regula esta norma. La definición de titular se infiere del concepto de tarjetas, incluido en el artículo 661-1 del ALCM:

Las tarjetas son instrumentos materiales que incorporan un dispositivo electrónico, emitido en ejecución de un contrato con el emisor, cuya presentación y uso conforme a lo establecido en el contrato de emisión permite al titular de la tarjeta efectuar los actos o las operaciones determinados en ese contrato.

En términos de la LSSP, el usuario es la persona física o jurídica que hace uso del servicio de pago. En el ámbito de las tarjetas, el concepto de titular siempre se refiere a una persona física, aunque las personas jurídicas también pueden contratar estos instrumentos de pago para ser usados por sus representantes, en este caso hablamos del contratante. De acuerdo con estas precisiones, el titular es la única persona legitimada para efectuar los actos de disposición determinados en el respectivo contrato.

El ALCM destaca la importancia de la tarjeta como título de legitimación, la regulación de las tarjetas en estas normas se orienta hacia el ejercicio del derecho documentado en el instrumento de pago. Esta circunstancia es acorde con la naturaleza de las tarjetas, caracterizadas por la doctrina y la jurisprudencia como títulos de legitimación que se emiten a nombre de una persona determinada, quien es el único sujeto autorizado para hacer uso del instrumento de pago²¹.

A efectos de establecer la legislación aplicable al contrato, es necesario determinar si el contratante de la tarjeta ostenta la condición de consumidor, ya que en este caso se deberá respetar tanto la normativa general contenida en la LGDCU como en las leyes especiales que garantizan los derechos de estos sujetos. En el ámbito de la LSSP, el concepto de consumidor se delimita a las personas físicas que en los contratos sobre servicios de pago actúen con fines ajenos a su actividad económica, comercial o profesional. Cuando el contrato se perfeccione con un consumidor, los emisores de tarjetas, en su condición de proveedores de servicios de pago, están obligados a cumplir las previsiones de la LSSP. Sobre este aspecto, es importante destacar que al tratarse de usuarios no consumidores, los artículos 17 y 23 de la LSSP, facultan a las partes para acordar que no se apliquen las regulaciones sobre transparencia de condiciones y requisitos de información, gastos de envío de información, prueba de autenticación y

²¹ Las tarjetas de pago reúnen las características de los títulos de legitimación ya que no están diseñadas para circular, el titular puede ejercer el derecho sin necesidad de presentar el documento (en el caso de las ventas telefónicas o por Internet), el contenido del derecho está expresado en el contrato, son reivindicables y quien está en posesión de una tarjeta robada no puede legalmente ejercitar ningún derecho. Sobre la naturaleza jurídica de las tarjetas vid. RICO CARRILLO, M.: *El pago electrónico en Internet: estructura operativa y régimen jurídico*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 84-86.

ejecución de las operaciones de pago y algunas normas en materia de órdenes de pago. Esta excepción procederá cuando el contratante de la tarjeta sea una persona jurídica que solicite el instrumento de pago para uno de sus directivos (tarjetas de empresa).

Para saber cuándo estamos en presencia de un consumidor habrá que atenerse a lo dispuesto en la legislación aplicable a cada caso concreto, si bien es cierto que la noción de la LGDCU incluye a las personas jurídicas que actúen independientemente de su condición profesional, otras normas, como la LCDSFC y la LSSP, delimitan esta noción sólo a las personas físicas. Cuando sea procedente la aplicación de la normativa contenida en las leyes citadas, debemos tener en cuenta que la protección otorgada es exclusiva para las personas físicas, si bien cabe la posibilidad que una persona jurídica que contrate el instrumento de pago pueda ser considerada como consumidor de acuerdo con las disposiciones de la LGDCU, no se beneficia de la protección de las leyes especiales; los textos jurídicos mencionados son bastante claros al restringir su ámbito de aplicación únicamente a las personas físicas.

4.3. El contratante

El ALCM acertadamente distingue las figuras de titular y el contratante. En la práctica, el titular del instrumento de pago no siempre se identifica con la figura del contratante, esta situación se observa en la emisión de tarjetas adicionales. En estos casos, el contratante es la persona que se obliga y responsabiliza frente al emisor por el uso de la tarjeta y normalmente es una persona distinta del titular, tal como sucede con las tarjetas de empresa y las tarjetas suplementarias, que son usadas por una persona distinta de quien las contrató. Esto permite que sea una persona jurídica quien contrate una tarjeta con el emisor, que será usada por uno de sus directivos o representantes legales, o de un padre que contrate el instrumento de pago para uno de sus hijos u otro miembro del grupo familiar.

El ALCM diferencia las obligaciones del titular de las obligaciones del contratante del instrumento de pago, correspondiendo a éste el pago de las operaciones realizadas por el titular y la responsabilidad por el uso de la tarjeta.

5. CONTENIDO

Aunque el capítulo relativo al contrato de emisión incluido en el ALCM se ocupa más de sistematizar las obligaciones de las partes que del contenido del contrato, a lo largo de la redacción del articulado general relativo a las tarjetas se observan normas dispersas que se refieren al contenido de este acuerdo, todas ellas mencionan básicamente la necesidad de indicar las condiciones de utilización del instrumento de pago, en atención a la orientación básica del ALCM en este aspecto, que como ya indicamos, se centra en regular el ejercicio del derecho documentado en el instrumento de pago.

El artículo 661-1, que se ocupa de definir las tarjetas, pone de manifiesto la importancia del respectivo acuerdo contractual, al indicar que el uso de las tarjetas debe

llevarse a cabo conforme a lo establecido en el contrato de emisión, sin embargo, en ninguna parte de la norma se especifica el contenido de tal acuerdo.

En el sector financiero, el contrato de emisión es objeto de regulación en la normativa sobre servicios de pago, específicamente en la Orden EHA/1608/2010, que establece el contenido del contrato marco para los distintos servicios de pago incluidos en la LSSP. Las previsiones de este texto legal sólo serán de obligatorio cumplimiento en el caso de las tarjetas emitidas por proveedores de servicios de pago, cuando el contratante ostente la condición de consumidor. Siguiendo la redacción del artículo 42 de la Directiva sobre servicios de pago, el artículo 12 del citado instrumento jurídico sistematiza el contenido de la información que debe incluirse en el contrato marco. La información es agrupada en siete categorías que se refieren a los siguientes aspectos: 1) identificación del proveedor del servicio de pago; 2) condiciones de utilización del instrumento de pago; 3) gastos, intereses y tipo de cambio; 4) medios de comunicación; 5) responsabilidades y requisitos de devolución; 6) modificaciones y rescisión del contrato; y 7) ley aplicable y recursos. En cada apartado se detalla el contenido específico que debe ser incluido en la información relacionada con cada uno de los aspectos indicados²².

Las condiciones sobre la utilización del instrumento de pago deben especificarse diferenciando si se trata de una tarjeta de débito o de crédito. El ALCM define la tarjeta de débito como un instrumento de pago mediante el cual el titular satisface una deuda dineraria o dispone de efectivo con cargo simultáneo a una cuenta con saldo disponible (Art. 661-2). La tarjeta de crédito es definida como el instrumento que permite al titular disponer de efectivo a crédito o satisfacer una deuda dineraria que asume el emisor como propia, aplazando el reintegro al emisor conforme a las modalidades pactadas en el contrato de emisión (Art. 661-3). Ambas tarjetas podrán incorporar la facultad de realizar, en relación con una o varias cuentas de pago, los actos especificados en el contrato de emisión al que el cliente se hubiera adherido (Art. 661-4).

El ALCM impone la obligación de incluir las condiciones bajo las cuales el titular puede efectuar los actos o las operaciones determinadas en el contrato (Art. 661-1). Aunque el precepto no se refiere en forma expresa a los gastos, comisiones e intereses, estos aspectos se relacionan directamente con las condiciones de uso, por lo tanto también deben incluirse en el respectivo contrato de emisión y son de obligatorio cumplimiento tanto para empresas comerciales (o de servicios) como para los proveedores de servicios de pago que emitan tarjetas. A tales efectos se debe indicar el importe de la cuota de emisión y el monto de las cuotas anuales, el tipo de interés y su modo de cálculo (tasa anual equivalente e intereses de mora, en el caso que llegaran a causarse) y el tipo de cambio, si se trata de pagos en divisas. Esta información es fundamental para el usuario, recordemos que uno de los servicios de pago que más comisiones genera es la tarjeta. La normativa sobre servicios de pago no prohíbe el

²² Estos análisis de estos requisitos tanto en la Directiva comunitaria como en la legislación española ha sido objeto de estudios previos. Vid. RICO CARRILLO, M.: "La protección de los usuarios de tarjetas en la normativa de servicios de pago", Revista de Estudios Jurídicos UNESP, v. 14, n. 19, 2010, disponible on line <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/178/267> (Consulta: 30 de diciembre de 2014).

cobro de estas comisiones²³, sólo obliga al emisor a especificar de forma clara y precisa los importes de éstas, para ello se deberá expresar la causa del cobro de la comisión y los períodos en que se generan, sólo de esta forma se cumplirá a cabalidad el deber de desglosar las cantidades correspondientes a los gastos causados, tal como lo prevé la Orden EHA/1608/2010. Si el instrumento de pago puede utilizarse para realizar operaciones en divisas, se deberá suministrar información acerca del importe de las comisiones y los cargos aplicados a las transacciones en moneda extranjera, así como sobre el tipo de cambio utilizado para la conversión de la moneda, incluida la fecha valor de dicho tipo.

En relación con las condiciones de utilización del instrumento de pago, el artículo 661-2 del ALCM obliga a incluir en el contrato la obligación de uso exclusivo de la tarjeta por parte del titular, que se llevará a cabo mediante la firma del documento de pago, la utilización de una clave secreta predeterminada o cualquier otro sistema indicado en el respectivo contrato de emisión. La responsabilidad del titular por el uso exclusivo de la tarjeta también implica el deber de custodia, por lo tanto y aunque las normas proyectadas no lo indican, se deberá incluir la descripción de las medidas que el usuario deberá adoptar para preservar la seguridad del instrumento de pago, la forma en que deberá notificarse el extravío, robo o sustracción del instrumento de pago o cualquier operación de pago no autorizada, tal como lo dispone la Orden EHA/1608/2010, ya que todos estos aspectos están relacionados con el uso de la tarjeta.

Las condiciones de utilización también deben incluir la información relacionada con la responsabilidad por el uso del instrumento de pago. Además de las normas de responsabilidad en caso de usos no autorizados, se deben establecer las condiciones en que el emisor se reserva el derecho de impedir el uso del instrumento de pago. El bloqueo del instrumento de pago se rige por las previsiones del artículo 55.2 de la Directiva sobre servicios de pago, ésta, como muchas de sus normas, representa una novedad en la regulación de los instrumentos de pago, particularmente en el caso de las tarjetas. De acuerdo con la disposición citada, el emisor podrá reservarse el derecho de proceder al bloqueo por razones objetivamente justificadas relacionadas con la seguridad del instrumento de pago, cuando tenga la sospecha de una utilización no autorizada o fraudulenta²⁴ o cuando el instrumento esté asociado a una línea de crédito (una tarjeta de crédito), si se presenta un aumento significativo del riesgo sobre la

²³ En estos casos, la comisión es la remuneración por los servicios prestados por el proveedor. Recordemos que en la jurisprudencia española, el contrato de emisión de tarjetas se cataloga como una comisión mercantil por medio de la cual la entidad emisora asume la obligación de ejecutar los pagos por cuenta del titular (*Vid.* SAP de Madrid, de 11 de abril de 1987).

²⁴ El bloqueo tiene por finalidad proteger al usuario de posibles transacciones de pago no autorizadas cuando el instrumento de pago no ha sido robado ni extraviado, o cuando el usuario no se haya percatado de tal situación. En la práctica son frecuentes las operaciones no autorizadas que se producen con independencia del robo o extravío de la tarjeta. En la mayoría de estos casos, el titular no ha incumplido sus deberes de custodia y notificación sobre la pérdida o robo del instrumento de pago, ya que el mismo se encuentra en su poder y la utilización fraudulenta es consecuencia de la interceptación de los datos del instrumento de pago. En opinión de la doctrina, muchos de estos supuestos se reconducen a la negligencia de otro operador y pueden ser consecuencia de la falta de seguridad en la pasarela de pagos, entre otros. *Vid.* RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, T.: “El reparto de riesgos y la atribución de responsabilidad en el uso de tarjetas en la contratación electrónica”, en RICO CARRILLO, M. (coord.): *Derecho de las nuevas tecnologías*, Ediciones la Rocca, Buenos Aires, 2007, p 353.

capacidad del usuario para hacer frente a su obligación de pago. Esta norma es incorporada a la legislación española en el artículo 26 de la LSSP. En la reciente reforma de la LGDCU también se menciona la necesidad especificar en la información contractual, las razones por las que se bloquee un importe en una tarjeta de crédito o débito del consumidor y usuario²⁵.

6. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

En el marco del contrato de emisión, nos interesa el análisis de las obligaciones de los emisores y los titulares. Si el titular y el contratante son personas diferentes, éste último debe responder por el pago de las operaciones realizadas y asumir la responsabilidad frente al emisor por el uso del instrumento de pago, aun cuando quien utilice la tarjeta sea uno de los titulares para quienes la contrató.

6.1. Del titular

El artículo 663-5 del ALCM impone al titular el deber de custodiar y utilizar la tarjeta en los términos establecidos en el contrato y comunicar sin demora al emisor la pérdida o la sustracción de la tarjeta o su utilización por persona no autorizada. Estas mismas obligaciones se encuentran previstas en el artículo 27 de la LSSP.

La utilización adecuada de la tarjeta implica el uso exclusivo por parte del titular, circunstancia que trae aparejada el deber de custodia, tanto del instrumento de pago como de los elementos de seguridad (claves secretas). Tradicionalmente, las condiciones generales de los contratos de emisión de tarjetas indican que se trata de un instrumento de uso exclusivo por el titular, esta situación es acorde con la naturaleza jurídica de estos instrumentos de pago, catalogados como títulos de legitimación, característica que reafirma el artículo 662.1 del ALCM y que a su vez impide la utilización por terceras personas, aún con el consentimiento del titular.

A pesar de la naturaleza especial de las tarjetas y de la prohibición de su utilización por terceras personas, en la práctica se observan numerosos casos donde el mismo titular facilita el instrumento de pago o las claves de seguridad a otra persona con la finalidad de realizar extracciones de dinero a través de cajeros o realizar operaciones de pago en Internet. En estas situaciones estamos en presencia de un uso irregular que compromete la seguridad del instrumento de pago, a la vez que verifica un incumplimiento contractual (y ahora legal) del titular en su deber de custodia. Al objeto de prevenir estas prácticas, el ALCM incorpora las normas sobre responsabilidad del titular cuando éste ha dado su consentimiento a otra persona para la utilización del medio de pago. A tal efecto, el artículo 662-3, atribuye responsabilidad directa al titular

²⁵ Así lo expresa la Exposición de Motivos de la Ley 3/2014 que modifica el texto refundido de la LGDCU al indicar: “...entre las nuevas obligaciones de información precontractual que asumen los empresarios están las de informar a los consumidores y usuarios de la existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que, en su caso, tengan que pagar o aportar a solicitud del empresario, incluidas aquellas por las que se bloquee un importe en la tarjeta de crédito o débito del consumidor y usuario.”

por las consecuencias de este uso, incluso cuando el tercero se extralimite en el ejercicio del poder concedido.

La segunda obligación prevista en el artículo 663-5 del ALCM se refiere al deber de comunicar sin demora la pérdida o la sustracción de la tarjeta o su utilización por persona no autorizada. Esta obligación proviene de la normativa sobre servicios de pago, específicamente del artículo 27, apartado b) de la LSSP. De acuerdo con estos preceptos, una vez que el usuario ha tenido conocimiento de la pérdida, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, debe proceder a notificarlo, sin demoras indebidas al emisor. La importancia del cumplimiento de este deber es fundamental, toda vez que produce la liberación del titular de la responsabilidad por posibles usos no autorizados, a menos que haya mediado actuación fraudulenta de su parte. En este caso, más que una obligación se trata de una carga impuesta al titular para que proceda el derecho de devolución de las cantidades cobradas por el uso indebido o no autorizado de la tarjeta.

La inclusión de las normas sobre el deber de notificación y la responsabilidad en caso de operaciones de pago no autorizadas en la legislación orientada a regular los servicios de pago, era necesaria a efectos de garantizar la protección adecuada de los usuarios de tarjetas. Antes de la aprobación de la LSSP, en la práctica bancaria y comercial eran numerosas las cláusulas en los contratos de emisión de tarjetas que atribuían responsabilidad total al titular sobre las pérdidas derivadas de la utilización no autorizada del instrumento de pago, cuando éste no notificaba *de inmediato* el extravío o robo de la tarjeta. Estas cláusulas fueron objeto de análisis jurisprudencial, siendo consideradas abusivas en la mayoría de los casos. Sobre este aspecto cabe recordar la opinión del Tribunal Supremo español, en sentencia de 16 de diciembre de 2009²⁶, donde destaca que las fórmulas «de manera inmediata», «urgentemente», «de inmediato», y «a la mayor brevedad», incluidas en las cláusulas de los contratos de emisión de tarjetas orientadas a regular la responsabilidad de los usuarios, son imprecisas, inciertas y abusivas, y deben sustituirse por la de «sin demora indebida», cuando se tenga conocimiento del hecho. Esta sentencia es acorde con los principios de responsabilidad sobre operaciones no autorizadas o fraudulentas incluidos en la LSSP e incorporados en el ALCM.

De acuerdo con las previsiones de los artículos 663-5.1 del ALCM y 27.b de la LSSP, los titulares están obligados a comunicar, *sin demora indebida*, el extravío o robo del instrumento, lo cual implica que el deber de notificación surge una vez que éstos han tenido conocimiento –real y efectivo– que han perdido el instrumento de pago o que no se encuentra en su poder²⁷. El proceder del titular en estos casos es fundamental²⁸, ya

²⁶ RJ 2010, 702.

²⁷ Con la introducción de esta norma, se protege a los titulares que se percatan de la sustracción o de la pérdida del instrumento de pago con posterioridad a la ocurrencia de estos hechos. En algunas situaciones, la jurisprudencia ha calificado de negligente el comportamiento del titular que ha incurrido en demora en la notificación, alegando que no se había percatado de la pérdida o robo del instrumento de pago. En la SAP de Barcelona, de 25 de enero de 1999 (RJ 1999, 417), se califica como negligente la actuación del titular que se retrasa en notificar al banco el robo de la tarjeta, alegando que no se apercibió de la sustracción de la cartera donde las guardaba hasta cuatro días después de haber ocurrido el incidente.

que si éste ha fallado en prestar la debida diligencia a sus deberes de notificación y custodia, se puede imputar responsabilidad por las operaciones fraudulentas o no autorizadas²⁹.

6.2. Del emisor

Las obligaciones de este sujeto se concretan básicamente a la emisión y gestión del medio pago. En el cumplimiento de estos deberes, el emisor se compromete a preservar la seguridad del instrumento de pago, al suministro de información sobre el uso de la tarjeta, al registro e información de las transacciones y al pago de las operaciones realizadas por el titular. También debe disponer de un sistema de atención al cliente que facilite la notificación por pérdida y proceder a impedir la utilización de la tarjeta en las condiciones especificadas en la ley.

Los deberes del emisor son objeto de regulación en los artículos 663-2 del ALCM y 28 de la LSSP. Si bien las obligaciones de los titulares previstas en el ALCM se corresponden con las incluidas en la LSSP, en el caso de los emisores la situación es diferente. Como tendremos la oportunidad de comprobar, estos deberes varían en las dos normas.

Las obligaciones contempladas en el ALCM aluden principalmente a la incorporación de los elementos de seguridad para impedir usos indebidos, la entrega del instrumento, el pago de las transacciones y el suministro de información de las operaciones realizadas. A estas obligaciones deben adicionarse las previstas en el artículo 28 de la LSSP, que se refieren a la protección de los elementos de seguridad, la prohibición de envíos de tarjetas no solicitadas, la disponibilidad de medios de comunicación y el bloqueo del instrumento de pago.

La obligación de emisión se materializa al entregar la tarjeta al contratante o a las personas indicadas por éste (titulares) e incluye el deber de incorporar las correspondientes medidas de seguridad para impedir el uso indebido del instrumento de pago. El incumplimiento de esta obligación hace responsable al emisor por el uso no autorizado de la tarjeta en los supuestos de clonación o duplicación, al presumirse que

²⁸ El problema que se presenta con la redacción de estas disposiciones es que si bien son tuitivas para el usuario, en razón de que en algunos casos éste se percata del extravío o sustracción del instrumento de pago algunos días después que han ocurrido, también pueden prestarse para actuaciones negligentes de parte del titular, quien podría incurrir en demoras injustificadas en realizar la notificación correspondiente. En estos casos estaríamos ante una negligencia grave, con las dificultades probatorias propias de estos supuestos. Otro problema que se advierte en la redacción de esta norma es la utilización de la expresión «sin demoras indebidas», toda vez que deja un amplio margen de interpretación sobre el momento en que debe notificarse la operación. *Vid.* RAMOS HERRANZ, I.: «La Directiva comunitaria de servicios de pago y la incidencia en el ordenamiento español (vía la Ley española sobre la materia). El tratamiento de las obligaciones y la responsabilidad de las entidades emisoras de tarjetas», en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, nº. 2, febrero 2011, p. 15.

²⁹ Un estudio de la casuística judicial sobre el comportamiento negligente del titular en el cumplimiento de sus deberes puede consultarse en RUIZ MUÑOZ, M.: *Derecho europeo y español sobre operaciones no autorizadas con instrumentos de pago (en especial tarjetas de pago)*, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, colección electrónica, Nº 5, 2014, p. 62. Disponible en: http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/inst_fco_vitoria/publicaciones/coleccion_electronica_del_institut_o/5_Derecho_europeo_y_espanol_operaciones_no_autorizadas_i.pdf (Consulta: 30 de diciembre de 2014).

no se han incorporado los elementos de seguridad suficientes a efectos de prevenir estos delitos³⁰. En estos casos, el emisor responde frente al aceptante por el pago de las operaciones realizadas con el instrumento falsamente elaborado y se exonera de responsabilidad al titular, salvo una posible actuación fraudulenta de su parte.

En ejecución del contrato, el emisor se obliga a satisfacer por cuenta del contratante los cargos presentados por los aceptantes o entidades asociadas a la red, tal como lo dispone el apartado c) del artículo 663-2 del ALCM. Este precepto reafirma la naturaleza del pago realizado a través de tarjetas, calificado jurídicamente como una delegación de deuda pasiva, figura que permite al titular liberarse de la obligación frente al proveedor de bienes y/o servicios desde el mismo momento en que la tarjeta es aceptada, trasladando al emisor la obligación de responder por el pago de la transacción³¹.

Finalmente destaca el deber de información de las operaciones realizadas a efectos que el titular o el contratante puedan comprobar que la tarjeta ha sido utilizada correctamente. Esta obligación se concreta en el envío postal o electrónico de un resumen mensual de las operaciones, con las especificaciones indicadas en el artículo 663-3 del ALCM. Especial importancia reviste la información sobre el devengo de intereses, a tal efecto, la norma obliga al emisor a especificar los tipos de interés (remuneratorio y moratorio) y las fechas de aplicación. Cuando estuvieren pendientes de reintegro cantidades correspondientes a periodos anteriores también se harán constar, con especificación del importe de los intereses devengados. Estas disposiciones son acordes con las previsiones que a este respecto contiene la LSSP.

Aparte de las obligaciones especificadas en el ALCM, la LSSP impone otros deberes que deben complementar el estatuto jurídico de los emisores incorporado en la legislación en proyecto. En primer lugar, hemos de mencionar el deber de cerciorarse que los elementos de seguridad del instrumento de pago (las claves) solo sean accesibles para el titular. En cumplimiento de esta obligación, el emisor asume los riesgos del envío de la tarjeta y de las correspondientes claves; una vez que éstas son recibidas, se traslada al titular la responsabilidad por la custodia y el uso adecuado del instrumento de pago.

En segundo lugar, y no por esto de menor importancia, encontramos la obligación de garantizar la disponibilidad de los medios de comunicación. Esta exigencia se encuentra directamente relacionada con el deber del usuario de notificar la pérdida o robo del instrumento de pago; si el emisor no tiene disponibles los medios adecuados para que pueda notificarse *en todo momento* el extravío o la sustracción de la tarjeta, el usuario no será responsable de las consecuencias económicas que se deriven

³⁰ Sobre estos delitos vid. RICO CARRILLO, M.: “Los desafíos del Derecho penal frente a los delitos informáticos y otras conductas fraudulentas en los medios de pago electrónicos”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 31 enero-junio, 2013, pp. 207-222. Disponible on line http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472013000100011&script=sci_arttext (Consulta: 30 de diciembre de 2014).

³¹ Por efecto de esta delegación de deuda, la entidad emisora se coloca en la posición de deudora en la relación obligatoria surgida entre el titular y el proveedor de bienes y/o servicios en cuanto al pago del precio. Vid., GETE ALONSO, M.: *Las tarjetas de crédito*, La Ley, Madrid, 1997, p. 35. y BATUECAS CALETRÍO, A.: “Pago con tarjeta de crédito, Naturaleza y régimen jurídico”. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº. 15, (Monográfico) Thomson, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 135 y ss.

de su utilización indebida, a menos que haya actuado de manera fraudulenta, tal como lo dispone el artículo 32.4 de la LSSP. El ALCM no contempla esta obligación lo cual puede catalogarse como un olvido del legislador, insistimos que el cumplimiento de este deber es fundamental a efectos de facilitar las cargas impuestas al titular. Una vez que el titular ha realizado esta notificación, el emisor debe proceder a impedir la utilización de la tarjeta.

La tercera obligación incluida en la LSSP se relaciona con el bloqueo del instrumento de pago, como ya indicamos, se trata de una medida adicional de seguridad, que procede cuando existan razones relacionadas con la seguridad del instrumento de pago, o la sospecha de una utilización no autorizada o fraudulenta. El bloqueo debe ser notificado al usuario, de no ser posible antes de su ejecución, inmediatamente después que el mismo se ha producido. Es importante insistir que aunque el ALCM no regula estos supuestos, en la reforma a la LGDCU se menciona la necesidad de incluir en la información contractual, las condiciones por las que se bloquee un importe en una tarjeta de crédito o débito del consumidor y usuario.

Finalmente y en cuanto al régimen obligacional establecido en la LSSP, nos encontramos con el deber impuesto al emisor de abstenerse de enviar instrumentos de pago no solicitados, salvo en los casos de sustitución de una tarjeta previamente entregada al usuario. Esta situación es acorde con la legislación especial protectora de los consumidores, específicamente nos referimos al artículo 66 *quáter* de la LGDCU que prohíbe el suministro de servicios no solicitados en la contratación con estos sujetos. El ALCM se olvida de regular esta situación, considerada como una práctica abusiva desde hace años y prohibida en las recomendaciones que antecedieron la redacción de la normativa sobre servicios de pago. El problema que puede presentarse con esta omisión es la posible aceptación tácita de un contrato de tarjeta, gracias al uso de un instrumento de pago emitido a nombre de un determinado usuario y enviado a éste sin ser solicitado, y lo más grave aún, sin que el titular sea consciente de la aceptación contractual. Recordemos que el artículo 663-1 de la legislación proyectada, indica que se presume la conformidad del contratante desde que la tarjeta emitida a su nombre hubiera sido utilizada³².

7. LA PARTICIPACIÓN DE LOS ACEPTANTES

El uso de la tarjeta involucra necesariamente la participación del aceptante del medio de pago, quien se vincula con el emisor a través del contrato de aceptación de tarjeta. En el marco de esta relación contractual, el proveedor de bienes y/o servicios se obliga a aceptar la tarjeta como medio de pago de las transacciones que realice el titular, asumiendo el deber de verificar la identidad de éste y la validez del instrumento de pago. Aunque esta figura escapa de nuestro ámbito de estudio, el análisis de la participación del aceptante en el mecanismo de pago es fundamental, pues el

³² La doctrina ya advertía del peligro de esta situación en la redacción de la Propuesta de Código Mercantil anterior a la aprobación del ALCM. Vid., RUIZ MUÑOZ, M.: *El Derecho europeo...*, op. cit., p. 99.

cumplimiento de sus deberes puede afectar la responsabilidad de los emisores y titulares ante un supuesto de uso no autorizado. Tanto el ALCM como el nuevo texto de la LGDCU incorporan disposiciones orientadas a regular los deberes de estos sujetos.

Entre las novedades más importantes de la normativa aplicable a las tarjetas incluidas en el ALCM se encuentra la determinación legal de las obligaciones del aceptante, previstas en el artículo 662-2, relativas al deber de comprobación:

En los casos de presentación material de la tarjeta, la persona a la que se presente tiene el deber de comprobar la legitimación del portador en la forma que hubiera sido establecida, así como el asegurarse de que no ha expirado la fecha de vigencia prevista en la propia tarjeta.

La mayor problemática que se plantea en el cumplimiento de estas obligaciones se observa en las ventas a distancia, principalmente en el ámbito de las operaciones en Internet. Como bien puede observarse, el dispositivo citado se restringe a determinar los deberes del aceptante cuando el pago se realiza mediante la presentación material de la tarjeta, olvidando el uso del instrumento de pago para la adquisición de productos y servicios a través de Internet; en estos casos, también debería preverse la obligación de comprobación de la identidad del titular y la validez del instrumento de pago, en el entendido que en la actualidad existen diversos mecanismos técnicos que facilitan el cumplimiento de estas obligaciones en el comercio electrónico y son usados por los aceptantes de estos medios de pago.

En las operaciones presenciales, el aceptante deberá exigir el documento de identidad, con la finalidad de comprobar que quien está usando el instrumento de pago es su legítimo titular. El proceso de verificación se cumple a través de dos pasos, el primero consiste en cotejar los datos del documento de identidad con los que están impresos en el instrumento de pago, el segundo se refiere a la verificación de la firma del titular con la que se encuentra en la cara posterior de la tarjeta.

La comprobación de la tarjeta se lleva a cabo a través del terminal de punto de venta (TPV). Este dispositivo es suministrado por el emisor con la finalidad de verificar la información relacionada con la validez y la disponibilidad de fondos o el límite de crédito concedido al titular para efectuar el pago. El ALCM también incorpora normas relacionadas con estos aspectos al indicar que el emisor no está obligado a aceptar los pagos con tarjetas cuando éstos superen el límite de crédito concedido al titular (Art. 663-7). Una vez que estos datos son comprobados, el sistema electrónico emite la correspondiente autorización; si el TPV rechaza la operación, el aceptante no podrá recibir la tarjeta como medio de pago.

En el ámbito de los pagos en Internet, el cumplimiento de las obligaciones del aceptante plantea la dificultad de realizar las comprobaciones relativas a la identidad y firma del titular del instrumento de pago con la exactitud que normalmente se realizan en las operaciones tradicionales. Ante esta situación, es normal que los aceptantes instalen en sus respectivas páginas web sistemas de seguridad especiales, orientados a facilitar la comprobación de la identidad del titular y los datos del instrumento de pago. Para comprobar la identidad del titular se utilizan mecanismos basados en el suministro de claves personales y códigos de verificación del instrumento de pago, también los

protocolos de seguridad propios de Internet, y en menor medida, firmas electrónicas basadas en criptografía de clave pública³³.

Para cumplir sus deberes de comprobación, los aceptantes deben contratar con los emisores la prestación de servicios diseñados especialmente para gestionar los pagos en Internet, en estos casos, la comprobación del instrumento se lleva a cabo a través de las pasarelas de pago o TPV virtuales. Aun cuando el sistema de verificación es instalado por el emisor, su responsabilidad se limita al funcionamiento técnico, ya que el mecanismo, tal como está diseñado, no puede garantizar que sea el propio titular quien está efectuando la operación³⁴, de ahí la importancia del empleo de sistemas de seguridad adicionales que permitan comprobar, con cierto grado de certeza, la identidad del titular.

8. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

El régimen de responsabilidad por operaciones no autorizadas o fraudulentas, lo encontramos en el artículo 663-5 del ALCM, destinado a regular los deberes de los titulares. De acuerdo con esta norma, la utilización de la tarjeta por un tercero no producirá efecto alguno desde la notificación de la pérdida o sustracción, en la forma prevista en el contrato. En relación con la responsabilidad por las operaciones no autorizadas previas a la notificación, la norma atribuye responsabilidad al titular (o contratante) y remite a la aplicación de lo previsto en la LSSP.

A efectos de entender la problemática que se presenta con la atribución de responsabilidad en caso de operaciones no autorizadas o fraudulentas, consideramos necesario hacer una revisión de las normas previas a la aprobación de la LSSP.

Antes de la entrada en vigor de la legislación sobre servicios de pago, la protección en operaciones no autorizadas en los pagos con tarjeta únicamente estaba regulada en el ámbito de la contratación a distancia. La normativa aplicable a estos casos, contenida en el artículo 46 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista³⁵ (LOCM) fue incorporada en el artículo 106 del texto refundido de la LGDCU de 2007, con la modificación de 2014 es el actual artículo 112. Este precepto faculta a los consumidores y usuarios a solicitar la anulación del cargo que se ha

³³ Sobre estos mecanismos de seguridad vid. GUACACHE HURTADO, F. y RICO CARRILLO, M.: "Seguridad técnica y jurídica en los pagos a través de Internet". *Memorias de la 5ta. Conferencia Iberoamericana en Sistemas, Cibernética e Informática, International Institute of Informatics and Systemics*, julio 2006, Orlando, Estados Unidos.

³⁴ En razón de estas circunstancias, la jurisprudencia ha determinado que la responsabilidad del emisor por la instalación de la pasarela de pagos se circunscribe únicamente al funcionamiento técnico del *software*, sin responder de la identidad del sujeto que está utilizando la tarjeta. A tales efectos cabe citar la SAP de Barcelona de 22 diciembre de 2004 (AC 2005, 90), donde se pone de manifiesto que en este caso no se "...desplaza a la entidad demandada los riesgos de la operación pues aunque es cierto que es el Banco el que autoriza la misma, tal autorización se efectúa de forma automática, tras la mera comprobación de que la tarjeta no está caducada y no se ha excedido del límite de crédito concedido, pero sin que ello pueda comportar la asunción del buen fin de la operación."

³⁵ BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996.

producido en la tarjeta, cuando el importe de la compra ha sido cargado fraudulenta o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago.

Las reglas incluidas en el nuevo artículo 112 de la LGDCU son de aplicación sólo a la contratación a distancia y exigen únicamente la utilización indebida del instrumento de pago para que el usuario pueda solicitar la anulación del cargo, sin aludir a la diligencia en su deber de custodia y de notificación de la pérdida del instrumento de pago. Estas normas están orientadas básicamente a proteger los cargos indebidos mediante la utilización de los datos asociados al instrumento de pago, cuando la tarjeta se encuentra en poder del titular o éste no se ha percatado de la pérdida. En estos casos, el emisor tiene la obligación de proceder inmediatamente a la retrocesión de la operación, con las consecuencias que esto implica para el aceptante, quien finalmente asume el riesgo de la operación. La norma, originalmente contenida en el artículo 46 de la LOCM (actualmente derogado)³⁶, fue objeto de contradictorias decisiones jurisprudenciales y diversas críticas doctrinales, ante el problema derivado de la atribución del riesgo y la responsabilidad entre emisores y aceptantes de las tarjetas en las operaciones de pago en el comercio electrónico y la falta de exigencia del deber de diligencia del titular en el cumplimiento de sus deberes³⁷.

Con la aprobación de la LSSP se produce una sistematización de las reglas de responsabilidad en caso de operaciones no autorizadas o fraudulentas. Las nuevas normas establecen un sistema de distribución de responsabilidad entre el emisor y el usuario del instrumento de pago, y se aplican tanto a operaciones realizadas en comercios físicos tradicionales como a las efectuadas a través de técnicas de comunicación a distancia. Las reglas que regulan la responsabilidad en caso de operaciones no autorizadas se encuentran establecidas en los artículos 31 y 32.

Cuando el usuario de la tarjeta tenga conocimiento que se ha producido una operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente, deberá comunicar la misma sin tardanza injustificada al emisor a fin de poder obtener rectificación de éste, quien está obligado a devolver al usuario el importe de la transacción y a restablecer en la cuenta de pago, el estado que habría existido de no haberse efectuado tal operación.

En el caso de operaciones resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído deben distinguirse dos supuestos, cuando el usuario ha realizado la notificación sobre la pérdida de la tarjeta y cuando no ha mediado notificación. En el primer caso no soportará pérdida económica alguna respecto de los cargos realizados con posterioridad a la notificación, salvo una posible actuación fraudulenta de su parte³⁸.

³⁶ Derogado según la disposición derogatoria única de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la LGDCU.

³⁷ Vid. MARTÍNEZ NADAL, A.: "Riesgo y responsabilidad en el uso fraudulento de tarjetas en el comercio electrónico; en especial, su asignación al comerciante o a la entidad bancaria", en MARTÍNEZ NADAL, A. y FERRER GOMILLÁ, J. (coord.): *III Simposio Español de Comercio Electrónico*, Universidad de las Islas Baleares, Palma, 2005, pp. 105-116.

³⁸ En este sentido se avanza en relación con las previsiones del original artículo 46 de la LOCM (ahora el 112 de la LGDCU) ya que estas normas permiten la anulación del cargo sin establecer, en principio, la salvedad de una actuación fraudulenta del titular, al no exigirse la diligencia en la notificación de la pérdida del instrumento de pago. Aunque no se exige la diligencia del titular en el cumplimiento de sus deberes, ambos preceptos también protegen al aceptante contra actuaciones indebidas del titular, ya que

Ante la falta de notificación, el artículo 32 establece un límite cuantitativo de responsabilidad al titular del instrumento de pago. De acuerdo con las previsiones de esta norma, éste soportará las pérdidas derivadas de las operaciones de pago hasta un máximo de 150 euros, a menos que se demuestre que tal operación se ha producido como consecuencia de su actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o grave, de las obligaciones de protección de los elementos de seguridad del instrumento de pago y de la notificación sobre el extravío, sustracción o utilización no autorizada. Si se comprueba la actuación fraudulenta del usuario, éste soportará la pérdida del monto total de las operaciones no autorizadas, independientemente que haya realizado la notificación sobre la pérdida del instrumento de pago. La carga de la prueba de estas circunstancias corresponde a emisor. Con la aprobación del ALCM, estas normas también serán de aplicación a las tarjetas comerciales, gracias a la remisión expresa del artículo 663-5, apartado 3 a la aplicación de la LSSP en estos casos.

En relación con la notificación, es importante recordar que si el emisor no cuenta con medios adecuados para que pueda notificarse en todo momento el extravío o la sustracción de un instrumento de pago, el titular no será responsable de las consecuencias económicas que se deriven de la utilización de la tarjeta, salvo que se compruebe una actuación fraudulenta de su parte.

9. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

La extinción del contrato puede provenir de la libre declaración de la voluntad de las partes (desistimiento) o de un incumplimiento de las condiciones contractuales (resolución).

El caso del desistimiento está regulado en el artículo 663-9 del ALCM, este dispositivo permite al contratante dejar sin efecto el acuerdo en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, mediante la devolución de la tarjeta que estuviera vigente o la declaración de haber sido destruida. La norma también incluye la facultad del emisor de desistir del contrato, remitiendo a tal efecto a lo dispuesto en la legislación de servicios de pago.

Si bien el titular podrá desistir libremente del contrato y en cualquier momento, el emisor sólo podrá hacerlo bajo las condiciones previstas en la LSSP. La aplicación de estas normas procede por remisión directa y expresa del artículo 663-9.2 del ALCM a la legislación especial. La disposición que regula este derecho en la LSSP es el artículo 21.3, que permite al emisor dejar sin efecto el contrato mediante un preaviso, que deberá notificar al titular con una antelación mínima de dos meses. La comunicación podrá hacerse en soporte papel o electrónico, en las condiciones establecidas en el contrato de emisión.

En la legislación sectorial, el artículo 21.1 de la LSSP establece las condiciones generales para el ejercicio del derecho de desistimiento en la contratación de servicios

indican que éste quedará obligado frente al empresario al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la anulación indebida de la operación de pago. Vid. RICO CARRILLO, M.: *El pago electrónico...* op. cit., p. 233.

de pago y permite al consumidor ejercer este derecho en cualquier momento, a menos haya convenido en un preaviso con el emisor, que en ningún caso podrá exceder de un mes³⁹. La norma incluida en el ALCM otorga mayor protección a los titulares de tarjetas, toda vez que les permite desistir del contrato en cualquier momento, en concordancia con lo dispuesto para el ejercicio de este derecho en la LGDCU.

En relación con el derecho de desistimiento, consideramos importante mencionar que el artículo 106 de la nueva LGDCU contempla la posibilidad que el consumidor pueda cumplimentar el formulario de desistimiento a través del sitio web del empresario. Cuando el consumidor haya ejercido este derecho en línea, se deberá proporcionar el correspondiente acuse de recibo, que puede ser enviado a través de un correo electrónico. Aunque esta opción pudiera resultar muy útil en el marco de los contratos de emisión al facilitar a los titulares el ejercicio del derecho de desistimiento, hemos de precisar que la norma no es de cumplimiento obligatorio para los emisores de tarjetas, ya que se inserta dentro de la regulación de la contratación a distancia de la LGDCU y el artículo 93 declara en forma expresa la inaplicabilidad de esta sección a la prestación de servicios financieros.

Al tratarse de un contrato bilateral, el incumplimiento de la obligación de cualquiera de las partes otorga a la otra el derecho de resolver el contrato. Entre las causas de resolución más frecuentes incluidas en los contratos de emisión, se encuentran las derivadas del incumplimiento de las obligaciones de los usuarios. En las condiciones generales de los contratos de tarjetas de crédito es común la inclusión de cláusulas que permiten al emisor optar por este remedio y declarar el vencimiento anticipado de la totalidad de los pagos pendientes, ante un incumplimiento del usuario de su obligación de pago. Esta causal de resolución es válida y acorde con los postulados de la legislación sobre servicios de pago, siempre que se determine claramente en el contrato, recordemos que por conducto de esta normativa, los proveedores de servicios de pago están obligados a incluir en la información contractual, las condiciones de resolución.

El contrato también podrá extinguirse cuando el titular no desee la renovación del instrumento de pago, circunstancia que deberá comunicar al emisor en los términos establecidos en el artículo 663-8 del ALCM. No obstante esta previsión, y aun cuando no medie notificación, el titular podrá dejar sin efecto el contrato en cualquier momento

³⁹ Aunque la norma se refiere al derecho de resolver el contrato, realmente regula el ejercicio del desistimiento tanto por parte del titular como por parte del emisor. En estos casos no puede hablarse de una resolución -en sentido estricto- ya que esta forma de extinción del contrato se relaciona directamente con el incumplimiento. En el marco del ALCM se emplea adecuadamente el término “desistimiento”, en el entendido que es éste el recurso jurídico que permite a las partes dejar sin efecto el contrato unilateralmente sin necesidad de especificación de motivos. En la regulación protectora de los consumidores se establece la diferencia entre estas dos formas de extinción de la relación contractual. El concepto del derecho de desistimiento lo encontramos en el artículo 68.1 de la LGDCU, que a tal efecto establece: “*El derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase.*” También cabe citar el contenido del artículo 78 de la LGDCU que permite el ejercicio del derecho de resolución, independientemente del derecho de desistimiento. De acuerdo con este precepto: “*La falta de ejercicio del derecho de desistimiento en el plazo fijado no será obstáculo para el posterior ejercicio de las acciones de nulidad o resolución del contrato cuando procedan conforme a derecho.*”

mediante el ejercicio del derecho de desistimiento en los términos indicados en la primera parte de este epígrafe.

10. CONCLUSIÓN

Los avances legislativos relativos al contrato de emisión de tarjetas han sido significativos en los últimos años; hemos pasado de un contrato carente de regulación específica, a un contrato ampliamente regulado en diferentes instrumentos legales. Esta circunstancia obedece a la necesidad de proteger a los consumidores de las asimetrías que se derivan de su posición contractual frente a los emisores, con la finalidad de proporcionar la adecuada tutela jurídica en este ámbito. Un reflejo de ello lo encontramos en las reglas generales sobre servicios de pago que incluyen las normas aplicables a estos acuerdos bajo la figura del contrato marco y en el ALCM, texto que contiene un conjunto de disposiciones específicamente destinadas a regular el funcionamiento de las tarjetas en general, que abarcan la relación contractual entre emisores y titulares. La futura aprobación del Código de Comercio proporcionará un marco jurídico propio y específico para las tarjetas de pago, de modo que el contrato dejará de ser atípico, como tradicionalmente ha sido calificado.

El ALCM regula cuestiones fundamentales relacionadas con la emisión, tenencia y el uso de la tarjeta, remitiendo a la aplicación de la LSSP en lo que se refiere al sistema de responsabilidad en caso de operaciones no autorizadas y a los supuestos de extinción de la relación contractual. Más que del contenido del contrato, la norma se ocupa de establecer el régimen obligacional, donde se observan disparidades en relación con la legislación vigente, particularmente en lo que respecta a las obligaciones de los emisores. Aunque en varios preceptos se advierte la necesidad de especificar ciertas condiciones en el contrato de emisión (sobre todo en lo que se refiere al uso del instrumento de pago) de una lectura de las normas proyectadas, podemos afirmar que el legislador se limita a indicar solo algunos aspectos que deben incluirse en las condiciones contractuales, sin especificar el contenido de éstas, como lo hace la LSSP. Al objeto de garantizar una protección más efectiva, sería deseable que también se incorporara una remisión a estas normas, en lo que fuesen aplicables a la naturaleza comercial de los proveedores de bienes y/o servicios en su condición de emisores de tarjetas, excluidos en forma expresa de la legislación de servicios de pago. Aunque se echa en falta esta remisión, al contratar con un consumidor, los emisores comerciales están obligados a cumplir la normativa especial propia de estos sujetos, contenida en la LGDCU, principalmente las exigencias relacionadas con la redacción de las condiciones generales y las disposiciones que prohíben y sancionan la incorporación de cláusulas abusivas en estos contratos.

La necesidad de proteger al consumidor y usuario de tarjetas ha sido objeto de preocupación constante desde hace años en las instancias europeas, prueba de ello lo encontramos en las diversas Recomendaciones orientadas a proteger a estos sujetos y definir el contenido del contrato de emisión, previas a la elaboración de la normativa sobre servicios de pago, muchas de ellas incorporadas en la legislación sectorial. En

nuestra opinión, el ALCM ha debido remitir a esta normativa a efectos de lograr una estandarización contractual entre los diferentes contratos de emisión de tarjetas, o al menos prever un contenido contractual mínimo armonizado con los requisitos de información establecidos en la normativa vigente. Lo mismo podemos decir del régimen obligacional del emisor, que no se corresponde en todos sus aspectos con las previsiones de las normas especiales en la materia.

Teniendo en cuenta que la tutela de los consumidores es el pilar fundamental de la regulación, en la reciente reforma a la legislación general de estos sujetos también se observan normas protectoras en el ámbito de las tarjetas, donde destacan aquellas que establecen el deber de incluir las condiciones del bloqueo del instrumento de pago en la información contractual (supuesto totalmente ausente en el ALCM) y la prohibición a los aceptantes de cobrar cargos que excedan el coste efectivamente soportado por éstos por el uso de tales medios de pago.

LA ACCIÓN DIRECTA

CRISTINA ROY PÉREZ*

Resumen

La introducción de la acción directa España supuso la consagración de la necesidad de proteger la indemnidad de la víctima, mediante el reconocimiento de un derecho propio a exigir la prestación comprometida por el asegurador frente al asegurado. Sin embargo, la gestación legislativa del art.76 de la LCS daría como resultado un precepto confuso y no exento de crítica, cuya reforma no sólo es necesaria, sino también deseable para no llegar a enturbiar el futuro del propio seguro de responsabilidad civil. La propuesta del art. 582-47 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil se vislumbra como el esperado retorno a lo que había sido la verdadera voluntad del legislador, reconocer la acción directa sí, pero dentro de los márgenes configurados por el contrato de seguro y por el hecho dañoso del que trae causa.

Contenido

1. El reconocimiento de la acción directa en el ordenamiento español. – 2. La acción directa configurada por la LCS: ¿una acción inmune? – 3. El Anteproyecto de Mayo de 2014: ¿una nueva acción directa?

1. EL RECONOCIMIENTO DE LA ACCIÓN DIRECTA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Habiendo transcurrido más de tres décadas desde la adopción en España de la acción directa, realizar una interpretación novedosa de esta institución, a efectos de valorar su posible reforma, resultaría una auténtica hazaña, pues basta un repaso a la principales aportaciones doctrinales sobre el art.76 de la LCS para avanzar que debemos estar, casi sin duda, ante uno de los artículos más analizados, cuestionados y criticados de dicha ley¹, que ha merecido al mismo tiempo las mejores alabanzas y las más feroces críticas,

* Profesora TEU interina. Universidad de Barcelona.

¹Así SANCHEZ CALERO para quien su redacción es confusa o poco acertada. SANCHEZ CALERO, F., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Thomson/Aranzadi, 3ª ed., Pamplona, 2005, p. 1389, o VEIGA quien lo califica de paradigma de confusión y abigarramiento técnico. VEIGA COPO, A., *La acción directa del tercero perjudicado en los seguros de responsabilidad civil*, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2013, p. 17. Mas lejos llega CALZADA quien cuestiona su adopción en este seguro por ser contrario a su naturaleza y así: “la acción directa está destinada a supuestos de hecho distintos del seguro de responsabilidad civil y por ello resulta técnicamente inadecuada su aplicación al mismo”, del mismo modo “la consagración de la acción directa, si bien es una solución equitativa al problema planteado por la necesidad de protección del tercero dañado, es contraria a la naturaleza del seguro de responsabilidad civil, y en consecuencia,

no tanto por su contenido, ejemplo de un progresismo desconocido en otros ordenamientos², cuanto por su técnica legislativa, que le ha dado a la postre fama por su redacción errática y confusa, lo que per se, puede aventurar el lector, ya merece por sí mismo una reforma, ¿pero es acaso la proyectada con la futura Ley del Código Mercantil la necesaria?

Para evaluar si el art. 582-47 del Anteproyecto de mayo de 2014 es o no la enmienda que el art.76 de la LCS precisa, resulta obligado iniciar el camino desde el principio, a fin entender las razones de política legislativa que llevaron a la introducción de la acción directa en España, por cuanto la historia de nuestra protagonista, no es sino el reflejo de la evolución del propio derecho de la responsabilidad civil, ya que sin aquélla, probablemente no entenderíamos su aseguramiento como hoy lo hacemos.

En sus inicios, el régimen tradicional de imputación de la responsabilidad civil basado en la culpa, difícilmente encajaba con la institución del seguro, ya que tanto la aleatoriedad e incertidumbre que exige el riesgo, como el respeto a la moral y el orden público³, impedían el aseguramiento de las conductas culpables. Sería el creciente interés por mejorar la protección de la víctima de un daño, y el abandono de la culpa aquiliana en favor de criterios objetivos, lo que permitiría el desarrollo del seguro de responsabilidad civil.

Ahora bien, el hecho de que existiera un seguro, aunque fuera de carácter obligatorio, no iba a constituir una garantía de cobro para el tercero más allá de la solvencia del asegurado, pues su reclamación en todo caso debía ser atendida por éste quien, tras el pago, se resarciría del daño sufrido en su patrimonio con el asegurador, por ser esa pérdida precisamente el riesgo que se amparaba con el contrato de seguro. De este modo, no existía medio⁴ alguno de articular algún tipo de relación entre el tercero y el asegurador que implicara conceder a la víctima el beneficio de contar con un deudor más solvente que el causante del daño, más allá del recurso a remedios alternativos en el ámbito del derecho contractual, como serían la acción de enriquecimiento injusto o la acción subrogatoria, cuyas limitaciones dificultaban su efectiva indemnidad⁵.

Ahora bien, la situación cambiaría con el convencimiento de que la función del seguro de responsabilidad civil tenía que orientarse más hacia la prevención de daño

sólo posible por obra del legislador". CALZADA CONDE, M.A. *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1983, p. 381 y p. 261.

² GARRIGUES, J., *El contrato de seguro terrestre*, 2ª ed., Imprenta Aguirre, Madrid, 1982, p. 389. HILL PRADOS, M.C., "Reflexiones en torno a la acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil", en VV.AA., *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 1729-1758.

³ SOTO NIETO, F., "El seguro de responsabilidad civil general y el dolo. Solución a un tema conflictivo", *RES*, nº 92, 1997, pp. 19-50.

⁴ Y ello porque la aplicación del principio de relatividad de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad impedían extender sus efectos más allá de las partes contratantes, de ahí que deba afirmarse que la acción directa es una excepción a estos principios por reconocimiento legal. BAILLO Y MORALES-ARCE, P., *La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, pp.23-25.

⁵ SÁNCHEZ CALERO "Ley de Contrato ..", *op. cit.*, p. 1391.

que hacia su reparación⁶, por lo resultaba preciso encontrar algún mecanismo que garantizase que la indemnización que abonaría el asegurador se dirigiría efectivamente al resarcimiento del tercero, máxime cuando el riesgo que éste asumía por contrato, no era tanto el daño derivado de la reclamación al patrimonio del asegurado, como la propia reclamación del tercero⁷.

En esa tesitura, si bien fueron varias fueron las opciones legislativas⁸, sin duda la más eficiente⁹ sería la llamada “acción directa”, conocida en el ámbito de los seguros obligatorios, y que constituía un claro reflejo de que la cuestión del resarcimiento de la víctima de un daño, dejaba de ser una preocupación exclusiva del derecho de la responsabilidad civil, para serlo también del seguro que hasta entonces, centrado en la indemnidad de patrimonio del asegurado, no ofrecía cabida a la relación entre asegurador y tercero, más allá de su consideración a efectos de condición necesaria para activar la eficacia del contrato¹⁰.

Esa sería precisamente la elección del legislador español, quien introdujo la acción directa en nuestro ordenamiento, primero con la LRCSCVM de 1962¹¹, y

⁶ Con lo que si la función preventiva del seguro de responsabilidad civil se cumplía indemnizando al tercero, resultaba obvio que otorgarle un derecho para que reclamara la indemnización directamente al asegurador, era el medio más efectivo para cumplirla. CALZADA CONDE, “El seguro voluntario..”, *op. cit.*, p. 299.

⁷ En ese sentido CALZADA CONDE entiende que el asegurador debe pagar la indemnización al tercero en virtud del principio indemnizatorio, porque si la finalidad del seguro de responsabilidad civil es preventiva y no indemnizatoria, la mejor manera de cumplir con ella es pagándole. De este modo, se logra proteger al tercero, al mismo tiempo que permanece inalterable la finalidad del seguro, que no es sino la protección del asegurado, por lo que “*el derecho del tercero no es más que un elemento necesario para la adecuada ejecución del contrato, para que se respete el principio indemnizatorio*”, de ahí que la acción directa, en cuanto supone la existencia de un derecho del tercero, no es sino “*el reconocimiento de la verdadera naturaleza del seguro de responsabilidad civil*” “El seguro voluntario..”, *op. cit.*, p. 29 y pp. 414-416). En términos similares SÁNCHEZ CALERO al analizar la evolución del seguro de responsabilidad civil constata que el riesgo asegurado por este contrato, no es ya la responsabilidad del asegurado, sino la producción del accidente, “Ley de Contrato ..”, *op. cit.*, p. 1298.

⁸ Todas ellas destinadas a reconocer algún mecanismo como un privilegio de cobro, para que el tercero recibiera finalmente la indemnización debida. HILL PRADOS, “*Reflexiones en torno..*”, *op. cit.*, p. 1731.

⁹ Y ello porque facilitaba la subrogación de la víctima en el derecho que correspondía al asegurado para reclamar el importe de la indemnización en los términos establecidos en el contrato de seguro. CARRO DEL CASTILLO, J.A., “La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil en la Ley del Contrato de Seguro”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, VERDERA y TUELLS, E. (ed.), Cunef, 1982, p. 963. De este modo, en el marco de los seguros obligatorios se afirma que la acción directa constituiría el tercer pilar, junto al establecimiento del patrimonio del asegurador como responsable del daño, y al principio de responsabilidad objetiva que alienta su regulación. SOTO NIETO, F., “*El seguro obligatorio y el seguro voluntario. Diferenciaciones y coincidencias*”, en MINISTERIO DE JUSTICIA,

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344073919?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content->

Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1997_1788-1789.pdf&blobheadervalue2=1288778165913 (consultada por última vez el 29 de diciembre de 2014).

¹⁰ Y ello porque el seguro primitivo tendía al reembolso al asegurado de la suma que éste había tenido que pagar al tercero, por lo que el interés que tenía su reclamación para el asegurador se limitaba al de condición necesaria para que tuviera que responder ante su asegurado. CALZADA CONDE, “El seguro voluntario..”, *op. cit.*, p. 48.

¹¹ Autores como HERNÁNDEZ ARRANZ coinciden que el reconocimiento de la acción directa en nuestro país se produjo por la importación de los arts. 1753, 1758 y 1994 del Código Napoleónico Francés que reconocían, en el seno de distintas relaciones jurídicas, el ejercicio por parte del acreedor, de un

después con la LCS, generalizándola a toda modalidad de seguro de responsabilidad civil. Su reconocimiento legal, si bien pondría fin al problema de la naturaleza jurídica del derecho del tercero¹², crearía uno nuevo al tiempo de determinar los límites de su contenido, lo que puede verse claramente de la evolución que siguió la redacción final del art. 76 de la LCS.

En su estadio “embrionario”, la acción directa recogida por el art. 108 del primer Anteproyecto de la Comisión de expertos de 1969 se definía en los siguientes términos: “*el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, dentro de los límites fijados por las normas de aplicación en caso de seguro obligatorio, o por el contrato en caso de seguro voluntario*”.

Se hacía eco así el legislador del camino iniciado por nuestro Tribunal Supremo¹³, que había ido reconociendo la expectativa del tercero¹⁴ de cobro de la indemnización, como un derecho que formaría parte de la cobertura del contrato¹⁵,

derecho propio contra el deudor de su deudor. Esta previsión legal en el ordenamiento francés, no obstante, parece ser que no fue fruto de la voluntad expresa del legislador de crearla como tal categoría jurídica propia, sino de la doctrina, a diferencia de lo que ocurriría en nuestro ordenamiento, que vendría a referirse a ella como la “acción directa” en su afán por distinguirla de otras acciones tales como la acción subrogatoria. La aceptación de este instrumento de protección al tercero y de sus bondades, desde el punto de vista de la justicia y la equidad, motivaría su introducción, ahora sí intencionalmente, en el ordenamiento jurídico francés con la Ley de Seguro Obligatorio de 1930. HERNÁNDEZ ARRANZ, M., *La acción directa como instrumento de garantía*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 2005. p. 31.

¹² Y es que la acción directa no puede encuadrarse en ninguna institución ya conocida, aunque comparta las características de muchas de ellas, lo que ha dado lugar a un sinfín de teorías sobre la naturaleza jurídica de este derecho. Por todos PASQUAU LIAÑO, M., *La acción directa en el derecho español*, Editora General de Derecho SA, Madrid, 1989 y BAILLO Y MORALES-ARCE, “La acción directa ..”, *op. cit.*

¹³ La solidaridad entre los varios responsables de un daño había venido imponiéndose en la jurisprudencia civil como una forma de proteger a la víctima de daño y así, ejemplarizante es la STS 3 de Noviembre 1966 (Rec. 4838), que en términos similares a las STS 4 de Noviembre 1932 (Ar. 1264), y STS 25 Noviembre 1969 (Ar. 5508), ya estimaba que “*la propia virtualidad y vinculación al contrato de seguro confieren a la víctima perfecta legitimación*”. Una buena aproximación al estudio de su evolución se encuentra en PASQUAU LIAÑO, “La acción directa..”, *op.cit.*, pp. 42-47. Ahora bien, una vez reconocida legalmente la acción directa, aunque en su virtud se derive un régimen de responsabilidad solidaria, no por ello hay que olvidar que esto no implica que podamos aplicar el régimen general previsto en el CC, ya que la acción directa tiene el suyo propio previsto en la LCS, y ello para evitar situaciones como las denunciadas por algún autor, en las que “*la confusión entre la garantía que presta el seguro y la que procede de la solidaridad ha llevado a la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo a admitir, casi de forma generalizada la condena solidaria de causante y aseguradora*” GOMÉZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad impropia y seguro de responsabilidad civil*, Fundación Mapfre Estudios, Madrid, 2010, p. 88.

¹⁴ GARRIGUES, J., “El contrato de seguro..”, *op. cit.*, p. 386.

¹⁵ Y ello, en el bien entendido caso que lleváramos hasta sus últimas consecuencias el hecho de que el seguro de responsabilidad civil tiene una finalidad preventiva, que sólo se cumple de forma efectiva si la reclamación del tercero es atendida en primer lugar por el asegurador. Si consideramos que ese derecho forma parte del que tiene el asegurado a preservar la indemnidad de su patrimonio resulta fácil entender que no se pueda afirmar la plena autonomía de la acción directa del tercero, porque esa acción se concede en virtud del derecho del asegurado de ser liberado de las consecuencias de su responsabilidad. GARRIGUES, J., “El contrato de seguro..”, *op. cit.*, p. 390. Del mismo modo OLIVENCIA cuando hace referencia al seguro de responsabilidad civil como aquél que cubre la deuda de responsabilidad consistente en la reparación del daño y perjuicio. OLIVENCIA RUIZ, M., “Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, VERDERA y TUELLS, E. (ed.), Cunef, 1982, p. 900.

siendo finalmente la acción directa introducida con la LCS, el mecanismo expresamente previsto por el legislador para su materialización¹⁶. Tal es la importancia de conceder algún mecanismo a la víctima para hacer efectiva su indemnización frente al asegurador que se ha llegado a afirmar¹⁷ que de no existir el art.76 de la LCS, la jurisprudencia encontraría la forma de protegerla de otro modo. Así pues, al tercero se le reconocía legalmente un derecho propio, derecho para cuyo ejercicio la jurisprudencia ya le había reconocido legitimación¹⁸, siempre y cuando existiera un acto ilícito del que fuera responsable el asegurado, y un contrato de seguro que diera cobertura a esa responsabilidad.

Ahora bien, así como la bondad del reconocimiento de este derecho no generaría ninguna duda, no así su contenido y extensión. El Anteproyecto citado limitaba su ejercicio a la previsión legal o contractual, según estuviéramos ante un seguro obligatorio o uno de carácter voluntario. Este mismo criterio se mantendría con el Anteproyecto abreviado de 1970 que le vendría a suceder, si bien con dos cambios importantes; por una parte haciendo responsable al asegurado de su eficaz ejercicio, toda vez que se le imponía la obligación de manifestar la existencia del contrato de seguro y su contenido; y por otra parte, eliminando lo que se consideraba obvio, la referencia a los límites legales, pues resultaba evidente que en el ámbito de los seguros obligatorios el contenido del derecho ejercido por medio de la acción directa venía determinado por su regulación específica. En ambos casos, resultaba claro que el alcance de la pretensión indemnizatoria de la víctima vendría limitado ya fuera por la voluntad de la partes, ya por la voluntad del legislador.

¹⁶ En ese sentido GARRIGUES reconoce que el perjudicado no deja de ser un asegurado indirecto y que la finalidad del contrato no es otra que su indemnidad. Sería la existencia del contrato de seguro lo que haría que el acreedor de la indemnización fuera el asegurado y no el tercero, por lo que resultaría necesario que se previera de forma expresa, ya por medio del contrato o de la ley, la autorización para que el asegurador pagara al tercero, y así “*el fundamento de la acción directa no hay que buscarlo en el mecanismo de derechos y obligaciones, propio del contrato de seguro de responsabilidad civil. Hay que buscarlo en la ley.*”. “El contrato de seguro.”, *op. cit.*, pp.388-389. Igualmente PASQUAU LIAÑO para quien tras la promulgación del art.76 de la LCS la fuente de la obligación del asegurador no es exclusivamente el contrato, sino que es también la ley. “La acción directa.”, *op.cit.*, p. 52. También FONT SERRA apunta que al reconocerse la expectativa que tenía el tercero en el contrato de seguro, al producirse el siniestro ésta se convierte en derecho frente al asegurador. “La oposición del asegurador a la acción directa del artículo 76 de la Ley 50/80, de Contrato de Seguro”, *RGD*, vol.VII, 1990, p. 6311 En cualquier caso coincidimos con VEIGA COPO en que una vez reconocida la acción directa por la ley la distinción entre derecho y acción carece de interés. “La acción directa.”, *op. cit.*, p.85.

¹⁷ OLIVENCIA RUIZ, M., “El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima. En especial en los daños causados por la gran empresa: La acción directa y las excepciones oponibles”, en VV.AA. *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, SÁNCHEZ CALERO, F., (dir.), Musini, Madrid, 1994, p. 204.

¹⁸ Así el Tribunal Supremo en su STS 4 noviembre 1932 (Ar. 1264) no sólo no negaba al damnificado el derecho a reclamar la indemnización, sino que además reconocía que una vez se le ha producido el daño, se convertía en interesado en un contrato de seguro cuyo objeto era el daño causado por el asegurado y la indemnización por él debida. Este reconocimiento dio pie al establecimiento de una “solidaridad de hecho” derivada del acto dañoso, y calificada como un supuesto de solidaridad impropia, por cuanto “*cuando el riesgo lo constituyen daños a terceros, no pueden ser éstos extraños a contrato., que el damnificado es acreedor de una cantidad indeterminada en la póliza, si bien cierta y a la que tiene derecho, como justa reparación del daño sufrido, por lo que tiene acción para reclamarlo*” (STS 14 octubre de 1969, Ar. 4706).

Ahora bien a partir de este momento, las posteriores adiciones y modificaciones no harían sino complicar una redacción sencilla y transparente, dando lugar al resultado que conocemos actualmente. En primer lugar, se introdujo un derecho hasta ahora no mencionado, el derecho de repetición del asegurador contra el asegurado reservado para aquellos supuestos en que el daño o perjuicio tuviera su origen en su una conducta dolosa. Y en segundo lugar, se eliminaron los límites contractuales al ejercicio de esta acción, invistiéndola de una “presunta” inmunidad, matizada por la admisión como excepciones al pago, de la culpa exclusiva de la víctima y de las excepciones personales que tuviera contra el tercero.

La polémica quedaba servida, y las primeras dudas resultaban claras ¿Qué grado de inmunidad tenía la acción directa?, ¿Cuáles eran las excepciones derivadas de la relación asegurado-asegurador no oponibles? ¿Eran las excepciones oponibles previstas en la ley una lista taxativa o cabía alguna excepción más?, ¿Qué papel jugaba ahora el contrato de seguro frente al tercero? ¿Era la causación dolosa del siniestro un supuesto de excepción oponible?

Como puede observarse del proyecto inicial poco se mantuvo, con ello se iniciaba una andadura interpretativa que en este punto repasaremos brevemente por cuanto su aprobación, a nadie dejó indiferente en su día, llegando incluso a afirmarse por algún autor que con su reconocimiento se había llegado a instituir un criterio objetivo de imputación de responsabilidad civil¹⁹, toda vez que el asegurador tendría que responder en todo caso por la mera existencia de una póliza de RC, resultando así que la generalización a todo seguro de responsabilidad civil, del principio de oponibilidad de excepciones personales previsto para el ámbito del seguro obligatorio de automóviles era del todo inadecuada²⁰.

2. LA ACCIÓN DIRECTA CONFIGURADA POR LA LCS: ¿UNA ACCIÓN INMUNE?

Ya hemos visto anteriormente como el reconocimiento legal de la acción directa restaría interés a la problemática de su naturaleza jurídica por lo que, de lo que se tratará en este punto, es de determinar su régimen jurídico a fin de valorar si la propuesta de reforma mejoraría o no la actual regulación.

El ejercicio de la acción directa, si bien se mueve en los términos determinados por el art.76 de la LCS, requiere como presupuesto previo el despliegue de la cobertura del seguro prevista en el art. 73 de la misma, pues si el contrato no produce efectos, no

¹⁹ Por otra parte bienvenido, en tanto la culpa como criterio de atribución de responsabilidad no cumple con su función preventiva del daño. PANTALEON PRIETO, F., “Notas sobre la nueva Ley del Contrato de Seguro”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, VERDERA y TUELLS, E. (ed.), Cunef, 1982, p. 938. De igual modo YZQUIERDO TOLSADA, M., *Las peripecias del asegurador de automóviles en el proceso penal*, Fundación Mapfre Estudios, Madrid, 2003, p. 103, y VEIGA COPO, “La acción directa..”, *op. cit.*, p.58.

²⁰ SÁNCHEZ CALERO, “Ley de Contrato ..”, *op. cit.*, p. 1418.

ha lugar al derecho a la indemnización por parte del tercero, ni mucho menos al ejercicio de la acción directa²¹.

De aquel artículo se desprende que, en virtud del contrato y en sus términos, el asegurador asumirá el daño por el que deba responder el asegurado, por lo que es obvio que no toda reclamación de un tercero deberá ser atendida por el asegurador, sino sólo aquella que derive de unos hechos previstos en el contrato, y de los que debe hacerse cargo el asegurado como responsable civil. De este modo, el primer límite que encontramos al ejercicio de la acción directa no es otro que los términos de cobertura libremente fijados por las partes en el contrato, que si bien no están presentes en el art.76 de la LCS, deben ser tenidos en cuenta, debiendo admitirse por tanto como excepciones (impropias) al pago oponible por el asegurador, todas aquellas delimitaciones objetivas de cobertura que se refieran tanto a límites cuantitativos, como a hechos no comprendidos en el riesgo asegurado.

Ello se fundamenta en que, si bien es la existencia de un contrato de seguro lo que provoca la intervención del asegurador en una relación que inicialmente sólo incumbía al asegurado y a la víctima, es el despliegue efectivo de su obligación de cobertura, lo que le obliga a atender a la reclamación del tercero, pero conforme a las condiciones que se hayan establecido en el contrato²², y que le son reveladas en virtud de la obligación expresamente prevista para el asegurado de manifestar la existencia del contrato y su contenido.

Por ello podemos distinguir a efectos conceptuales, entre los límites consustanciales al derecho a la indemnización del tercero, que vienen determinados por el contrato²³ -pues recordemos que sin éste no existe obligación de indemnización alguna para el asegurador²⁴- y los límites a su ejercicio, que viene determinados por el carácter más o menos inmune que se otorgue a la acción directa. Mientras los primeros

²¹ A título de ejemplo la STS 14 diciembre 2005 (RJ 2006,63) establece “*Dicha acción nace de la imputación (al asegurado o a la persona de que deba responder) de un hecho culposo y de la Ley, constituyendo el seguro un presupuesto de la acción, en armonía con su finalidad de mantener indemne el patrimonio del asegurado, siempre dentro de los límites de la cobertura pactada, por lo que se transfiere la obligación de indemnizar del asegurado al asegurador*”.

²² De ahí que la delimitación del riesgo en él establecida opere como un límite intrínseco de la acción directa, y no como una excepción en sentido propio. VEIGA COPO, “La acción directa..”, *op. cit.*, p. 250. Además de la literalidad del precepto sólo se desprende la inoponibilidad de las excepciones personales, por lo que si el legislador hubiera querido que también lo fueran las derivadas del contrato, así lo habría previsto. CARRO DEL CASTILLO, “La acción directa..”, *op. cit.*, p. 970.

²³ Así la STS 8 marzo 2007 (RJ 2007, 1527) que entre otras establece “*es cierto que dicha norma (art.76 LCS) señala que «la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado», pero tal previsión no puede extenderse a la propia definición del riesgo asegurado y a la cobertura del seguro, elementos que por integrar el marco en que se desenvuelve el aseguramiento y, por tanto, resultar determinantes para la fijación de la prima del seguro, lo son también para el establecimiento del límite de la obligación indemnizatoria de la aseguradora, sin que pueda deducirse que dicha obligación respecto del tercero pueda exceder de los propios límites del seguro concertado pues en tal caso se estaría rebasando la propia definición del contrato de seguro contenida en el artículo 1º de la Ley cuando señala que la obligación de la aseguradora a indemnizar lo será «dentro de los límites pactados» y se llegaría a la conclusión inadmisibles de que frente al tercero perjudicado la cobertura sería siempre ilimitada*”.

²⁴ Y así VEIGA COPO para quien la acción directa se ve constreñida por la relación de seguro, no porque el tercero sea parte de la misma, sino porque determina la relación de resarcimiento del asegurador, y ello por cuanto la acción directa sería el medio del que se sirve el derecho que ostenta el tercero para exigir la indemnización al asegurador. “La acción directa..”, *op. cit.*, p. 67 y p. 218.

dependen exclusivamente de las partes que intervienen en el contrato de seguro, puesto que ellas son libres de establecer la cobertura que estimen conveniente, los segundos se someten directamente a criterios de justicia que decide el legislador, al dotar de mayor o menor inmunidad a la acción directa.

Esta es precisamente la idea que quería recoger la Comisión de 1969 cuando reconocía el ejercicio de la acción directa dentro de los límites del contrato, pues si bien es cierto que con este seguro se procura la indemnidad del tercero, no lo es menos que ésta no puede rebasar la voluntad de quien ha suscrito voluntariamente el seguro para que se responda en su lugar. Por su parte, art. 582-47 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, como ya hizo al abandonado Anteproyecto de LCS de abril de 2011, recoge la misma idea que suscribía aquella Comisión al establecer que el perjudicado tendrá acción directa para exigir la indemnización “*hasta el límite de la suma asegurada y conforme a lo previsto en el contrato de seguro*”. Resulta un acierto consolidar lo que ya era una realidad de hecho, y es que el asegurador en ningún caso debe responder frente al tercero por más de lo que se haya comprometido contractualmente con su asegurado, toda vez que su obligación, aun de carácter solidario, no es equiparable a la de éste, pues su contenido en el primer caso depende de la voluntad contractual²⁵, mientras que en el segundo, viene determinado directamente por el régimen de responsabilidad fijado por la ley.

Una vez el contrato se activa y el tercero, en virtud de ley, tiene derecho a exigir la indemnización al asegurador, es cuando nos planteamos cómo se hace efectivo, que no es de otra manera que a través de la acción directa articulada por la ley²⁶, siendo el régimen de excepciones lo que va a determinar su eficacia²⁷, y aquí es donde aparecen los problemas interpretativos.

El art. 76 de la LCS contiene una declaración de intenciones²⁸ que parecía no dejar lugar a dudas, “*La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado*”, con esta expresión el legislador confería una doble protección al tercero, puesto que no sólo se le reconocía un derecho propio que legalmente no tenía²⁹, sino que además se aseguraba su autonomía, inmunizándolo frente a la relación contractual entre asegurado y asegurador, de tal manera que las excepciones que le correspondieran al asegurador frente a aquél

²⁵ Así OLIVENCIA RUIZ reconoce que el régimen de la obligación del asegurador viene definido por el contenido del contrato. “Seguros de caución..”, *op. cit.*, p. 907.

²⁶ Aunque autores como CALZADA CONDE consideren que su fuente es el contrato. “El seguro voluntario..”, *op. cit.*, p. 301.

²⁷ VEIGA COPO, “La acción directa..”, *op. cit.*, p. 2010. En el mismo sentido PASQUAU LIAÑO cuando afirma que es el régimen de excepciones diseñado por el art.76 de la LCS lo que otorga una especial garantía a esta acción directa frente a otras reconocidas en nuestro ordenamiento, y que por tanto la hace calificable como excepcional. “La acción directa..”, *op.cit.*, p. 53.

²⁸ La declaración de inoponibilidad de las excepciones derivadas de la relación entre asegurador y asegurado tiene su sentido en el seguro obligatorio, pero lo pierde cuando la acción directa se generaliza a todo seguro de responsabilidad civil. SÁNCHEZ CALERO, “Ley de Contrato ..”, *op. cit.*, p. 1418.

²⁹ Si bien con carácter previo la jurisprudencia ya manifestaba una tendencia hacia la protección del tercero. BAILLO Y MORALES-ARCE, “La acción directa ..”, *op. cit.*, p. 62. SÁNCHEZ CALERO, “Ley de Contrato ..”, *op. cit.*, p. 1400.

decaerían cuando quisieran hacerse valer frente al tercero³⁰. Esa previsión cobraba aún más sentido si se tiene en cuenta, como hemos dicho anteriormente, que es el contrato de seguro el que determina el alcance del derecho a la indemnización del tercero, por lo que puede adivinarse que el legislador quiso dejar clara una autonomía que de facto no caracterizaría al derecho del tercero³¹ y que tiene su máxima expresión en la inoponibilidad de la causación dolosa del siniestro.

Ahora bien, la inmunidad reconocida inicialmente se vería puntualizada por el párrafo siguiente según el cual: “*El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste*”.

Esta segunda parte del articulado, que introduciría al parecer un régimen de excepciones que sí se admitirían frente al tercero, es el que llevó a la discusión interpretativa sobre el alcance de la inmunidad de la acción directa, ya que si bien parecía que se limitaba a las relación personal entre asegurador y asegurado, como quiera que de forma expresa sólo se preveían dos excepciones, la inmunidad tendría de facto una extensión más amplia, lo que llevó a la doctrina a catalogar las excepciones en función de su oponibilidad, distinguiendo donde el legislador no lo había hecho.

Sin avanzar acontecimientos, analicemos en primer lugar en qué medida ese supuesto régimen de excepciones alteraría la pretendida inmunidad de la acción directa. En primer lugar, la oposición de la culpa exclusiva de la víctima no sería en puridad una excepción³² al pago, sino la causa de la inexistencia de la obligación de indemnizar del asegurador, ya que si es la víctima la causante exclusiva del daño, no existe responsabilidad civil del asegurado y sin ella, no se despliegan los efectos del contrato de seguro, ni nace el derecho que la acción directa sustenta.

Por el contrario, la referencia a “*las excepciones personales que tuviera el asegurador frente al tercero*”, sí puede considerarse un régimen de auténticas excepciones, pero que tampoco alterarían la inmunidad de la acción directa, ya que ésta se predica respecto de la relación entre asegurado y asegurador, por lo que no le restarían autonomía propia, ya que van referidas a una relación distinta creada precisamente por la concesión de la acción directa.

Entonces, ¿significa esto que el derecho del tercero no tiene límites?, si partimos del hecho incontestable de que este derecho no existiría de no haber previamente un contrato de seguro ¿qué efectos ha de tener el contrato frente al tercero una vez rebasados los límites de la relatividad contractual³³? ¿Cómo puede hacerse valer su contenido si en el fondo la acción directa no existiría de no ser por el contrato³⁴?

³⁰ Y ello es así sobre todo si se considera que el derecho del tercero nace de la ley y por tanto no es disponible por las partes, siendo además su inmunidad respecto a la relación entre asegurador y asegurado, una de las características que la difieren de la acción subrogatoria VEIGA COPO, “La acción directa..”, *op. cit.*, p. 86 y p. 209.

³¹ GARRIGUES, J., “El contrato de seguro..”, *op. cit.*, p. 390.

³² Y ello porque para hablar de excepción procesal se requiere la eficacia del derecho cuyo ejercicio se excepciona, y este caso el derecho del tercero no llega ni a nacer, ya que al no haber imputación de responsabilidad civil al asegurado, nada puede reclamarse al asegurador.

³³ Así PASQUAU considera que la acción directa permite superar el rigor del principio de relatividad contractual. PASQUAU LIAÑO, “La acción directa..”, *op.cit.*, p. 117.

³⁴ Máxime cuando ha de reconocerse que la aceptación de la acción directa no implica una modificación de la esencia del contrato de seguro de responsabilidad civil. BAILLO Y MORALES-ARCE, “La acción

La inmunidad de la que ha investido nuestro legislador a la acción directa, y que caracteriza a esta acción frente a otras, no deja lugar a dudas, el contrato sirve de base no sólo para determinar si el tercero tiene o no derecho a la indemnización, sino también para fijar su contenido, ahora bien su régimen jurídico, y en especial las obligaciones que de él dimanar para el asegurado, no deben condicionarlo porque así lo establece la ley, por lo que las consecuencias que comporte cualquier incumplimiento contractual por parte del asegurado, como quiera que pertenecen a la esfera estrictamente personal de la relación entre éste y el asegurador, no pueden hacerse recaer sobre el tercero, son inoponibles, siendo ésta la verdadera inmunidad constituida por la ley.

Por el contrario, resultarán oponibles al tercero todas aquellas circunstancias que puedan calificarse como hechos impeditivos que impiden, no ya el ejercicio de la acción directa, sino el derecho a reclamar la indemnización al asegurador, bien porque afectan al despliegue de los efectos del contrato de seguro³⁵, bien porque constituyen los límites a su cobertura. Igualmente restarán eficacia a la reclamación del tercero tanto aquellos hechos posteriores que comportan la extinción de su derecho, como aquéllos que la excluyen.

Por el contrario, y por expresa disposición legal, la inmunidad de la acción directa se constreñirá a todas aquellas vicisitudes que afectan a la relación interna de la solidaridad entre asegurado y asegurador, y al dolo del asegurado.

3. EL ANTEPROYECTO DE MAYO DE 2014: ¿UNA NUEVA ACCIÓN DIRECTA?

Una vez analizado el largo camino seguido para configurar el régimen de inmunidad de la acción directa y sobre todo el catálogo de excepciones a la reclamación indemnizatoria del tercero, llegamos al momento en que debemos evaluar en qué medida el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil va a implicar un cambio de régimen, por lo que avancemos unas primeras observaciones sobre la nueva redacción.

directa ..”, *op. cit.*, p. 44. De ahí precisamente que la jurisprudencia haya reconocido límites en el contenido del derecho del tercero, atendiendo a que éste no puede estar en mejor posición que el asegurado. En este sentido la STS 4 abril 1990 (RJ 1990, 3055) establece que “*la dimensión de los derechos del perjudicado y de sus herederos, no puede ser superior a la de los del asegurado contratante o tomador del seguro, pues no es plausible, ni lógico, que los términos contractuales, pactados entre asegurador y asegurado, se expandan y ensanchen cuando sea, el beneficiario o beneficiarios del contrato, quienes ejerzan la acción directa contra el asegurador, de tal modo que lo que tuvo unas características y un condicionamiento concretos en el momento de celebrar el contrato adquiera un matiz agravatorio para el asegurado; cuando sean, el perjudicado o sus herederos, quienes reclamen directamente contra el asegurador, el cual queda obligado, en los mismos términos respecto al asegurado que en lo que atañe a los terceros perjudicados o a sus herederos*”. De hecho, autores como CARRO DEL CASTILLO reconocen que siendo el seguro de responsabilidad civil un contrato con estipulación a favor de tercero, la relación jurídica entre asegurador y víctima deriva del contrato y éste es el que debe determinar su contenido. “La acción directa..”, *op. cit.*, p. 966.

³⁵ Y ello pese a que la dicción legal podía llegar a implicar que las excepciones oponibles por el asegurador se limitaran a las previstas por la ley, así GARRIGUES, J., “El contrato de seguro..”, *op. cit.*, p. 390.

En primer lugar, llama poderosamente la atención el hecho de que se omite la referencia a la “inmunidad” de la acción directa que tantos problemas interpretativos hemos visto que había generado, por lo que si bien el derecho del tercero permanece inalterado, no así su carácter, o lo que es lo mismo, sigue gozando de autonomía pero no de inmunidad, de tal modo que la primera cuestión a plantearnos no puede ser otra que analizar los efectos de esta omisión.

En segundo lugar, y en consonancia con el abandono de la declaración que reforzaba el derecho del tercero, se establecen dos tipos de límites al ejercicio de la acción directa. Por una parte, incluyendo de forma expresa el contenido del contrato de seguro como marco de la pretensión indemnizatoria, en tanto literalmente se establece que ésta deba conformarse con lo previsto en aquél y hasta el límite de la suma asegurada, y por otra parte, recogiendo el catálogo de excepciones oponibles al tercero perjudicado por el asegurador, limitadas al régimen de responsabilidad del causante del daño y al contrato de seguro. Como puede adivinarse, el cambio operado es importante y plantea algunos interrogantes, no ya sólo sobre su acierto, sino también sobre su extensión, habida cuenta que no queda resuelta la cuestión de si estamos ante un sistema de *numerus clausus*, o de qué hay que entender con la referencia a excepciones derivadas del contrato de seguro.

En tercer lugar, se introduce la posibilidad de acumular en un mismo proceso la acción de responsabilidad civil contra el asegurado y la acción directa contra el asegurador, toda vez que ambas acciones tienen el mismo fundamento, como es el hecho dañoso frente al cual aparecen como deudores solidarios asegurador y asegurado. Resulta indudable avanzar que esta previsión legal no hace sino plasmar en la norma lo que viene siendo la práctica habitual, que el asegurador llame al proceso al asegurado.

Por último, de los términos actuales que regulan la acción directa sólo se mantienen, el derecho de repetición limitado a los supuestos en que el daño derive de una actuación dolosa del asegurado, y la obligación de manifestar la existencia del contrato y su contenido.

Analicemos en primer lugar las implicaciones que tendría el abandono del régimen de inmunidad de la acción directa. Como ya hemos visto anteriormente, que llegara a dotarse algún mecanismo para que el tercero pudiera dirigir directamente su pretensión contra el asegurador era cuestión de tiempo. El legislador español optó por la acción directa, lo cual per se, ya denotaba su voluntad de proteger al máximo al tercero, pero además la inmunizó y lo hizo porque la inoponibilidad de las excepciones personales no es una característica natural de la acción directa, sino una excepción³⁶.

Y es que efectivamente, parece ser que es la declaración de inmunidad³⁷ lo que refuerza la independencia del derecho del tercero respecto de la relación entre asegurado-asegurador, por lo que inmunizando el derecho a la indemnización del tercero, el legislador llevaría a su máxima expresión la indisponibilidad de aquel

³⁶ PASQUAU LIAÑO, “La acción directa..”, *op.cit.*, p. 91. En el mismo sentido GÓMEZ LEGUIRRE, C. reconoce que el art.76 marca la diferencia respecto del régimen de solidaridad pasiva, al declarar la inmunidad de la víctima frente a excepciones personales. “Seguro de RC y condena solidaria de compañía y asegurado”, *RES*, nº 137, 2009, p. 31.

³⁷ Así SÁNCHEZ CALERO reconoce que la inmunidad nace del reconocimiento legal. “Ley de Contrato ..”, *op. cit.*, p. 1435.

crédito. Ahora bien, una vez eliminada la referencia legal a la inmunidad ¿se puede seguir sosteniendo esa autonomía? Para analizar esta cuestión no nos queda sino acudir al fundamento mismo sobre el que se erige el derecho del tercero y a la institución que lo reconoce.

En primer lugar, si consideramos como ya hemos sostenido anteriormente, que el derecho del tercero nace con ocasión del hecho ilícito y de la existencia de un contrato de seguro, la respuesta a aquella pregunta no puede ser sino afirmativa. De tal manera que sólo aquellas excepciones que impiden el nacimiento de la responsabilidad del asegurado (culpa exclusiva de la víctima, caso fortuito o fuerza mayor), y aquellas que afectan a la obligación del asegurador (exclusiones y delimitaciones objetivas de cobertura, suma asegurada, prescripción, pago o compensación) le serían oponibles. Pretender la ineficacia del derecho del tercero sobre circunstancias que no se refieren ni al ilícito, ni a la obligación del asegurador, como serían las penalizaciones previstas para el incumplimiento de las obligaciones exigidas al asegurado, sólo puede tener efecto frente a éste, siendo inoponibles al tercero.

Esta distinción encuentra su razón de ser, en que el derecho a la indemnización reconocido al tercero no es un efecto del contrato, sino del hecho ilícito y de la ley que le otorga la acción directa, lo que no obsta a afirmar que debe atenderse al contrato para conocer el alcance de la obligación del asegurador, pues son bajo sus términos, que el asegurador ha aceptado cubrir las reclamaciones de responsabilidad del asegurado, por lo que en ese sentido podría asimilarse la acción del tercero a una acción de cumplimiento del contrato³⁸. Por tanto, aunque la ley ya no se refiere a la inmunidad de la acción directa, como esta acción no tiene su base en el contrato, no puede considerarse su incumplimiento por el asegurado como argumento para negar la indemnización, porque ello equivaldría a hacer recaer los efectos del contrato en un sujeto que no es parte de él³⁹, haciendo que el reconocimiento de la acción directa como derecho propio quedara en papel mojado.

Al margen quedaría, por no ser una excepción sino un presupuesto para que opere la subrogación del asegurador, la existencia del contrato de seguro y su vigencia, pues es obvio que sin contrato no opera la acción directa.

No difiere esta conclusión si buscamos el argumento en el hecho de que ha sido la ley quien, con el reconocimiento de la acción directa, ha dotado al tercero de un derecho que antes no tenía, pues aunque es evidente que la ausencia de inmunidad abriría una nueva interpretación a las excepciones derivadas de la relación entre asegurador y asegurado, la misma no puede llevarnos a modificar el criterio cuando se trata de valorar cómo le ha de afectar el incumplimiento de los deberes por parte del asegurado.

Y así, si bien debe concluirse que con el nuevo redactado, resultarían oponibles aquellas circunstancias que, con anterioridad a la reclamación del tercero, eximieran al

³⁸ Con esa calificación se explicaría porque son oponibles las condiciones del contrato y no las perturbaciones que sobre éste causa la conducta del asegurado. BASOZABAL ARRUE, X, "El artículo 76 LCS: una invitación a legislar", *RES*, nº 113-114, 2003, pp. 87-115.

³⁹ IRIARTE ÁNGEL, J.J. y CASADO ABARQUERO, M., *La acción directa del perjudicado en el ordenamiento jurídico comunitario*, Fundación Mapfre Estudios, Madrid, 2013, p.21.

asegurador del cumplimiento de su obligación frente al asegurado, puesto que así se deriva del régimen general de toda acción directa⁴⁰, ello no implica su extensión a las que surjan una vez se despliega la cobertura del contrato, cuando el tercero ejerce la acción directa.

Con la nueva proyección legal, lo que pretende el legislador es establecer de forma inequívoca que el contrato determina el contenido de la obligación del asegurador, no que el tercero pase de ostentar un derecho propio⁴¹ a otro subrogado, que le haga deudor de una relación que incumbe exclusivamente a asegurador y a asegurado. Admitir lo contrario supondría privar a la acción directa de uno de sus efectos como es, el de conservar el crédito que ostenta el deudor (asegurado) con su subdeudor (asegurador), impidiendo que éste pueda oponer excepciones al pago nacidas con posterioridad a su crédito.

El hecho de que el anteproyecto ya no hable de inmunidad, y de que expresamente se acepten como excepciones, las derivadas del contrato de seguro⁴², parece dejar claro que el nuevo régimen de la acción directa debe pasar por considerar como oponibles al tercero los mismos hechos impositivos que operarían frente al asegurado y que estuvieran presentes al tiempo de producirse el hecho dañoso, tales como la nulidad del contrato, su rescisión, la improcedencia de pago por impago de la prima o la existencia de cláusulas limitativas⁴³, puesto que su concurrencia hace que decaiga uno de los presupuestos para el ejercicio de la acción directa, como es que exista una relación obligacional entre asegurador y asegurado.

Del mismo modo, deberán aceptarse como tales aquellas exclusiones de cobertura contractual basadas en la conducta del asegurado⁴⁴, puesto que afectan a los términos de cobertura de la misma manera que las conocidas como delimitaciones objetivas, si bien con la salvedad de la *exceptio doli* que trataremos a continuación.

La segunda gran modificación que operaría bajo el auspicio del Anteproyecto son los límites al ejercicio de la acción directa que vienen configurados, tanto por el marco en el que se reconoce la obligación del asegurador, como por el régimen de excepciones oponibles. En el primer caso, en tanto la ley establece que el asegurador se convierte en deudor solidario en virtud de la acción directa, resulta evidente que su obligación no es otra que la cobertura pactada en el seguro de responsabilidad civil, por

⁴⁰ PASQUAU LIAÑO, “La acción directa..”, *op.cit.*, p.91. Hay que tener en cuenta que es precisamente el régimen de inmunidad instituido por el art.76 de la LCS el que impide oponer estas excepciones. SÁNCHEZ CALERO, “Ley de Contrato ..”, *op. cit.*, p. 1435. Así también CALZADA CONDE admite la oponibilidad de los incumplimientos del asegurado anteriores al hecho dañoso. “El seguro voluntario..”, *op. cit.*, p. 406.

⁴¹ Y por ello se predica la eficacia de la acción directa incluso en los supuestos de causación dolosa del siniestro, lo que refuerza la idea de que estamos ante un derecho propio y no ante una extensión de los derechos derivados del contrato de seguro. GOMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad impropia y seguro de responsabilidad civil*, Fundación Mapfre Estudios, Madrid, 2010, p. 107.

⁴² Con ello la legislación española se situaría en plano de igualdad con lo previsto por otros ordenamientos en los que no cabe duda de la oponibilidad de las excepciones derivadas del contrato de seguro. HILL, “Reflexiones en torno ..”, *op. cit.*, pp. 1744-1747.

⁴³ En este sentido FONT SERRA, “La oposición del asegurador..”, *op. cit.*, pp. 6326-6330.

⁴⁴ Así VEIGA pone de manifiesto, como del análisis de la jurisprudencia, se desprende que el problema que plantea la oponibilidad de este tipo de excepciones no resulta de la ley, sino de cuestiones procedimentales tales como si se cumplieron los términos exigidos por el art.3 de la LCS en materia de cláusulas limitativas. “La acción directa..”, *op. cit.*, p. 277.

lo que no debe resultar extraño que sea dicho pacto⁴⁵ el que establezca su alcance, tanto por lo que respecta a su cuantía, que en ningún caso ha de rebasar la suma asegurada, como por lo que respecta a su contenido, de tal suerte que como ya afirmamos anteriormente, se constata legalmente lo que por naturaleza deben ser los contornos del derecho que ostenta el tercero frente al asegurador⁴⁶.

En segundo lugar, al referirse el Anteproyecto a las excepciones que puede oponer el asegurador frente a la reclamación del tercero, vemos como de nuevo se recoge la idea de que es el contrato el que la determina, en tanto puede ser utilizado como medio de oposición cuando la pretensión indemnizatoria se aparte de sus márgenes, pero además, como quiera que la responsabilidad del asegurador no sería tal de no existir la del asegurado, todas aquellas circunstancias que afecten a su régimen de responsabilidad, que comprende no sólo el criterio de imputación, sino también el hecho ilícito, el daño y el nexo de causalidad, podrán ser utilizadas para exonerarse del pago⁴⁷. Ciertamente es que en este último punto observamos cierto exceso de celo por parte del legislador, puesto que ¿no resulta obvio que si no hay responsabilidad del asegurado no la hay del asegurador? Por lo visto se ha preferido incluirlo de forma expresa que tenerlo que deducir del contrato del seguro, no fuera que de nuevo el precepto tuviera que pechar con la crítica de establecer un criterio autónomo de atribución de responsabilidad⁴⁸.

Esta nueva forma de abordar el delicado tema de los límites de la acción directa no puede ser sino alabado, no ya sólo porque devuelve esta institución a los márgenes de los que no debería haber salido, como es facilitar la indemnización de la víctima pero de conformidad con lo pactado en el contrato de seguro, que para eso es voluntario, sino además por no limitar como hace la vigente LCS aquellas excepciones que tienen su base en el hecho ilícito, al supuesto de culpa exclusiva de la víctima.

De este modo, será el régimen de responsabilidad del asegurado y el contenido del contrato de seguro, los que determinarán los límites del derecho del tercero, y por tanto las excepciones al pago oponibles por el asegurador, por lo que casi tres décadas después nos volvemos a encontrar en el punto de partida de aquel Anteproyecto de 1969

⁴⁵ La aceptación de esta premisa implica poder analizar el alcance de la acción directa bajo el prisma de su naturaleza de acción indemnizatoria, lo que permite plantearnos de nuevo el efecto que tiene el contrato para el tercero, atendiendo al hecho de que es precisamente por la existencia del contrato que el asegurador responde de una deuda que es de su asegurado. BASOZABAL ARRUE, “El artículo 76 LCS..”, *op. cit.*, p.93.

⁴⁶ En este sentido, PASQUAU LIAÑO al afirmar que en tanto la acción directa es una garantía del crédito, comporta un carácter accesorio respecto de él. Si el asegurador responde ante el tercero como lo haría frente a su asegurado, resulta obvio que su obligación en aquel caso no puede ser distinta en éste. “La acción directa..”, *op.cit.*, p. 85. Del mismo modo, reconocer la oponibilidad de las excepciones basadas en el contrato, no es sino aplicar al seguro la regla de la oponibilidad de las excepciones prevista con carácter general por el art. 1148 del CC, y en este caso resulta obvio que la naturaleza de la obligación del asegurador viene determinada por el contrato de seguro.

⁴⁷ Recoge por tanto el legislador los límites que la jurisprudencia ha venido manteniendo al ejercicio de la acción directa, y así la STS 12 noviembre 2013 (RJ 2013,7865) “La autonomía del derecho del perjudicado tiene marcados sus límites por la Ley y por el propio contrato de seguro. El derecho del perjudicado debe estar dentro de la cobertura o delimitación del contrato de seguro”. La cobertura viene dada por el contrato de seguro y la ley a que se refiere no puede ser otra que la que contempla el régimen de responsabilidad civil.

⁴⁸ Vid nota 4.

“*el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, dentro de los límites fijados por .. el contrato en caso de seguro voluntario*”, del que no nos deberíamos haber alejado.

Una importante novedad que incorpora el Anteproyecto y que recoge, aunque no en todos sus extremos, lo que para algunos autores era una necesidad⁴⁹, es la posibilidad de ejercitar en un mismo proceso la acción derivada de la responsabilidad civil del asegurado y la acción directa contra el asegurador. No cabe duda que el establecimiento de un litisconsorcio pasivo facultativo reporta innumerables ventajas, siendo la más destacable el hecho de que la declaración de responsabilidad frente al hecho ilícito, y en consecuencia las obligaciones que de la misma dimanaban tanto para asegurador y como para asegurado, se ventilan en un mismo proceso.

Interesa aquí destacar que el Anteproyecto haya abandonado la redacción inicial del PCM que exigía la declaración de responsabilidad del asegurado previa a la condena del asegurador⁵⁰ por cuanto, si de lo que se trata es de facilitar la indemnización de la víctima, basta con habilitar el ejercicio acumulado de acciones, sin tener que supeditar la una a la otra⁵¹, por cuanto los límites a la acción directa, ya constituyen garantía suficiente de que no habrá responsabilidad del asegurador sin que la haya de su asegurado.

Mantener una posición como la del PCM, no sólo iría en perjuicio de la víctima cuyo derecho propio⁵² en realidad estaría supeditado a un proceso anterior de condena del asegurado, sino que además sería contrario a los efectos de la solidaridad entre asegurador y asegurado derivados del art. 1144 del CC, por lo que optar por un solución intermedia, entre la intervención actual y la exigencia del litisconsorcio pasivo, abogando por que sea el perjudicado quien opte por demandar o no conjuntamente, parece la opción más eficiente para satisfacer a todos los intereses implicados.

Finalmente, llegamos a los dos extremos que no han sido objeto de modificación alguna. Por una parte, el mantenimiento del deber de manifestar la existencia del

⁴⁹ Así SÁNCHEZ CALERO se planteaba la conveniencia de legislar la necesidad de demandar conjuntamente a asegurado y asegurador, aún con algunas excepciones. “Ley de Contrato ..”, *op. cit.*, p. 1444. También BAILLO Y MORALES-ARCE, “La acción directa ..”, *op. cit.*, p. 134. Algunos incluso lo convierten en exigencia CALZADA CONDE, “El seguro voluntario..”, *op. cit.*, p. 393. Otros apuntan tan sólo a las ventajas que ello supondría GARRIGUES, J., “El contrato de seguro..”, *op. cit.*, p. 391.

⁵⁰ Con ello se estaría cambiando totalmente la visión tradicional que se ha tenido en este tema incluso antes del reconocimiento de la acción directa, y que es la que ha permitido que la víctima puede dirigirse simultáneamente contra ambos como deudores solidarios, pero sin la carga de demandarlos al mismo tiempo (STS 4 noviembre 1932, Ar. 1264), ello sin embargo, no obsta a que la condena del asegurador exija siempre la previa declaración de responsabilidad civil del asegurado, pues sin ella el seguro no acciona su cobertura. Entre otras la STS 17 mayo 2001(RJ 2001, 6222).

⁵¹ “*Con ello se pretendía evitar que la acción directa fuera una acción autónoma de la responsabilidad civil del asegurador, convirtiéndolo en una suerte de mecanismo indemnizatorio abstracto y así se otorgaba la facilidad procesal de poder ejercitar ambas acciones en el mismo proceso*” TAPIA HERMIDA, A.J., “El proceso de reforma del régimen del seguro de responsabilidad civil: desde la vigente Ley del Contrato de Seguro hasta el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. La delimitación objetiva de la cobertura ante la nueva regulación de las condiciones generales y las cláusulas limitativas”, *RES*, nº 158, 2014, pp.143-160.

⁵² Esta exigencia supondría negar las ventajas de la acción directa. GOMEZ LIGÜERRE, “Seguro de RC y condena..”, *op. cit.*, p. 35.

contrato y su contenido, deber que adquiere mayor sentido si se quiere con la nueva regulación, habida cuenta de que la ley admite sin duda que aquél constituye la base de la obligación del asegurador, por lo que si ya era necesario conocer su extensión para determinar el alcance del derecho del tercero, ahora lo es más para saber si proceden o no las excepciones a su ejercicio.

Por lo que respecta al dolo del asegurado y al derecho de repetición del asegurador, derecho que por cierto desaparecía en el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de abril de 2011 y en el PCM, representa la paradoja de formar parte de las excepciones inoponibles al tercero, siendo como es el dolo un riesgo no asegurable por prescripción legal (art.19 de la LCS). Esa situación deriva del hecho de que se considera que estamos ante una excepción subjetiva⁵³, frente a la que el tercero es inmune por prescripción legal, más como con ello no se salva el principio de inasegurabilidad del dolo, no ha habido más que reconocer un derecho de repetición como contrapeso al régimen de inmunidad⁵⁴ de la acción directa.

Ahora bien, desaparecida dicha la inmunidad, ¿en qué términos debemos interpretar este derecho? Que la ley ya no se refiera a la expresa inoponibilidad de las excepciones personales que tenga el asegurador contra el asegurado, y que admita el contrato de seguro como base sobre la que edificar la obligación del asegurador, nos debe llevar a pensar que con la nueva redacción, el asegurador no sólo quedará exonerado de pago en los casos en que se haya declarado que el daño trae causa en una conducta dolosa del asegurado⁵⁵, sino también en aquellos otros en los que el dolo esté excluido expresamente del ámbito de cobertura del contrato⁵⁶, por lo que el derecho de repetición a que se refiere el Anteproyecto ha de entenderse como aquél que opera

⁵³ OLIVENCIA, “Seguros de caución..”, *op. cit.*, p. 908.

⁵⁴ SÁNCHEZ CALERO, “Ley de Contrato ..”, *op. cit.*, p. 1137.

⁵⁵ En este sentido es paradigmático el voto particular de Excmo. Sr. don Francisco Soto Nieto, al que se adhiere el Excmo. Sr. don José Luis Manzanares Samaniego en la STS 29 mayo 1997 (RJ 1997,3637) que con razón mantiene que “*Ni doctrinal ni legalmente se ha sostenido que merced a la instauración del Seguro de Suscripción Obligatoria se trate de amparar a las víctimas frente al riesgo generado por la circulación de vehículos de motor, dando cobertura a las indemnizaciones procedentes con independencia de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o un ilícito penal, sea culposo o doloso. El daño originado de propósito -dolo directo de resultado-, de tipificación penal y objeto de sanción en sentencia firme de este orden jurisdiccional, se halla extramuros de la construcción legal del Seguro Obligatorio*”. ¿Si el dolo no debería ser objeto de cobertura en el seguro obligatorio porque habría de serlo en el voluntario?, y así “*Si el legislador hubiese querido instaurar tan novedoso y revolucionario régimen de cobertura de los daños dolosamente originados, aun de la forma que se propugna, lo hubiese hecho con absoluta explicitéz y no dejándola a una suerte de interpretación adivinativa partiendo de la incorporación del aludido derecho de repetición*”.

⁵⁶ Así el Tribunal Supremo en su STS 15 julio 1993 (RJ 1993,5806) ya reconocía que “*la exención de la cobertura del riesgo en los supuestos de conducción en estado de embriaguez es admitida por la jurisprudencia y buena parte de la doctrina, pero con la condición de que la cláusula que la contenga haya sido aceptada y firmada por el tomador del seguro, bien en la póliza o en documento complementario lo entienda parte de la jurisprudencia en el ámbito del seguro voluntario de automóvil*”. En esa línea, si como afirma la SAP Madrid 26 enero 2010 (AC 2010,359) “*La exclusión de la cobertura del seguro de los siniestros ocasionados o padecidos por el asegurado conduciendo un vehículo de motor en situación de exceso de alcoholemia no puede aceptarse, aun reconociendo la gran relevancia de la función social del seguro, y aunque se considere necesaria su introducción en virtud de políticas de prevención o de otra índole, si no es objeto de una previsión específica en la norma*”, ¿Por qué no aceptar la exclusión del dolo en el seguro voluntario cuando se admite la oposición de excepciones derivadas del contrato de seguro?.

cuando, tras el pago de la indemnización por parte de asegurador, se evidencia que el daño fue causado dolosamente por el asegurado, circunstancia que de haber sido conocida con anterioridad, lo habría evitado.

Otro tanto puede reconocerse en los supuestos en que por incumplimiento de sus deberes, el asegurado no puede beneficiarse del contrato, pero que por ser aquél un hecho posterior al siniestro (el daño al tercero) resulta inoponible a la víctima⁵⁷, pues en estos casos, el fin de evitar un enriquecimiento injustificado del asegurado, que ve cómo el tercero puede llegar a renunciar a su reclamación contra él por haber sido satisfecho por el asegurador, obliga a resarcir al asegurador que por contrato no debería haber asumido el pago.

Esta interpretación del derecho de repetición no sólo es más acorde con los principios de la institución del seguro, uno de los cuales es la aleatoriedad del riesgo, que obviamente no concurre si el siniestro se causa de forma dolosa, sino también con la nueva interpretación de los límites al ejercicio de la acción directa, uno de los cuales no es sino el contrato de seguro⁵⁸. Mantener el derecho de repetición en los mismos términos que el art.76 de la LCS no sólo iría en contra del propio régimen de excepciones previsto por el Anteproyecto, sino que podría servir de fundamento para su reducción, habida cuenta que ante el pago indebido siempre se contaría con un derecho de reembolso por parte del asegurador, quizás por ello este derecho no se contemplaba ni en el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de abril de 2011, ni en el PCM.

En conclusión, podemos afirmar que el Anteproyecto de Código Mercantil de mayo de 2014 mejora con creces la regulación actual de la acción directa en los seguros de responsabilidad civil voluntarios por varios motivos. En primer lugar, configura unos límites claros a su ejercicio, congruentes con la propia finalidad de protección del tercero de la acción directa, como son el contrato de seguro y el hecho dañoso que es objeto de cobertura. Además, mantiene un grado de autonomía acorde con su calidad de derecho propio, de manera que si bien la acción directa ya no es inmune (de hecho de forma absoluta nunca lo había sido), ello no implica que ahora dependa totalmente de la fortuna de la relación entre asegurado y asegurador, sino que las vicisitudes de la misma, sólo le afectarán en la medida que afecten a la vigencia del contrato de seguro con anterioridad a la producción del siniestro, por lo que una vez acontecido, la indisponibilidad del crédito del tercero, característico de toda acción directa, impide su oponibilidad.

La posibilidad de acumular en un mismo proceso las reclamaciones correspondientes contra asegurador y asegurado, en tanto dimanen de un mismo hecho, la responsabilidad del asegurado, resulta más que conveniente, sin llegar como hace acertadamente el Anteproyecto, a exigir ni la previa declaración de responsabilidad del asegurado, que por otra parte existirá necesariamente porque es un presupuesto de la

⁵⁷ Sin duda esta nueva interpretación del derecho de repetición debe llevar a replantearnos los supuestos en que es reconocido, puesto que existe una inmediata dependencia entre la inoponibilidad de excepciones y éste. BAILLO Y MORALES-ARCE, “La acción directa.”, *op. cit.*, p. 62. SÁNCHEZ CALERO, “Ley de Contrato .”, *op. cit.*, p.237.

⁵⁸ En este sentido YZQUIERDO TOLSADA, M., *Las peripecias del asegurador de automóviles en el proceso penal*, Fundación Mapfre Estudios, Madrid, 2003, p.131.

acción directa, ni a exigirla, puesto que la solidaridad que dimana de la acción directa no lo hace.

Por último advertir que si bien la regulación del derecho de repetición queda a priori en los mismos términos que el art.76 de la LCS, debemos abogar por una interpretación como la propuesta, respetuosa con la oponibilidad del contrato y con los principios del seguro, para así asegurar que su reconocimiento no contradirá la nueva regulación.